I mutamenti costituzionali nell'Islam mediterraneo: riflessioni sulle dinamiche relative alla separazione dei poteri e alla forma di governo

Francesco Biagi
Ricercatore senior a tempo determinato di Diritto pubblico comparato presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Bologna - UNIBO

Constitutional changes in Mediterranean Islam: reflections on the dynamics of the separation of powers and the form of governement

Gli spunti su cui riflettere quando si ha a che fare con un tema così vasto come quello dei mutamenti costituzionali nell'Islam mediterraneo sono davvero tantissimi, e il libro di Ciro Sbailò (Diritto pubblico dell'Islam mediterraneo. Linee evolutive degli ordinamenti nordafricani contemporanei: Marocco, Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, CEDAM-Wolters Kluwer, Milano, 2a ed., 2022) lo dimostra chiaramente. Un volume, peraltro, dall'evidente respiro interdisciplinare, con un focus sul diritto costituzionale comparato, ma con fondamentali riferimenti anche al diritto musulmano in senso stretto, alla scienza politica, alle relazioni internazionali e alla geopolitica. In questo breve scritto mi occuperò, nello specifico, delle dinamiche relative alla separazione dei poteri e alla forma di governo all'interno dei nuovi contesti costituzionali post-primavera araba. Nel secondo capitolo del suo volume, il Professor Sbailò analizza, Paese per Paese, le principali riforme costituzionali intervenute

a partire dal 2011, con un'attenzione particolare proprio sulle forme di governo, mettendo in luce continuità e discontinuità. Mi pare, questa, una scelta opportuna e sicuramente non casuale. Quando, infatti, sono scoppiate le rivolte nel mondo arabo, oltre a richiedere una tutela più incisiva dei diritti fondamentali ed una maggiore giustizia sociale, i manifestanti reclamavano altresì profonde trasformazioni da un punto di vista politico-istituzionale, tra cui l'introduzione di limitazioni più efficaci ai poteri dell'esecutivo, il rafforzamento delle competenze del Parlamento, nonché una maggiore indipendenza della magistratura e delle Corti costituzionali. L'obiettivo, in altre parole, era proprio quello di garantire una maggiore separazione tra i poteri dello Stato. Non è un caso che molti dei nuovi testi costituzionali promulgati all'indomani delle primavere arabe sanciscano expressis verbis il principio della separazione dei poteri. Da un punto di vista sostanziale, tuttavia, nella stragrande maggioranza dei casi questo obiettivo non è stato raggiunto o è stato raggiunto solamente in minima parte. In Marocco e Giordania è stata rafforzata la componente parlamentare, ma non si è realizzato il passaggio ad una vera e propria monarchia parlamentare sulla base del modello inglese o spagnolo. Il Re, infatti, in entrambi gli ordinamenti, continua non solo a regnare, ma anche a governare. Si parla infatti di monarchia esecutiva o governante. Il Sovrano, poi, sia in Marocco sia in Giordania, continua a detenere importanti funzioni legislative e interferisce nell'amministrazione della giustizia, tant'è che in alcuni casi si ha l'impressione che non sia stata ancora abbandonata l'idea della giustizia come funzione delegata. Infatti, quando le Costituzioni del Marocco o della Giordania affermano che le sentenze sono emanate "in nome del Re", si richiama implicitamente quell'idea per cui l'esercizio della giustizia è delegata dal Sultano al qadi. Nel caso del Marocco, poi, la confusion des pouvoirs continua ad essere particolarmente evidente poiché, nonostante sia stato riformato lo storico articolo 19 delle precedenti Costituzioni, l'attuale testo costituzionale del 2011 continua ad attribuire al Sovrano poteri non solo temporali, in qualità di Capo dello Stato, ma anche spirituali, in qualità di Amir al-Mouminine, ossia di Comandante dei Credenti. Passando ai casi dell'Egitto e dell'Algeria, in questi Paesi si è in presenza di un falso semipresidenzialismo, o di un semipresidenzialismo soltanto apparente. In realtà, tali ordinamenti si caratterizzano per un sistema iper-presidenziale, in cui il Presidente della Repubblica è il Capo dello Stato, il vertice del potere esecutivo, ed ha facoltà di interferire in maniera sostanziale nell'ambito del legislativo e del giudiziario. In Egitto i poteri del Presidente della Repubblica sono stati ulteriormente rafforzati con la riforma costituzionale del 2019, un aspetto, questo, su cui insiste molto anche Ciro Sbailò nel suo volume (pp. 134 ss., richiamando altresì le tristi vicende di Giulio Regeni e Patrick Zaki). Con la riforma costituzionale adottata nel 2020 in Algeria si è cercato di attenuare, almeno parzialmente, lo strapotere presidenziale rafforzando le prerogative del Primo Ministro, ma è ancora troppo presto per poterne valutare l'impatto. Con riferimento ad Algeria ed Egitto non si può, poi, non sottolineare il ruolo centrale svolto dall'esercito, la cui posizione, nelle nuove Carte costituzionali, è stata ulteriormente rafforzata. D'altronde, i militari in Egitto hanno svolto un ruolo decisivo nel processo che ha portato alla caduta di Mohamed Morsi e, successivamente, nel processo costituente che ha condotto all'adozione della Costituzione del 2014. La riforma costituzionale del 2019 ha accresciuto ancor di più i poteri dell'esercito, il quale viene ora descritto, all'articolo 200, come protettore della

Costituzione della democrazia. Anche in Algeria l'esercito ha svolto un ruolo di primo piano. Non va dimenticato, ad esempio, che nel 2019, nel corso delle manifestazioni di protesta (Hirak), Abdelaziz Bouteflika fu costretto a fare un passo indietro nel momento in cui gli venne a mancare l'appoggio dei vertici militari. Si consideri, inoltre, che le riforme costituzionali, sia quella del 2016 sia quella del 2020, hanno riconosciuto espressamente il ruolo decisivo svolto dai militari nella storia del Paese. La riforma del 2020 ha poi previsto la possibilità che l'esercito intervenga anche al di fuori del territorio nazionale. Sotto questo punto di vista è senz'altro condivisibile l'analisi di Ciro Sbailò, il quale evidenzia come questo ruolo dei militari all'estero abbia importanti implicazioni geopolitiche, specie per quel che concerne la vicina Libia (p. 83 del suo volume). Una forte concentrazione del potere nelle mani del Presidente è prevista altresì nell'ultima bozza di Costituzione della Libia, adottata dall'Assemblea costituente nel luglio 2017. Va evidenziato come si tratti di un testo caratterizzato da gravissimi deficit democratici. Oltre infatti alla questione dell'iper-presidenzialismo, si pensi all'assenza di una disposizione che garantisca la libertà religiosa, al mancato riferimento alla religione tra i motivi per cui sono vietate le discriminazioni, nonché al fatto che sia necessario essere musulmani per ricoprire la posizione non solo di Presidente della Repubblica (tale requisito è presente, ad esempio, anche nelle Costituzioni della Siria, della Tunisia o dell'Algeria), ma anche per ricoprire la posizione di Primo Ministro, ministro o di membro del Parlamento. Si è dunque in presenza di un testo che non soddisfa in larga parte gli standards internazionali e le best practices a livello comparato. L'unico ordinamento in cui la nuova Costituzione post-primavera araba ha sancito una reale discontinuità rispetto alla precedente forma di governo è quello della Tunisia, dove la Carta del 2014 ha abbandonato il precedente presidenzialismo autocratico per instaurare un vero e proprio regime semipresidenziale. Il potere esecutivo è effettivamente bicefalo (Presidente della Repubblica – Primo Ministro), e l'impressione è che il costituente tunisino abbia voluto instaurare un meccanismo di checks and balances anche all'interno del potere esecutivo stesso. Se si analizza la prima legislatura (2014-2019) e i primi due anni della seconda legislatura (2019-2021, sino alla proclamazione dello stato di eccezione da parte del Presidente Kaïs Saïed, nel luglio 2021), si può notare che, da un lato, l'obiettivo volto ad impedire il ristabilimento del regime iper-presidenzialista è stato senza dubbio raggiunto; d'altro canto, il semipresidenzialismo tunisino si è declinato sin da subito in termini decisamente conflittuali, con duri scontri sia tra Presidente e Primo Ministro, sia tra Presidente e Speaker del Parlamento (basti pensare agli scontri tra Kaïs Saïed e Rachid Ghannouchi che, oltre ad essere leader di Ennahda, era anche Presidente del Parlamento). La Costituzione tunisina, inoltre, ha avuto il merito di rafforzare sensibilmente gli organismi di garanzia, come il Consiglio Superiore della magistratura e la Corte costituzionale (quest'ultima, come noto, purtroppo non ancora istituita). Va tuttavia sottolineato come la Costituzione tunisina del 2014 non sia più (de facto, ma sotto molti aspetti anche de jure) in vigore, in quanto è stata sostituta dal decreto n. 2021-117 sulle "misure eccezionali" emanato da Saïed il 22 settembre 2021. Questo decreto, infatti, oltre ad aver confermato la sospensione delle attività parlamentari, sancisce che il potere legislativo è esercitato mediante decreti legge deliberati dal Consiglio dei Ministri e promulgati dal Presidente, decreti che non sono suscettibili di ricorso per annullamento; il potere esecutivo è esercitato dal

Presidente, il quale è meramente "assistito" da un Governo, e l'Autorità provvisoria di controllo di costituzionalità dei progetti di legge è abolita. Ecco dunque che la forma di governo semipresidenziale è venuta meno, ed è stata sostituita da un regime di tipo iper-presidenziale, caratterizzato da una fortissima concentrazione dei poteri nelle mani del Presidente. Questa deriva illiberale-populista è stata confermata, anche di recente, dalla decisione di Saïed di sciogliere il Consiglio Superiore della Magistratura e il Parlamento. Resta ora da vedere quello che sarà il contenuto della riforma costituzionale voluta da Saïed, riforma che verrà sottoposta a referendum popolare il 25 luglio di quest'anno. Per avere un'idea di quello che potrà essere il suo contenuto, è sufficiente guardare i risultati della consultazione popolare on-line organizzata da Saïed tra gennaio e marzo 2022: l'86% di coloro che hanno partecipato al voto vorrebbe abbandonare il sistema semipresidenziale e optare per una forma di governo presidenziale; il 70.7% si è espresso a favore di un sistema uninominale; il 92.2% si è detto favorevole alla possibilità di ritirare la fiducia ai singoli deputati prima della fine del loro mandato (dovrebbe trattarsi di una sorta di revoca degli eletti); e il 75.7% ritiene che il sistema giudiziario non funzioni come dovrebbe. Non è ovviamente un caso che questi risultati coincidano con le idee e la visione presidenzialista di Saïed. Va evidenziato, infine, che a questa consultazione on-line ha partecipato solamente poco più di mezzo milione di persone, il che rende (forse) l'esito del referendum costituzionale di luglio non così scontato. Dal quadro che ho cercato brevemente di tratteggiare emerge dunque come nel mondo arabo il Capo dello Stato (Presidente o Monarca a seconda dei casi) continui ad essere il vero dominus del sistema politico-istituzionale, il fulcro attorno a cui tutto ruota (in alcuni casi, come in Egitto e Algeria, con il supporto decisivo dell'esercito). Il ruolo del Parlamento è stato parzialmente rafforzato (si pensi al fatto che in alcuni paesi ora il Capo dello Stato è tenuto a nominare come Primo Ministro il leader del partito che ha la maggioranza dei seggi in Parlamento), ma tale organo resta comunque in una posizione di chiara subordinazione. Il potere giudiziario gode di una maggiore indipendenza rispetto al passato, e anche le Corti costituzionali hanno visto le proprie prerogative e competenze rafforzarsi. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, almeno fino a questo momento, la magistratura ordinaria e le Corti costituzionali non hanno esercitato il ruolo "contro-maggioritario" che spetterebbe loro. Solo in casi rari, infatti, sono riuscite a limitare lo strapotere dell'esecutivo. Le difficoltà delle Corti costituzionali sono legate in larga parte al fatto che tali organi sono chiamati ad esercitare le loro funzioni in contesti illiberali, o quantomeno parzialmente illiberali, caratterizzati, comunque, da una debole cultura costituzionale. Il potere esecutivo, peraltro, continua ad svolgere un ruolo chiave nei processi di nomina dei membri delle Corti. Vi è poi il problema della legittimità della giustizia costituzionale, legata alla counter-majoritarian difficulty. Le Corti costituzionali sono organi non sempre facilmente accettati da parte degli altri soggetti costituzionali e degli attori politici, anche in ragione della loro presunta mancanza di legittimità democratica. Una problematica ulteriore è quella relativa all'accesso alla giustizia costituzionale, il che si evince chiaramente dal fatto che alcune delle Corti nel mondo arabo ricevono ogni anno un numero estremamente limitato di casi. Tra il 2015 e il 2017, ad esempio, la Corte costituzionale giordana ha emanato solo 3-4 sentenze all'anno, il che ha avuto un impatto fortemente negativo sulla legittimità di quest'organo. In Giordania, sino alla riforma

costituzionale del 2022, un numero così limitato di casi si spiegava, inter alia, in ragione della scelta di un ricorso in via incidentale "alla francese", invece che all'"italiana", per cui le corti di rango inferiore non potevano sollevare la questione di costituzionalità direttamente alla Corte costituzionale, ma erano tenute a sollevare la questione alle magistrature apicali – Corte di Cassazione e Suprema Corte Amministrativa – ed erano queste corti apicali a decidere se rinviare o meno la questione alla Corte costituzionale (era previsto, quindi, un "doppio filtro"). Il problema era dato dal fatto che molto spesso queste corti supreme decidevano, per varie ragioni, di non rinviare la questione alla Corte costituzionale, ostacolando così l'accesso alla giustizia costituzionale. A me pare, questo, un caso interessante di scelta errata di modello straniero. In un contesto, come quello giordano, in cui la giustizia costituzionale doveva (deve) ancora radicarsi, forse sarebbe stato più opportuno optare per un sistema in via incidentale "a filtro unico" analogo a quello italiano (o egiziano: anche in Egitto tutti i tribunali, compresi quelli di rango inferiore, possono sollevare direttamente la questione di costituzionalità alla Suprema Corte costituzionale). La buona notizia è che questo sistema a doppio filtro "alla francese" è stato eliminato dalla Costituzione della Giordania nella recentissima riforma costituzionale, adottata a inizio di quest'anno, nella quale è stata attribuito a tutti i giudici, anche quelli di rango inferiore, il potere di ricorrere direttamente alla Corte. L'auspicio è che questo nuovo sistema possa favorire l'accesso alla Corte costituzionale e rafforzare il ruolo di tale organo. Sino a questo momento una delle pochissime Corti costituzionali nel mondo arabo (forse assieme al Consiglio costituzionale libanese) che, quantomeno in certi periodi, è riuscita a fare "da argine [...] ai vari violenti straripamenti del potere esecutivo" (per utilizzare l'efficace espressione di Ciro Sbailò (p. 114 del suo volume)) è stata la Suprema Corte costituzionale egiziana, e questo anche grazie all'interpretazione progressista e modernista dei principi della sharia, i quali rappresentano la fonte principale della legislazione secondo quanto sancito dall'articolo 2 della Costituzione. Si pensi, soprattutto, alla c.d. "età d'oro" della Corte, negli anni Novanta, sotto la presidenza del Chief Justice Awad Mohammed El-Morr, durante la quale sono state emanate alcune importanti sentenze in cui i principi della sharia sono stati interpretati in modo tale da favorire la tutela dei diritti fondamentali, compresi i diritti delle donne. Più di recente, nel 2017, si può poi ricordare la sentenza che ha riconosciuto ai cristiani copti il diritto alle ferie retribuite per poter andare in pellegrinaggio a Gerusalemme, diritto che era invece riconosciuto ai soli musulmani per il pellegrinaggio alla Mecca (hajj). A questo punto vale la pena chiedersi quali siano le cause che spiegano questa difficile, per non dire difficilissima, implementazione del principio della separazione dei poteri nel mondo arabo. Le cause sono molteplici e di diversa natura, ma quelle principali paiono essere tre: una di natura teorica, una di natura pratica, e una di natura ideologica. La prima causa è di tipo teorico. Se nel costituzionalismo occidentale il principio della separazione dei poteri rappresenta una delle pietre angolari, nel mondo arabo-islamico a questo principio (che comunque si sta vieppiù consolidando) se ne accompagna storicamente un altro, che è quello dell'unità del potere, la quale è spesso impersonificata proprio nel Capo dello Stato. Si pensi al caso del Marocco, dove la dottrina, la giurisprudenza, e i discorsi dei Sovrani hanno sempre riconosciuto come nel Paese coesistessero due principi: quello della separazione dei poteri e quello dell'unità del potere. Al tempo stesso si è sempre affermato come

l'istituzione monarchica non fosse coinvolta nella separazione dei poteri, ma che il Sovrano si collocasse al di sopra di tale separazione. Ad esempio, in un famoso discorso pronunciato nel 1987, Re Hassan II disse: "Lo dico e lo ripeto che per me, umile servo di Dio e primo servitore del Marocco, non vi è una reale separazione dei poteri. Io sono il padre di tutti, del legislatore e dell'esecutore, dei giovani e dei vecchi, dei forti e dei deboli". Questa idea dell'unità del potere rappresentata dalla monarchia continua ad essere molto forte anche nella nuova Costituzione del 2011. La seconda ragione che spiega la concentrazione del potere nel mondo arabo è di tipo pratico, legata in particolare ai processi costituenti e di riforma costituzionale. In molti paesi (Marocco, Giordania, Siria, Algeria, in parte anche Egitto con la Costituzione del 2014) tali processi sono stati guidati e controllati in larga misura dal Capo dello Stato stesso, secondo una logica top-down. Il risultato è stato che le nuove Carte costituzionali sono sembrate spesso costituzioni octroyées, il che ha inficiato sulla loro legittimazione. Non è un caso che i Capi di Stato si siano ben guardati dal mettere in discussione, in queste nuove Carte costituzionali, i loro poteri e le loro prerogative chiave. Forse l'unico caso genuino di processo costituente bottom-up è stato quello che ha condotto all'emanazione della Costituzione tunisina, attraverso l'elezione popolare di una Assemblea costituente, e garantendo alla società civile la possibilità di partecipare attivamente al drafting stesso della Carta. E d'altronde questa è l'unica Costituzione post-primavera araba nella quale è stata prevista una vera diffusione, e non concentrazione, del potere. L'ultima ragione che spiega la difficile implementazione del principio della separazione dei poteri nel mondo arabo è di tipo ideologico, ed ha a che vedere con lo Zeitgeist, lo spirito dei tempi. Secondo Juan J. Linz e Alfred Stepan l'effetto di uno Zeitgeist favorevole o non favorevole all'instaurazione di un regime democratico può essere compreso effettuando una comparazione tra l'Europa durante le due Guerre mondiali e l'Europa degli anni Ottanta. Tra le due Guerre mondiali, la democrazia era solo una delle ideologie allora in competizione, assieme al Fascismo, al Nazismo, al Comunismo, alla monarchia autoritaria, mentre negli anni Ottanta, affermano sempre Linz e Stepan, non esistevano forti ideologie che potessero competere con l'ideale democratico (Juan J. Linz e Alfred Stepan, Problems of Democratic Transition and Consolidation. Southern Europe, South America, and Post-Communist Europe, Johns Hopkins University Press, Baltimore and London, 1996, p. 74). La mia impressione è che attualmente il mondo arabo assomigli molto di più all'Europa a cavallo tra le due Guerre mondiali, piuttosto che all'Europa degli anni Ottanta. Lo Zeitgeist nel mondo arabo, infatti, non è certamente del tutto favorevole all'ideale democratico, ma continua ad essere influenzato da forti ideologie illiberali, come l'autoritarismo presidenziale, l'autoritarismo monarchico, l'autoritarismo militare o anche il fondamentalismo islamista. Tutte queste ideologie, sebbene per ragioni diverse, supportano la concentrazione del potere nelle mani di un singolo individuo o di una singola istituzione. L'ultimo aspetto su cui vorrei soffermarmi è il seguente. Come illustrato magistralmente da Roberto Gargarella (La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010), Katz Editores, Buenos Aires, 2015), la parte "istituzionale" della Costituzione, quella cioè che riguarda l'organizzazione e i rapporti tra i vari poteri dello Stato, esercita un'influenza molto forte sull'altra parte della Costituzione, quella relativa al riconoscimento e alla protezione dei diritti e delle libertà.

Un potere diffuso ha di norma effetti positivi sul godimento dei diritti fondamentali, mentre un potere concentrato produce tendenzialmente effetti negativi sul godimento di tali diritti. Da un punto di vista comparato, mi pare si possa osservare un trend piuttosto evidente a livello globale: da un lato, la gran parte delle nuove Carte costituzionali riconosce espressamente un numero estremamente elevato di diritti e libertà, molto più che in passato; d'altro canto, tuttavia, la parte istituzionale delle Costituzioni continua molto spesso a rivelarsi piuttosto problematica, soprattutto per via dell'eccessiva concentrazione del potere nelle mani dell'esecutivo e della previsione di meccanismi troppo deboli di checks and balances. Gargarella ha descritto tale fenomeno in America Latina (un fenomeno, peraltro, che si sta ripresentando proprio in questi mesi con la redazione della nuova Costituzione cilena: a fronte del riconoscimento di molti nuovi diritti, la nuova Carta non sembra mettere in discussione il sistema presidenzialista), ma della eccessiva concentrazione del potere nelle mani del Capo dello Stato hanno parlato altresì, ad esempio, H. Kwasi Prempeh a proposito dell'Africa subsahariana (Presidents Untamed, in Journal of Democracy, vol. 19, n. 2, 2008, pp. 109 ss.), nonché Nathan J. Brown a proposito del mondo arabo prima dello scoppio delle rivolte del 2011 (Constitutions in a Nonconstitutional World. Arab Basic Laws and the Prospects for Accountable Government, SUNY Press, New York, 2002). Le Costituzioni post-primavera araba paiono confermare questa tendenza. Per un verso, infatti, sono stati fatti passi in avanti importanti verso un maggiore riconoscimento dei diritti e delle libertà (sebbene anche in questo ambito permangano aspetti molto problematici); per un altro verso, invece, a parte il caso della Costituzione tunisina del 2014, non è stata introdotta una sostanziale discontinuità rispetto al passato per quel che riguarda la parte istituzionale, "la sala macchine della Costituzione" (per dirla con Gargarella), quindi in ultima analisi la forma di governo. Questa iper-concentrazione del potere nelle mani dell'esecutivo contribuisce inevitabilmente ad indebolire il godimento dei diritti fondamentali. Si tratta di un grosso vulnus che, purtroppo, non sarà facile sanare.