

ISTITUTO UNIVERSITARIO DELLA SOMALIA

ANNO STUDI 1959 - 1960

CORSO DI DIRITTO ISLAMICO SECONDO

LA DOTTRINA SCIAFEITA

(riprodotto ad uso degli studenti dal
manuale di Th. W. Juynboll, traduzione
italiana, ed. Vallardi 1912).

Mogadiscio, 1960

I N D I C E

DIRITTO DELLE PERSONE E DI FAMIGLIA. CAPACITA' GIURIDICA E CAPACITA' DI AGIRE.=

1 - Il diritto di famiglia presso gli antichi Arabi e la sua trasformazione nell'Islam.....	Pag. 1
2 - Discendenza. Obbligo reciproco degli alimenti nei parenti in linea retta.....	" 5
3 - Minore età e tutela.....	" 8
4 - Il diritto degli schiavi.....	" 12

IL MATRIMONIO.=

1 - Il contratto di matrimonio e il dono nuziale.....	" 15
2 - Eredità legali per il matrimonio.....	" 20
3 - Diritti e doveri reciproci dei coniugi. Divieto del voto di astinenza. Il Talik. Il così detto matrimonio del Mutch.....	" 24
4 - Modi di sciogliere il matrimonio.....	"
5 - Posizione giuridica matrimoniale degli schiavi. Concubinato.....	" 31

DIRITTO EREDITARIO.=

1 - Il diritto ereditario intestato dagli Arabi e la sua trasformazione nell'Islam.....	" 32
2 - Il diritto ab intestato in generale.....	" 35
3 - Diritto ereditario degli Asabat.....	" 37
4 - Diritto ereditario degli eredi coranici (Dawul-Faraid)	" 38
5 - Eccezioni alle regole fondamentali nel caso di concorso di più eredi.....	" 41
6 - Disposizioni di ultima volontà.....	" 43

DIRITTO COMMERCIALE E PATRIMONIALE .

OPERE E INSCIETTI DI GIURAMENTO E VOTI .

1 - Disposizioni giuridiche commerciali e patrimoniali in generale.....	" 45
2 - Giuramento e voto. Obbligazioni che ne sorgono.....	" 49
3 - Il divieto di Riba (usura e interessi).....	" 51
4 - Il diritto di Wakf.....	" 54

AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA E PENE . =

1 - Amministrazione della giustizia e difesa privata presso gli Arabi pagani e nell' Islam.....	Pag. 58
2 - Quadro del sistema penale islamico. Diritti dell'attore e del convenuto in materia penale e civile in generale.	" 62
3 - Vendetta, composizione e risarcimenti per lesioni corporali.	" 65
4 - Atti illeciti che sottopongono a una pena di Hadd...	" 68
5 - Punizioni per Ta'zir.	" 72
6 - Norme relative al Kadì.	" 73
7 - Il procedimento avanti il Kadì. Dottrina della prova	" 76

DIRITTO DELLE PERSONE E DI FAMIGLIA
CAPACITA' GIURIDICA E CAPACITA' DI AGIRE

1)- Il diritto di famiglia presso gli antichi arabi e la sua trasformazione nell'Islam.

Alcune particolarità caratteristiche, che comunemente contraddistinguono il diritto di famiglia dei popoli primitivi, si constatano anche presso gli antichi Arabi.

In origine devono essere esistite anche in Arabia certe forme di poliandria. La tradizione musulmana infatti riferisce ancora che nell'epoca pagana spesso più uomini avevano in moglie una sola donna. Presumibilmente un tale gruppo si componeva per lo più di parenti, ad es. di fratelli o del padre e dei suoi figli. Ma in ogni caso, già molto prima dell'Islam, il matrimonio individuale vigeva alla Mekka e a Medina, e dovunque le tribù arabe avevano rinunciato alla vita nomade, quantunque si fossero mantenute alcune tracce dello stato di civiltà anteriore.

Vi sono poi ragioni filologiche che lasciano presumere come presso gli Arabi, e soprattutto presso i Semiti, la famiglia sia stata in origine matriarcale, cosicché la parentela dipendeva dalla discendenza da una madre comune. Secondo questo sistema i figli quindi appartenevano alla tribù e alla famiglia della madre: essi non erano sottoposti alla potestà del loro padre, ma a quella dello zio - il fratello della loro madre - o di parenti più lontani del lato materno.

Però questo ordinamento matriarcale della famiglia, dato che un tempo sia esistito generalmente in Arabia, deve certo aver ceduto il posto all'altro patriarcale alcuni secoli avanti l'Islam. Per lo meno soltanto di quest'ultimo sistema, per cui i figli appartengono esclusivamente alla famiglia e alla tribù del padre, si sono conservate sicure e certe indicazioni nella più antica letteratura araba.

Com'è noto, un altro carattere del diritto di famiglia patriarcale è il matrimonio per compra. Anche presso gli antichi Arabi il marito comprava la propria moglie o dal padre suo, o da un suo più lontano parente, sotto la cui tutela essa stava: infatti solo il cosiddetto WALI cioè il più 'prossimo parente' - padre o tutore - aveva originariamente il diritto di disporre del destino della donna. Egli la poteva maritare a suo piacimento perfino contro la di

lei volontà. Era egli che riceveva anche il dono nuziale (MAHR) ,
che era ritenuto appunto come prezzo per la compra della donna.

In conseguenza della compra la donna passava in possesso di suo marito. Questo diveniva il suo 'Signore'(BA'L) e soltanto quando egli per mezzo del cosiddetto TALAK - cioè il ripudio liberamente rinunciava a tutti i suoi diritti sulla propria moglie, questa diventava di nuovo libera. Essa poteva quindi ritornare alla sua famiglia e anche stringere un nuovo matrimonio. La moglie dalla parte sua non aveva nessuna facoltà di chiedere lo scioglimento del matrimonio. Se il marito l'abbandonava e la maltrattava intervenivano talvolta in suo favore i propri parenti se le circostanze lo permettevano. Poteva anche darsi che la moglie sfuggisse al marito e quindi di fatto si sottraesse alla sua potestà. Ma giuridicamente in questo caso il matrimonio restava in vigore; la donna non si poteva rimaritare sino a che il marito formalmente non avesse rinunciato alle sue pretese. Per spingerlo a ciò la moglie il più delle volte doveva riscattarsi restituendo il MAHR pagato. Un simile scioglimento di matrimonio si chiamava CHUL'.

Anche dopo la morte del marito i suoi più prossimi congiunti mascholini conservavano certi diritti sulla vedova. Infatti il levirato conosciuto tra l'altro dall'Antico Testamento, deve essere stato di uso generale anche presso gli Arabi pagani. Il più prossimo parente del morto continua il suo matrimonio. Anche nella cerchia di Maometto sembra sia più volte accaduto che il fratello, o un più lontano parente del morto, pretendessero per sé la vedova in base al loro diritto ereditario. Fu Maometto che tolse agli Arabi tale diritto. Si veda il Corano IV, 23: 'o voi credenti non vi è permesso ereditare mogli contro la loro volontà'.

Nel matrimonio per compra il BA'L (il 'signore') aveva diritto a tutti i figli che durante il matrimonio gli partoriva la moglie. Questa regola valeva anche quando qualcuno avesse sposato una divorziata che era incinta. Egli si riputava allora padre del figlio nato dopo la conclusione del matrimonio, per quanto fosse certo che non egli, ma il precedente marito ne era il padre.

Poteva avvenire certamente che il precedente marito, o i suoi parenti o compagni di tribù richiedessero il figlio. Evidentemente per evitare simili contese sulla paternità, si prescrisse in epoca posteriore - forse per la prima volta da Maometto - che una donna non

potesse rimaritarsi dentro un determinato tempo (IDDAH) dal divorzio. Se entro l' IDDAH avesse partorito un figlio poteva essere riconosciuto come suo padre solo che ne era stato sino allora il marito. Nell'Islam divenne assolutamente la regola che soltanto il procreatore dovesse considerarsi padre del figlio. Anche l'adozione, l'accogliere qualcuno come figlio, fu proibita ai Musulmani.

Nell'epoca pagana l'adozione era in uso in Arabia come altrove. Già anche il Profeta medesimo aveva adottato il suo schiavo affrancato Zaid ibn Haritab. Più tardi Maometto dichiarò che l'adozione non doveva più valere nell'Islam e anzi che era proibita.

L'occasione del divieto fu data da seguente avvenimento. Zainab, la moglie del predetto Zaid, aveva talmente eccitato le brame del Profeta che questo persuase Zaid a ripudiarla e quindi Maometto la sposò. Ciò produsse una grande indignazione nei credenti. Essi rimproveravano al Profeta d'aver agito contro la legge di Allah (Corano IV, 27), perchè Zainab era stata la moglie del figlio suo Zaid. Fu necessaria una rivelazione per calmare gli animi (Corano XXXIII, 1-5, XXXIII, 37-40) e per giustificare l'atto di Maometto: con essa Allah insegnò ai fedeli che i figli adottivi in realtà non sono figli: se essi si chiamano così è un'espressione non giusta, poichè la parentela si ha soltanto, anche dopo l'adozione, tra il figlio adottato e i suoi genitori carnali.

Nei casi in cui la paternità non era sicura - ad es. quando qualcuno affermava di essere padre di un figlio illegittimo - si usava nel paganesimo di ricorrere a un perito (KA'IF) a cui si attribuiva una speciale attitudine a dedurre dall'esame della struttura delle membra, e da altri caratteri particolari di un uomo, la sua discendenza.

Il sistema patriarcale della famiglia con il matrimonio di compra, e la posizione dipendente della moglie che ne è la conseguenza, ha dato l'impronta a tutto quanto il diritto di famiglia arabo. Le linee fondamentali di quel sistema si mantennero non soltanto sino al tempo di Maometto, ma vigono ancora oggi presso varie tribù beduine del deserto arabo.

Però senza dubbio si ebbero delle eccezioni alla regola. Donne influenti e diramgenti le nascite devono avere goduto di una maggiore libertà; ed alcuni esempi di ciò sono noti dalla letteratura araba. Essi però non autorizzano a concludere che in tempi storici

nell'Arabia si sia adoperata una seconda forma di matrimonio, con cui la donna medesima, indipendentemente dal suo WALI (il più prossimo congiunto), potesse scegliersi il marito, e ripudiarlo in seguito a piacimento. Una simile ipotesi non si può a sufficienza giustificare, come pure non si può provare l'affermazione che la donna in tale matrimonio si fosse chiamata SADIKAH e il marito obbligato a darle una specie di dono nuziale, che si chiama SADAK. Il SADAK, giudicando dal significato genuino della parola, appare piuttosto essere stato quel dono che lo sposo all'atto del fidanzamento dava come pegno della fedele esecuzione del contratto, e che toccava al WALI come risarcimento nel caso che lo sposo avesse voluto sciogliersi dal fidanzamento. Ma già prima dell'Islam la parola SADAK e MAHR erano assolutamente eguali nell'uso e entrambe indicavano semplicemente il dono nuziale. La prescrizione che lo sposo dovesse pagare almeno una parte del dono convenuto, quando il matrimonio per sua colpa non avveniva, rimase in vigore anche nell'Islam.

Del resto l'ordinamento patriarcale della famiglia nell'Arabia, già prima dell'Islam, ed è a subire in qualche modo uno sviluppo maggiore. Si considerò, cioè, la persona non più esclusivamente come membro della famiglia e della tribù, ma si diede valore anche alla parentela materna. Molti poeti preislamici infatti si gloriano degli eccellenti fratelli della loro madre.

Se sorgevano discordie tra la famiglia o tribù del padre e quella della madre già nel periodo pagano riesciva doloroso a parecchi il dover combattere per i parenti paterni contro quelli materni. Per certi riguardi anche il matrimonio aveva già perduto il suo originario carattere di compra della moglie; per lo meno bisogna ammettere che già prima dell'Islam in Arabia fosse divenuto uso generale di consegnare il MAHR alla sposa medesima, invece che pagarlo al WALI come prezzo di acquisto.

L'Islam non modificò sostanzialmente questi rapporti. Anche la donna musulmana rimase in grande dipendenza dai suoi parenti maschili, benchè il Profeta abbia limitato un poco la facoltà del WALI di costringere la donna ad un dato matrimonio. Secondo la tradizione egli aveva prescritto che in generale il WALI nel maritare una donna si dovesse assicurare del suo consenso.

Secondo il Corano il MAHR o SADAK si deve ritenere come un compenso legittimo, che la donna può pretendere e che in nessun ca=

so le si può negare. Il diritto di sciogliere il matrimonio col ripudio rimase anche nell'Islam esclusivamente riservato al marito.

Inoltre anche nell'Islam, conforme all'antico sistema patriarcale della famiglia, riguardò in via principale soltanto i diritti e i doveri dei parenti maschi della linea maschile (gli 'agnati' del diritto romano). Questi si chiamano collettivamente gli ASABAT. Ad essi spetta anche nel diritto islamico in generale la tutela su tutti i componenti della famiglia di sesso femminile e sui minori. Essi rispondono per il prezzo del sangue, e viceversa, hanno il diritto di chiederlo quando qualcuno di essi è ferito o ucciso: gli ASABAT soltanto sono in generale i componenti della famiglia che godono del diritto ereditario, con esclusione dei parenti di sesso femminile e di quelli maschi della linea materna, i ('cognati' del diritto romano).

Soltanto se si tratta della cura e del mantenimento - la cosiddetta HADANAH - di minori e di malati di mente, i parenti di sesso femminile hanno anche dei diritti. In tal caso questi ultimi - e non solo quelli della linea paterna, ma anche gli altri della linea materna - vengono addirittura preferiti. Nella conclusione di matrimoni e negli affari patrimoniali, invece, anche per il diritto islamico intervengono esclusivamente gli ASABAT come tutori.

Nel complesso e in generale dunque l'Islam ha confermato il diritto di famiglia arabo esistente nella cerchia di Maometto, applicandolo quindi a tutte le successive generazioni musulmane.

2)- Discendenza. Obbligo reciproco degli alimenti nei parenti in linea diretta.

Secondo la legge si ritengono legittimi quei figli che nascono al più presto sei mesi dopo la consumazione del matrimonio, o al più tardi quattro anni dopo il suo scioglimento. Si ammette, anche senza formale conferma del marito, che tali figli siano stati generati dal marito medesimo durante il matrimonio.

Inoltre i figli che il padrone ha procreato con la schiava sono equiparati sotto ogni riguardo a quelli nati dal matrimonio.

Il marito, però, ha il diritto di contestare la sua paternità. Secondo la regola generale chiunque accusa una donna libera di fornicazione, e non può provare la sua colpa con quattro testimoni, è punito per calunnia. Questa prescrizione, però, non si applica al marito il quale solennemente giuri che la propria moglie è venuta meno alla fedeltà. Il cerimoniale richiesto per tale giuramento è dato dalla

stessa rivelazione. Dice il Corano (XXIV, 6-9): 'quelli che accusano le loro mogli di infedeltà e non possono addurre altra testimonianza che la propria, debbono invocare quattro volte Allah per testimonia che essi hanno detto la verità e alla quinta volta invocare su se stessi la maledizione di Allah per il caso che avessero mentito. La moglie in tal caso sarà esente da ogni pena (per la infedeltà) se invocherà quattro volte Allah in testimonia che suo marito ha mentito e alla quinta volta invocherà su se stessa l'ira di Allah per il caso che il marito ha detto la verità'.

Questo giuramento solenne è indicato col nome di LI'AN cioè 'l'invocazione della maledizione di Allah su qualcuno'. Le due formule relative vengono esattamente prescritte nella legge. Le conseguenze giuridiche del LI'AN sono le seguenti: 1) il figlio di cui la donna è incinta viene ritenuto illegittimo; 2) il matrimonio si scioglie completamente e definitivamente, cosicchè i coniugi non si possono più rimaritare; 3) il marito non può essere punito per calunia, anche quando egli non possa provare l'accusa; 4) anche la moglie non viene punita per l'infedeltà quando essa da parte sua pronunzi le prescritte formule del giuramento di fronte al proprio marito.

Se il marito, in un caso speciale in cui la discendenza di un figlio non sia sicura, riconosce formalmente la sua paternità, la discendenza del figlio secondo la legge resta assicurata. Un tale riconoscimento si dice IKRAR (cioè conferma, deposizione con cui si fissa qualcosa). Questo IKRAR può togliere ogni dubbio sulla discendenza di qualcuno senza altra prova anche in altri casi: 1) la parentela in primo grado viene anche ammessa quando il figlio dichiara che una persona designata da lui è suo padre; 2) la parentela in grado più lontano si riconosce quando qualcuno dichiara che una persona determinata è per es. suo fratello o suo zio. La discendenza resta però ferma in seguito all'IKRAR soltanto a queste condizioni: 1) la dichiarazione non deve contraddire nè alla legge nè a dati di fatto, per es. quando colui che il figlio indica come suo padre è troppo giovane per esserlo, o se un altro notoriamente conosciuto come padre del fanciullo; 2) se viene affermata la discendenza da persona ancora vivente questa deve da canto suo confermarla con l'IKRAR, presupposto sempre che egli non sia minorenne o meretacatto, e quindi a ciò incapace; 3) chi afferma la parentela deve

essere un uomo - ad es. il fratello, il cugino, lo zio -; 4) gli uomini per il tramite dei quali deve essersi formata la presunta parentela (per es. il padre e il nonno) devono essere già morti.

Al contrario il riconoscimento di figli che siano stati procreati fuori di legittimo matrimonio non ha alcuna legale efficacia. Tra questi figli e il loro padre non vi è alcun legame giuridico familiare: nè diritto ereditario, nè obbligo di alimenti e neppure parentela, cosicchè non è proibito all'uomo di sposare la propria figlia illegittima.

Un'eccezione a questa regola è data solo dai casi del cosiddetto 'errore di diritto' (SCHUBHAN), quando i genitori abbiano agito in buona fede e quindi non possa parlarsi di fornicazione o di adulterio. I figli pertanto sono ritenuti legittimi, anche quando più tardi avesse a scoprirsi che per un qualche motivo il matrimonio, da cui essi naquero, era nullo o il padrone non era giuridicamente il proprietario della schiava con cui egli li procreò.

Invece il rapporto giuridico della madre coi suoi figli illegittimi è dal punto di vista del diritto perfettamente eguale agli altri legittimi. Infatti, secondo la legge, sorge tra la donna e i figli da lei procreati fuori dal legittimo matrimonio, per il solo fatto della nascita, un regolare rapporto di discendenza: si ha il diritto ereditario, l'obbligo reciproco agli alimenti, ecc. Perciò anche il matrimonio della donna coi suoi figli illegittimi è incondizionatamente proibito.

L'adozione non ha assolutamente alcuna efficacia in base alla rivelazione già sopra citata. Per adozione non possono crearsi nè diritto ereditario, nè parentela di sangue, nè i rapporti giuridici familiari, che sono connessi con questi. L'adozione per se stessa è, come si è notato, un atto vietato per il Musulmano.

I parenti in linea diretta sono obbligati secondo la legge a prestarsi reciprocamente all'occorrenza il mantenimento (NAFAKAH). Questo obbligo agli alimenti l'hanno i nonni e gli avi di fronte ai loro discendenti, come pure questi ultimi verso quelli. Ne è liberato chi non possiede se non i mezzi - nè può procurarseli neppure col lavoro - sufficienti al mantenimento proprio e a quello della sua famiglia. Inoltre gli ascendenti possono richiedere gli alimenti secondo la legge dai discendenti solo quando essi non siano soltanto poveri, ma anche incapaci a guadagnare. Ciò vale

lo stesso in riguardo ai discendenti, però questi possono pretendere li se sono poveri e minori. Del resto alcuni dottori ritengono che in ogni caso bisogna mantenere i proprii ascendenti bisognosi, anche quando cioè non esista debolezza fisica o intellettuale che renda loro impossibile guadagnarsi il pane.

3)- Minore età e tutela.

Minore è secondo la legge chi non ha ancora compiuto il 15° anno di vita, a meno che non appariscano prima i segni della pubertà; ma se questi si mostrano prima del compimento del nono anno la minore età, cioè malgrado, continua. Un minore, che già possiede un certo discernimento si chiama MUMAJJIZ (cioè 'che può discernere'). La legge ammette che il fanciullo raggiunga questa capacità circa verso il settimo anno.

I minori non hanno la facoltà di compiere da soli dei negozi giuridici. Essi si trovano in una situazione giuridica che nei libri di FIKH viene indicata come HADJR - cioè letteralmente, limitazione, impedimento (a agire) - e sono quindi sotto tutela.

Sulla evoluzione della tutela nell'antico diritto arabo si conosce poco. E' possibile che il tutore in origine anche in Arabia avesse il diritto di godersi i beni del suo pupillo, siccome ciò era permesso altrove. Ma secondo la concezione del Corano in ogni caso è un grosso peccato per il tutore l'arricchirsi a danno del minore e 'il consumare il patrimonio dei pupilli' (si veda ad es. Corano IV, 2, 1, 126, VI 153, XVII, 36, ecc.). Il tutore può consumare per se stesso i beni del pupillo solo nel caso che egli abbia veramente bisogno. Secondo il diritto islamico si devono distinguere le seguenti tre figure di tutela dei minori:

1) Quella che dà facoltà al parente più prossimo di far sposare il proprio pupillo. A questa tutela (la cosiddetta WILAJAT al-NIKAH, cioè tutela in ordine al matrimonio) sono chiamati gli ASABAT in un ordine determinato (si veda più avanti nel capitolo sul matrimonio). Le donne, anche dopo aver raggiunto la maggiore età, sono sottoposte a questa tutela.

2) Quella che mira alla cura e all'educazione dei minori. Essa viene chiamata nella legge con la parola HADANAH, cioè 'pigliare qualcuno sotto la propria protezione'. La persona che assume tale tutela si chiama HADIN ('custode') se uomo, HADINAH se donna. Un tale

HADIN non deve curare il solo benessere fisico del minore, ma pensare pure alla sua educazione e alla sua preparazione per una carriera.

Questa specie di tutela coincide con la patria potestà dei genitori per tutto il tempo in cui il figlio sta sotto la sorveglianza di entrambi. Se il matrimonio viene sciolto, è autorizzata la madre esclusivamente a tenere presso di sé i figli e ad assumere l'HADANAH, almeno fino a che essi non divengano MUMAJJIZ. In tale caso il figlio è libero di scegliere se preferisce di essere affidato alla cura del padre: questi diviene allora HADIN. Se la madre è morta, o non può assumere secondo la legge l'HADANAH (si veda appresso), questa spetta alla madre sua, e, quando questa sia pure morta o non autorizzata, alla madre di sua madre.

Soltanto se tutte queste persone sono morte e non possono assumere l'HADANAH, essa spetterà al padre e dopo di lui a sua madre (e eventualmente alla madre di sua madre). Se anche il padre e i suoi ascendenti in linea materna (e dopo di lui il nonno e i suoi ascendenti materni) sono morti e incapaci, l'HADANAH spetta ai più prossimi parenti (maschili o femminili) della linea collaterale. Dei parenti collaterali maschili si contemplanò in questa ipotesi solo gli 'ASABAT', dei femminili invece, come si è già notato, tutti i collaterali, sia quelli del lato paterno che materno. Se più sono le persone in grado eguale congiunte del fanciullo, la linea collaterale femminile a la preferenza su quella maschile. Essendo tutti in grado eguale decide la sorte. Se il fanciullo è MUMAJJIZ può scegliere egli stesso a chi vuole essere affidato, se ai più prossimi parenti maschili o femminili.

Chi vuole assumere l'HADANAH deve soddisfare a certe condizioni volute dalla legge. E cioè essere un Musulmano libero, maggiorennè, in pieno possesso delle sue facoltà mentali e godere di buona fama ('ADL). Inoltre la madre non può più esercitare la tutela se si marita con qualcuno che non appartiene agli ASABAT del fanciullo. Se dopo lo scioglimento del matrimonio il padre (o la madre) abbandona il domicilio, il fanciullo rimane nella casa di quello dei genitori che resta nel domicilio in cui si trovava sino a quel momento, a meno che il padre non voglia stabilirsi per sempre all'estero. In tal caso egli può pigliare seco il figlio.

3) La terza figura di tutela è la cosiddetta WILAJAT al-MAL, che ha lo scopo di curare il patrimonio del minore. Il tutore che assume questa cura si chiama WALI-AL-MAL in contrapposto al WALI-AL-NIKAH. Questa tutela spetta per diritto soltanto al padre, e in sua mancanza al nonno paterno: però possono essere scelti anche i più lontani parenti. Il padre (e eventualmente il nonno) ha la facoltà con una disposizione di ultima volontà di designare un WALI per il patrimonio dei suoi figli minori (es. lo zio). Un simile tutore ordinato per testamento si chiama WASI. Può essere nominato WASI non soltanto un uomo, ma pure una donna; anzi, secondo i FAKIH, la madre va posta in prima linea per ciò, quantunque, secondo l'opinione dominante, non possa far valere alcun diritto in proposito. Se non esiste nè il padre, nè il nonno, nè un tutore testamentario nominato da parte loro, subentra l'HAKIM (cioè l'Autorità), o una persona da essa nominata d'ufficio, come tutore per il patrimonio del minore.

Il WALI-AL-MAL deve amministrare il patrimonio del suo pupillo. Egli è autorizzato a compiere tutti i negozi giuridici necessari per i minori; soltanto non può senza un bisogno contrarre per lui obbligazioni, nè alienare o dare in pegno beni del pupillo, a meno che ciò sia inevitabile, o di evidente interesse per il minore.

Verso la fine della minore età il WALI deve fare al pupillo varie volte un esame per accertarsi se egli, entrando nell'età maggiore, è capace d'agire da sé solo, se cioè, come si esprimono i FAKIH, egli è raschid. Questa prescrizione si fonda sul Corano IV, 5: 'Esaminate i minori e rimettete loro il proprio avere se li trovate raschid.'

Se il minore realmente si mostra raschid la tutela finisce ed egli riceve i suoi beni perchè li amministrerà da sé. Nell'atto della consegna il tutore deve rendere i conti. Se sorgono in proposito controversie, il padre e il nonno hanno sempre ragione, qualora convalidino le proprie affermazioni e indicazioni con un giuramento. Questa regola però non vale per altre persone, che debbono rendere i conti sulla gestione della loro tutela. Esse debbono, se è richiesto, provare le loro affermazioni; se non lo possono, e il minore, diventato maggiorenne, depone contro di essi con giuramento, egli ha ragione.

Se invece l'esame prova che il minore, il quale ha raggiunto l'età maggiore, non è ancora raschid, egli non riceve il suo patrimonio per amministrarlo da sé, ma rimane giuridicamente sotto tu-

tela. Valgono allora per lui le stesse prescrizioni che si applica
no per un cosiddetto SAFIH (cioè chi si comporta da stolto) o
~~MUBADDIR~~ (cioè chi scialacqua il denaro).

WAFIH o WUBADDIR indica nei libri di FIKH chi consuma il
proprio patrimonio in modo da non poterne ricavare alcun utile, nè
in questa nè nell'altra vita, come ad es. chi butta il denaro in mare
o fa negozi stolti, o se anche dà i suoi beni per scopi proibiti o
riprovevoli. Non è ritenuto invece MUBADDIR o WAFIH chi si rovina
finanziariamente con spese per scopi di beneficenza, o per dare ban
chetti costosi, o nell'acquisto di abiti magnifici e così via: infat
ti - così dicono i FAKIH - si ha il denaro appunto per farne uso
lecito.

In generale il MUBADDIR o WAFIH possono essere posti sot
to tutela solo dopo una sentenza giudiziale. Se un relativo giudizio
si è quindi avuto egli è sottoposto all'HADIR, cioè egli non può
più disporre del suo patrimonio, nè assumere obbligazioni. Invece
egli conserva la facoltà, col consenso del suo tutore (WALI) di con
cludere matrimonio, e così pure ad es. il TALAK da lui pronunciato
a piena efficacia giuridica. Inoltre il MUBADDIR maggiorenne può
compire validamente anche tutti gli atti di culto, ad es. la SALAT.

Questa specie di tutela può finire solo nello stesso modo
con cui è cominciata. Di regola viene quindi tolta per sentenza giu
diziale. Per una persona invece che si è mostrata non raschid una
volta raggiunta la maggiore età, e quindi di diritto è rimasta anco
ra sotto la tutela, questa finisce pure di diritto appena la relati
va persona viene trovata raschid.

Un ammalato di mente (MADJUNUN) è come tale incapace di
agire. Lo stato d'HADIR comincia di diritto in caso di pazzia senza
sentenza giudiziale e finisce anche allo stesso modo quando il MA
DJUNUN **riacquista il pieno possesso della sua intelligenza**. Un amma
lato di mente non può quindi compiere atti di culto efficaci, poichè
la legge gli nega la libertà di volere necessaria per la NIJAH.

La tutela, sino a che si limita alla cura del patrimonio
di un MADJUNUN, spetta ai medesimi parenti che, nel caso di minore età
di qualcuno, sono chiamati alla WILAJAT AL-MAL, e cioè al padre, al
nonno paterno, al tutore designato da parte di uno dei due WASI, o
all'HAKIM, o al suo rappresentante. Anche l'HADANAH sugli ammalati
di mente (cioè la per i suoi bisogni fisici) spetta alle medesime per
sone che vi sono chiamate in caso di minore età. solo nell'ipotesi

di ammalati di mente è chiamato in prima linea come HADIN, o HADANAH, il coniuge; e poi a questo riguardo sono preferite a tutti gli altri parenti (eccetto che alla madre) le figlie.

4)- Il diritto degli schiavi.

In Arabia come in altre regioni, dai tempi più antichi vi sono stati schiavi. Si poteva cadere in schiavitù non soltanto per prigionia di guerra, ma anche per debiti, specialmente debiti di gioco. Inoltre ab antiquo venivano portati in Arabia molti schiavi da altre regioni, specialmente dall'Abissinia.

L'Islam non abolì la schiavitù - ciò difficilmente sarebbe stato possibile al tempo di Maometto - ma si limitò a prescrivere che nessun Musulmano potesse fare schiavo un compagno di fede. Cosicché, secondo la dottrina islamica, la schiavitù può sorgere quando un bambino è partorito da una schiava e quando un non Musulmano è fatto prigioniero di guerra da un Musulmano. Invece un Musulmano per debiti non pagati non può essere fatto schiavo dal suo creditore, o come tale essere venduto, come pure i genitori non possono vendere i loro figli come schiavi.

Gli schiavi hanno sempre formato una parte importante della popolazione nelle terre musulmane. Nel medioevo ogni anno si introducevano migliaia di schiavi nell'impero dei Califfi, e non solo dall'interno dell'Africa e dal centro dell'Asia (Turkestan, Ferghanah, ecc), ma anche dall'Europa. Per i porti del Mediterraneo il commercio degli schiavi allora era di grande importanza. I Veneziani ad es. nel secolo VIII avevano un proprio mercato di schiavi a Roma.

Nell'età moderna il commercio degli schiavi nelle regioni musulmane sottoposte all'influenza europea non si esercita più pubblicamente. Invece nei luoghi in cui questa influenza non è penetrata, come ad es. nell'Arabia, il commercio degli schiavi è ancora permesso. Soprattutto la città santa della Mecca divenne nel secolo XIX il centro del loro commercio. Tentativi di sopprimerlo sono stati vivacemente respinti. Gli schiavi che si conducono alla Mecca vengono principalmente dall'Africa, ma anche dal Caucaso e da terre più lontane ancora persino dalla China.

La sorte degli schiavi presso i Musulmani, sia fra i beduini Arabi che fra le popolazioni sedentarie campagnuole e cittadine, secondo le concordanti testimonianze delle persone informate, è assai più tollerabile che non si creda in Europa. Inoltre, dopo un

certo tempo, la maggior parte degli schiavi sono manomessi e possono quindi come i liberi raggiungere una buona posizione nella società musulmana. In ogni caso non è giusto paragonare senz'altro la schiavitù musulmana con quella che un tempo si aveva in America.

In teoria gli schiavi nell'Islam non hanno alcun diritto. Essi sono considerati come cose. Il padrone (SAJJID) è proprietario del suo schiavo (ABD) e della sua schiava (AMAH) e può usarne come degli altri suoi beni: li può inoltre ad es. alienare per vendita, donazione e testamento. Solo la madre non può essere separata dai suoi figli, finché questi abbisognano delle sue cure (fino a circa sette anni, secondo la legge, sinché, cioè, siano diventati MUMAJJIZ). Inoltre il padrone può comodare, locare, dare in pegno e così via il proprio schiavo.

Però nella legge si riconosce allo schiavo un diritto a essere mantenuto (nutrimento, vestito, abitazione) e, in caso di malattia, curato. Il padrone non può imporgli un lavoro superiore alle sue forze, deve anzi concedergli un sufficiente riposo dopo il lavoro.

Gli schiavi non godono del diritto di proprietà: tutto ciò che essi acquistano diviene proprietà del loro Sajjid. In generale gli schiavi non sono capaci a gestire dei negozi. Se il padrone vuole, però, servirsi dell'opera del suo schiavo nell'esercizio di un negozio deve autorizzarlo a intraprendere le necessarie relative operazioni (ad es. comprare, vendere). I contratti conclusi dallo schiavo sono validi e obbligatori se esso non ha oltrepassato i limiti della facoltà conferitagli. Per le obbligazioni che contrae uno schiavo autorizzato risponde verso i creditori non il suo padrone, ma egli medesimo, nei limiti di ciò che il SAJJID gli ha affidato per l'esercizio del negozio. Se lo schiavo contrae senza il consenso del padrone, questi non è tenuto, e i creditori non possono neppure rivolgersi su quello che è stato affidato allo schiavo. Questi in tal caso obbliga soltanto se medesimo e garantisce l'adempimento di tali obbligazioni anche dopo la sua eventuale manomissione.

Manomissioni di schiavi (ITK). Il manomettere gli schiavi è nell'Islam un'opera altamente meritoria e grata a Dio, che si raccomanda ripetutamente tanto nelle rivelazioni come nella tradizione canonica. E' uno dei mezzi offerti dal Corano per espiare i misfatti commessi: 'Chi manomette uno schiavo credente sarà nel giorno della risurrezione liberato dall'inferno!' ha detto il Profeta.

Può manomettere il proprio schiavo chiunque ha la libertà disponibile del suo patrimonio (quindi ad es. non lo può il minore, l'ammalato di mente, o il MUBADDIR maggiorenni) e che non abbia inoltre limitato da sè stesso la sua facoltà di manomissione, ad es. dando in pegno lo schiavo. Se questo è proprietà comune di più persone, ognuna di esse può manometterlo: solo deve indennizzare i condomini del valore della parte dello schiavo che ad essi spetti. Se ciò non è possibile, la manomissione è valida soltanto per la quota propria, cosicchè lo schiavo resta in parte libero e in parte no. Un tutore non può manomettere lo schiavo del suo pupillo.

Se qualcuno diventa proprietario di uno schiavo, che gli sia parente in linea ascendente o discendente - o anche collaterale (fratello o sorella) secondo i Malikiti -, esso di diritto, da quel momento, diviene libero. Anche l'UMM WALAD, cioè la schiava che ha procreato un figlio col padrone, alla morte di quest'ultimo diviene libera di diritto.

Nessuna forma determinata è prescritta per la manomissione: si dà a conoscere la propria volontà in diversi modi; la manomissione è valida appena è escluso ogni dubbio sull'intenzione del manomissore. Il SAJJID è, del resto, autorizzato a sottoporre a certe condizioni la libertà del suo schiavo.

Le cosiddette TADBIR e KITABAH sono due forme particolari di manomissione.

1 - Il TADBIR è la dichiarazione del padrone che alla sua morte il suo schiavo dovrà essere libero. Finchè il dominus vive, la posizione giuridica di un tale schiavo è assolutamente identica a quella degli altri schiavi. Il padrone conserva persino il diritto di disporne a piacere: se lo vuole, il TADBIR si considera revocato. Poichè tale forma di manomissione in questo modo si presenta come una disposizione testamentaria, essa pure in tanto vale in quanto non viene violata la regola che si può sottrarre ai proprii eredi con disposizioni di ultima volontà al più un terzo dell'eredità.

Se quindi risulta alla morte del dominus che il valore degli schiavi manomessi in quel modo supera il terzo dell'eredità, il Tadbir diventa in parte inefficace, a meno che gli eredi non lo confermino in tutta la sua estensione.

2 - La KITABAH è la monomissione fondata su un contratto. Già prima dell'Islam gli schiavi, che non venivano riscattati dai loro parenti, ricevevano qualche volta dal padrone il permesso di guada-

gnarsi il denaro del riscatto col proprio lavoro. Una simile convenzione sembra fosse di solito fissata in una scrittura (KITAB), donde sorse il nome KITABAH.

Quando uno schiavo prega il suo padrone di ottenere la KITABAH è commendevole il concedergliela. Le conseguenze di questo contratto di manomissione sono che lo schiavo relativo (il MUKATAB) può acquistare proprietà per se stesso e senza formale consenso del suo padrone, stringere contratti con terzi. Il suo dominus (il MUKATIB) allora non può più nè venderlo nè darlo in pegno. Il MUKATAB da parte sua deve in un determinato numero di volte - almeno due - pagare il convenuto prezzo di riscatto. Egli rimane schiavo finchè non ha versato l'ultima rata. E in sommo grado meritorio l'aiutare gli schiavi nei lorosforzi per riscattarsi, come pure è stabilita una parte della ZAKAT per MUKATAB. Secondo la dottrina sciafeita il padrone è perfino obbligato a condonare al suo MUKATAB almeno una parte della somma pattuita.

Patronato. In seguito alla manomissione sorge tra il manomettente (MU'TIK) e il manomesso (MU'TAK) il rapporto di patronato (WALA) o relazione di clientela. Il manomettente diviene MAULA' (patrono) del manomesso. Se questi non ha alcun parente consanguineo nella linea maschile ('ASABAT') il MAULA succede al suo posto. A lui passano allora tutti i diritti di famiglia degli ASABAT, come pure il loro diritto ereditario, e così anche la WILAJAH nella conclusione dei matrimoni e altri diritti.

Questa relazione di clientela non passa soltanto tra il manomettente e il manomesso personalmente, ma si estende anche alla discendenza del manomesso e persino ai manomessi di quest'ultimo. Se il manomissore muore, i suoi diritti di patronato passano ai suoi ASABAT e nello stesso ordine in cui essi ereditano da lui ab intestato.

IL MATRIMONIO

1)- Il contratto di matrimonio e il dono nuziale.

Prima della celebrazione del matrimonio, secondo la legge deve essere concluso tra lo sposo da una parte e il WALI della sposa dall'altra un contratto di matrimonio (AKD AL-NIKAH). Il WALI deve dichiarare che egli marita la sposa con chi la richiama in moglie, e quest'ultimo che egli accetta di sposarla e si obbliga di pagarle una somma come MAHR o SADAK. Questo contratto deve conclu-

dersi in presenza di almeno due testimoni, tuttavia è preferibile che vi assistano più persone.

Il contratto di matrimonio si distingue particolarmente per ciò:

- 1) che non vi figura come parte la sposa, ma il suo WALI;
- 2) che lo sposo si obbliga a pagare una somma come dono nuziale.

Tanto l'una che l'altra caratteristica si spiegano solo con l'originaria natura giuridica dell'antico matrimonio arabo per compra.

Come si è sopra osservato, il Profeta avrebbe limitato un poco, secondo la tradizione musulmana, il potere del WALI di obbligare la sposa a un determinato matrimonio. Per lo meno si dice che egli abbia raccomandato ai congiunti maschili di assicurarsi, per quanto è possibile, il consenso della loro pupilla al matrimonio; ma poiché non regolò nei suoi particolari questa circostanza, più tardi non si fu d'accordo nel fissare fino a che punto i diversi parenti potessero decidere, come WALI nel contratto di matrimonio, sulla sorte delle donne.

Secondo la dottrina sciafeita (e malikita) si richiede in generale che la donna sia d'accordo nel concludere il matrimonio. Il suo consenso però può ritenersi efficace soltanto se essa ha raggiunto la maggiore età. Tuttavia lo debbono dichiarare esplicitamente soltanto quelle donne che non sono più vergini. Di queste invece si presuppone che la loro ritrosia impedirebbe una esplicita manifestazione del proprio consenso; quindi il loro silenzio viene interpretato come una prova sufficiente di assentimento.

Soltanto al padre (e in sua mancanza al nonno paterno) gli Sciafeiti riconoscono il potere di maritare la propria figlia (o nipote) anche contro la sua volontà, almeno fino a che sia vergine (e minorenni). Per questo loro diritto fondato sulla legge il padre e il nonno si qualificano come WALI MUDJBIR (Wali che costringe). Al resto dei parenti maschili manca questo diritto (concesso invece dai Malikiti) che però anche per il padre e il nonno è legato a condizioni determinate. Anche per il WALI MUDJBIR è raccomandabile (SUNNAH) di domandare sempre prima alla figlia, o nipote, se è disposta al matrimonio. Inoltre egli può usare del proprio diritto di costringere soltanto nell'interesse della figlia, o nipote, e non sposarla in nessun caso con qualcuno che secondo i criteri della legge non è suo KUF - cioè di uguale nascita - o che non le offra un proporzionato dono nuziale (MAHR AL-MITHL). E perimenti perde tale

diritto di costrinzione al matrimonio se tra lui e la ragazza, o tra questa e il pretendente, esiste inimicizia, o anche se essa dichiara di non essere più vergine. Quest'ultima affermazione secondo la legge deve essere creduta come vera sulla parola, senza ulteriore prova.

Se la sposa anche nell'Islam per maritarsi è sempre legata all'intervento del suo WALI, questi è da parte sua obbligato a assisterla in ogni caso, quando essa lo richieda. Solo se essa vuole sposare un uomo che non è conveniente per lei, il WALI può negare la sua cooperazione: egli ha l'obbligo di evitare il disonore alla sua gente e quindi anche alla sua pupilla. Se invece dal punto di vista legale non può rimproverarsi nulla al pretendente, e ciò malgrado il WALI nega la sua cooperazione, la sposa ha il diritto di rivolgersi all'autorità, che allora assume la WILAJAT AL-NIKAH.

Il diritto di unire in matrimonio la sposa con qualcuno spetta in generale soltanto ai suoi ASABAT, e sempre tra questi al più prossimo parente di lei. Gli ASABAT sono chiamati alla WILAJAH matrimoniale nell'ordine seguente :

- 1) Il più prossimo ascendente maschile della linea paterna: e cioè il padre, e in sua mancanza il nonno paterno e così via. Se nessuno di essi esiste allora segue;
- 2) il più prossimo congiunto della linea maschile della discendenza paterna, quindi il fratello e in prima linea il fratello carnale poi il fratellastro dal lato paterno, in seguito i discendenti del fratello carnale e infine quelli del fratello carnale dal lato paterno; in ogni caso il congiunto più vicino esclude il più lontano.

Se nessuno di questi esiste allora segue :

- 3) il più prossimo congiunto maschile nella linea maschile tra i discendenti del nonno, cioè il fratello carnale del padre, poi il fratellastro del padre della linea paterna, quindi i discendenti del fratello carnale del padre e finalmente quelli del fratellastro dal lato paterno e così via.
- 4) Nel caso che la sposa non abbia congiunti consanguinei maschili nella linea maschile e sia una schiava manomessa, il diritto di maritarla spetta al suo MAULA.

Il WALI deve inoltre soddisfare a certe condizioni legali: essere, cioè, maggiorenne, libero musulmano, nel pieno possesso delle sue facoltà mentali e non FASIK. Se il più prossimo congiunto maschile della donna non risponde a queste condizioni, il diritto

di fungere da WALI passa a quello che lo segue nell'ordine indicato.

Quando mancano tutte queste persone, o non sono legalmente autorizzate, come pure nel caso che il primo chiamato sia assente o che egli rifiuti senza valido motivo, la conclusione del contratto di matrimonio, funge da WALI:

5) la competente autorità (HAKIM). L'autorità (HAKIM) è il WALI di quelli che altrimenti non avrebbero WALI, avrebbe detto il Profeta. Quale funzionario in particolare debba assumere questa WILAJAH non è determinato dalla legge. In molte regioni musulmane sono competenti i KADI, o i loro rappresentanti.

I due sposi interessati possono anche prendere per WALI, in luogo dell'HAKIM, qualunque altro, quando essi lo vogliano. Una tale persona viene chiamata HAKAM (allo stesso modo che l'arbitro scelto in una questione) e deve possedere quei requisiti che la legge esige per un KADI. Se nel luogo in cui avviene il matrimonio non si ha un HAKIM competente, le parti sono costrette a scegliere per WALI un HAKAM, e allora non si richiede la condizione che la persona scelta abbia i requisiti voluti per assumere l'ufficio di KADI.

Cisicché nel concludere un contratto di matrimonio si presentano come parti da un lato il WALI della sposa (o l'HAKIM, o un HAKAM scelto dagli sposi) e dall'altra parte lo sposo. Quest'ultimo è rappresentato da un WALI, se è ancora minorenne. I minori possono essere sposati dal loro padre o dal nonno paterno - e solo da questi due (per gli Sciafeiti) - perfino con quattro donne, il massimo numero di moglie permesso dalla legge. Naturalmente in questa ipotesi non si può parlare di un valido consenso del minore.

Per i due testimoni, che devono essere presenti secondo la legge alla conclusione del contratto, si richiedono i medesimi requisiti del WALI: devono essere, cioè liberi Musulmani, in possesso delle loro facoltà mentali e inoltre di buona condotta. In molte regioni musulmane compaiono, come testimoni nei contratti di matrimonio, anche determinate persone, delle quali si sa con certezza che posseggono tutti i requisiti legali. Tali testimoni di professione vengono chiamati 'ADL, perchè essi per questo scopo determinato sono dichiarati appositamente ADL.

Una forma speciale per il contratto di matrimonio non è prescritta dalla legge. Anche qui, come negli altri contratti, alla offerta (IDJAB) di una parte - in questo caso del WALI della sposa - segue immediatamente l'accettazione (KABUL) dell'altra parte, lo spo

so. Le parti debbono scegliere le loro espressioni in modo tale che l'intenzione di concludere il contratto di matrimonio si rilevi senza dubbio alcuno. Secondo la legge inoltre è raccomandabile al WALI della sposa di tenere nel concludere il contratto una CHUTBAH, cioè un discorso (possibilmente in lingua araba) che deve consistere principalmente in lodi di Allah, in benedizioni per il Profeta, in sentenze elogianti il matrimonio, e in pie esortazioni.

All'esatto adempimento delle formalità, che l'Islam prescrive per la conclusione del contratto di matrimonio, si presta moltissima importanza in tutti i paesi musulmani, poichè ne dipende la validità.

Quindi questo importantissimo negozio giuridico, in modo assai stretto legato con la religione, non si conclude quasi mai senza l'assistenza di una persona competente e di esperienza, che conosca a perfezione tutte le relative prescrizioni della legge. Dappertutto vi sono alcuni che di questa assistenza da prestare nei matrimoni fanno una professione e che comunemente stanno sotto la sorveglianza del KADI, le designazioni usate per tali persone sono diverse nelle varie regioni. Ma il modo e la maniera con cui essi adempiono al loro compito è lo stesso dappertutto: o essi pronunziano al WALI della sposa, o anche allo sposo, le formule prescritte, o fanno addirittura da procuratori (WAKIL) dell'una o dell'altra parte; in quest'ultimo caso la persona esperta sostituisce quasi sempre il WALI della sposa, perchè il suo compito è in proporzione a quello dello sposo molto più difficile, e si limita, rispetto a quest'ultimo a suggerire le formule necessarie.

Tuttavia non si deve dimenticare che il ricorrere a una persona pratica nel concludere i matrimoni è un uso introdotto soltanto perchè le parti conoscono di solito insufficientemente la legge. Se in un caso particolare lo sposo e il WALI conoscono bene le relative prescrizioni, possono fare a meno della persona pratica e concludere un contratto matrimoniale perfettamente valido senza la sua cooperazione.

Come si disse, nello stringere il contratto lo sposo assume l'obbligo di dare alla sua sposa un MAHR (o SADAK). È desiderabile che l'ammontare ne sia determinato al momento della conclusione del contratto di matrimonio; ma un obbligo speciale però non esiste. Se l'ammontare non è fissato, lo sposo ha obbligo di pagare un

cosiddetto MAHR AL-MITHL, cioè un dono proporzionato alle circostanze. Il suo valore va calcolato secondo la nascita e la posizione sociale della sposa, come pure secondo la sua età, la sua intelligenza, la sua bellezza, e altre qualità che fanno di lei un partito più o meno desiderabile.

Si può anche convenire nel concludere il contratto che il dono nuziale si stabilisca più tardi dal marito. Ciò si chiama nei libri di FIKH, TAFWID, cioè 'rimettere all'arbitro'; infatti la determinazione della somma da pagare si lascia alla libera volontà dello sposo. La sposa può autorizzare il suo WALI al TAFWID quando essa sia in grado di disporre illimitatamente dei suoi beni.

Lo non è obbligato a versare il MAHR subito alla conclusione del contratto di matrimonio. Però, secondo la dottrina sciafita, è raccomandabile di versare almeno una parte del MAHR prima della consumazione del matrimonio. In alcuni luoghi si usa perciò consegnare alla sposa prima delle nozze una metà o due terzi del MAHR mentre il resto viene pagato più tardi allo scioglimento del matrimonio per divorzio o per morte di uno dei due coniugi. Però gli usi relativi divergono nei singoli luoghi.

Se l'uomo dopo il contratto di matrimonio, ma prima d'aver con la sposa rapporti coniugali, vuole recedere dal matrimonio, ha la facoltà di farlo, ma deve pagare alla sposa metà del MAHR. Se l'ammontare del MAHR non si può determinare, perchè alla conclusione del contratto di matrimonio si era stabilito il TAFWID - nel qual caso non soltanto non si era parlato di una somma determinata, ma anche si era convenuto che il marito non dovesse pagare alcun MAHR AL-MITHL - lo sposo deve regalare un dono a suo piacimento alla sposa.

I vari usi nella celebrazione del matrimonio, come per es. l'andare a rilevare solennemente la sposa e le altre feste e cerimonie delle nozze, differiscono nelle diverse regioni dell'Islam. La legge non contiene alcun'altra prescrizione in proposito, all'infuori di quelle riferentesi alla WALIMAT AL-URS sopra indicata.

2) - Impedimenti legali al matrimonio.

Le circostanze, che secondo la legge islamica impediscono la celebrazione del matrimonio valido, sono in genere quelle stesse che, anche presso i popoli non musulmani, vigono come impedimento matrimoniale. Come tali vengono soprattutto in considerazione la parentela troppo intima delle due parti, la posizione disuguale, la diffe

renza di religione, il matrimonio esistente di una parte; per la donna, inoltre, il non essere terminato il tempo del lutto, e molte altre. Le principali prescrizioni in proposito sono le seguenti.

1 - Un Musulmano libero non può concludere un altro matrimonio quando egli abbia già quattro mogli. I dottori musulmani hanno tratta questa prescrizione dal Corano IV, 3. Nella cerchia di Maometto la poligamia non era ancora limitata da alcuna legge, e il Profeta evidentemente non aveva creduto necessario modificare in nulla simile stato di cose. Egli stesso aveva più mogli. La citata rivelazione si dirige quindi, come la connessione del testo indica, propriamente contro quelli che intaccano il patrimonio dei loro pupilli. Ai tutori si raccomandava una misurata economia, per non cadere in bisogno e quindi impiegare i 'beni degli orfani' per se stessi. Quindi seguivano le parole di Allah: ' Se voi temete di non poter dare agli orfani il loro, allora sposate solo tante donne quante per voi è bene, due, tre, quattro. Se temete (malgrado questo) di non esser giusto verso gli orfani, (sposate) una sola donna (o pigliate altri schiave. Questa è la cosa più opportuna per evitare che inchiniate (al male)'. Questa rivelazione più tardi fu interpretata invece nel senso che assolutamente ogni Musulmano potesse avere al più quattro mogli; e infine si misero in circolazione anche delle tradizioni nelle quali si affermava che il Profeta medesimo avesse esplicitamente confermato tale concetto. Quanto al fatto che Maometto aveva avuto più di quattro mogli contemporaneamente, si disse che ciò era uno dei privilegi accordati da Dio soltanto al suo inviato.

2 - Per parentela di sangue troppo stretta, è vietato all'uomo il matrimonio con tutte le sue congiunte in linea retta - sia ascendente che discendente - come pure con le sue sorelle, con le figlie dei suoi fratelli e delle sue sorelle e con le sue zie e prozie, sia del lato paterno che materno.

Per affinità l'uomo non può contrarre matrimonio con la suocera, la nuora, la figliastra, o con altre persone con cui è affine in linea retta, sia ascendente che discendente. Inoltre l'uomo non può essere marito di due sorelle contemporaneamente, né di una donna e di sua zia ad un tempo.

Oltre alla reale parentela come impedimento al matrimonio la legge stabilisce pure la parentela di latte, e non soltanto tra l'uomo e la sua balia, ma anche tra lui e le proprie sorelle di latte, cioè con ogni donna che sia stata nutrita come lui dalla stessa

balia. Questo principio della parentela di latte fu esteso molto di più. Infatti si ammise anche tra l'uomo e tutti i suoi discendenti da un lato - e dall'altro la sua nutrice, tutti i suoi congiunti di latte e di sangue, suo marito e tutti i suoi congiunti di latte e di sangue. Questa parentela di latte sul fondamento di una decisione del Profeta, è considerata un impedimento al matrimonio negli stessi gradi della parentela di sangue.

Le prescrizioni sugli impedimenti matrimoniali per prossima parentela poggiano principalmente sul Corano IV, 26-27. Con le norme date in questa rivelazione il Profeta mirò verosimilmente a introdurre anche nell'Islam il divieto dei matrimoni tra parenti, che esisteva presso gli Ebrei e i Cristiani. Che queste prescrizioni almeno in parte, per i seguaci di Maometto fossero nuove, già si rileva dalla concessione che si trova in fine a quella rivelazione, che cioè i matrimoni, i quali sono contrari a queste norme, ma conclusi prima, potevano continuare a esistere.

3 - Un impedimento inoltre si ha quando l'uomo, secondo il criterio della legge, sta per nascita e rango al di sotto della donna. Per lo meno questi matrimoni disuguali sono nulli di fronte alla legge, se conclusi senza il pieno consenso della donna, come pure del suo WALI. Al contrario un uomo può sempre sposare una donna di condizioni inferiori. Un marito di pari nascita della moglie si dice il suo KUF. Per la determinazione di questa eguaglianza di condizioni (KAFA-AH) si considera anzitutto:

a) la nascita. L'Arabo come tale, secondo la legge è superiore a tutti gli altri Arabi, e tra gli Arabi occupano il posto più alto i Kuraisciti (tribù di Maometto) e tra questi la famiglia del Profeta.

A parità di natali la condizione si determina principalmente secondo :

b) la professione (in riguardo alla donna si assume a criterio la professione del padre). Particolarmente elevata è ritenuta dalla legge la condizione dei dottori. Ciò che del resto i libri di FIKH stabiliscono sul relativo valore delle diverse professioni o mestieri non ha oggi per i Musulmani alcun valore pratico. Molto spesso si concludono matrimoni che secondo la teoria della legge sono Mésalliances, e nondimeno dalla donna e dal suo Wali sono considerati piuttosto come un onore che come una vergogna.

Inoltre si ritiene ad es. che uno schiavo manomesso sia

un partito tanto poco conveniente per una nata libera, quanto quello di chi pecca di continuo contro la legge (un FASIK) per una donna, su cui nulla per questo riguardo si possa ridire.

Invece, secondo la legge, non ha importanza che l'uomo sia più o meno benestante.

4 - Il matrimonio con non Musulmani, - uomini e donne - è vietato secondo la legge. Tale proibizione si fonda sul Corano II, 220-221. 'Non sposate alcuna donna politeista, se prima non è diventata credente: una schiava credente è migliore di una politeista (libera) anche quando essa vi conviene. E nemmeno date in matrimonio (donne credenti) a politeisti prima che questi non si siano convertiti; uno schiavo credente è migliore di un politeista (libero), anche quando egli vi piaccia. Quelli vi chiamano all'inferno, ma Dio vi chiama al Paradiso e al perdono'. Certamente scese più tardi la rivelazione seguente (Corano V, 7): 'E' permesso a voi di sposare le donne libere, così tra le Musulmane come anche tra quelle che prima di voi hanno ricevuto le sacre scritture', ma queste parole del Corano permettono al Musulmano, almeno secondo la dottrina sciafita, il matrimonio soltanto con donne appartenenti a popoli che hanno ricevuto 'rivelazioni autentiche', cioè a quei popoli che già prima della rivelazione del Corano professavano la loro religione (ebraica o cristiana) e da allora sempre hanno seguito le vere prescrizioni dei loro libri sacri.

5 - Alle donne dopo lo scioglimento del loro matrimonio è vietata la conclusione di un nuovo durante la cosiddetta 'IDDAH, 'il tempo di attesa'.

Il tempo di lutto stabilito per una vedova durava presso gli antichi Arabi un anno intero, ma per una rivelazione del Corano II, 234 fu ridotto a quattro mesi e dieci giorni. Invece l'IDDAH dopo il divorzio, che come si nota sopra non è di origine araba antica, ma introdotta più tardi (probabilmente dal Profeta) per evitare questioni sulla paternità, dura tre periodi di purità, o per le donne che non hanno le regole mensili tre mesi. Se la donna è incinta, essa in nessun caso può contrarre un nuovo matrimonio prima che siano trascorsi quaranta giorni dal parto.

6 - Altri impedimenti matrimoniali che eccezionalmente entrano in considerazione sono: lo stato di IHRAM, - l'avvanuto definitivo scioglimento del matrimonio tra le parti per triplice TALAK, lo

scioglimento del matrimonio in seguito al LI'AN - la mancanza del libero consenso di una delle parti (presupposto però che nel caso in questione questo consenso sia necessario), ecc.

Nessun impedimento invece costituisce l'età troppo giovane. I matrimoni di fanciulli non erano vietati nella cerchia di Maometto, e l'Islam a questo riguardo non ha nulla mutato. Il Profeta medesimo sposo 'A'ischah, la figlia di Abu Bekr, a sei anni. La legge non conosce quindi un minimum di età per un valido matrimonio. Ma la coabitazione dei coniugi spesso comincia ben lungo tempo dopo la conclusione del contratto di matrimonio, quando ciò è desiderabile per la loro troppo giovane età. Naturalmente non può parlarsi di una propria manifestazione di volontà dei fanciulli, che così piccoli sono uniti in matrimonio. Li marita il loro WALI di sua autorità.

Secondo la dottrina sciafeita, come si è visto, è sempre autorizzato a far questo solo il WALI MUDJIBIR, cioè il padre o, in sua mancanza il nonno paterno.

3 - Diritti e doveri reciproci dei coniugi. Divieto del voto di astinenza. Il Ta'lik. Il così detto matrimonio Mut'ah.

Con il matrimonio non sorge, secondo la legge, alcuna comunione di beni. Ognuno dei due coniugi rimane proprietario di ciò che ha portato con se nel matrimonio, o che durante il matrimonio ha acquistato col proprio lavoro, per credito, donazione o in altra maniera.

Le spese della famiglia sono per legge a carico del solo marito. Questi è inoltre obbligato a mantenere la propria moglie. Secondo la condizione di lei egli deve fornirle abiti, nutrimento e perfino servitù, avuto riguardo agli usi locali su tale riguardo. Se il marito si rifiuta di sopportare queste spese di mantenimento (NAFAKAH) a cui legalmente è obbligato, la donna può soltanto tentare di costringerlo a soddisfare il suo dovere per mezzo dell'autorità (quantunque essa con tale via naturalmente poco ottenga a lungo andare, se il marito poi sempre persista nel suo rifiuto). La moglie può chiedere lo scioglimento del matrimonio (per FAS'CH) soltanto quando il marito non sia in condizioni di mantenerla secondo il dovere, ed essa sia in grado di darne la prova.

Se il marito osserva da parte sua i proprii doveri, può pretendere dalla moglie una certa condiscendenza ai rapporti coniugali e soprattutto obbedienza. Se essa vi vien meno, egli è perfino

autorizzato a punirla, e allora la moglie perde il diritto al mantenimento. Per il resto la legge raccomanda al marito di non trascurare la moglie; se ne possiede più di una, egli, secondo la legge, non può addirittura trattenersi nell'abitazione di una più a lungo di quel che non faccia presso le altre. Nei libri di FIKH viene anche formalmente proibito al marito di fare un voto di astinenza verso la propria moglie. Presso gli Arabi pagani, e anche nella cerchia di Maometto, avveniva che qualcuno giurasse di volere astenersi da ogni rapporto coniugale con la moglie, o per sempre, o per un tempo determinato o indeterminato. Questo portava che la rispettiva moglie per molti riguardi era considerata come una ripudiata. Tuttavia essa rimaneva legata al proprio marito per il matrimonio esistente, ne poteva concluderne un nuovo sino a che il marito non si decideva a ripudiarla. E nella più parte dei casi il marito vi si decideva quando la moglie si fosse riscattata da lui pagandogli una somma stabilita.

Pichè ciò assai spesso conduceva a dure ancherie, scese una rivelazione (Corano II, 226, 227) la quale prescriveva ai Musulmani che per l'avvenire, nel caso di un tale voto, dopo scorsi quattro mesi, essi dovessero o riconciliarsi con le loro mogli (annullando cioè il loro giuramento) o ripudiarle, di guisa che il matrimonio venisse in realtà sciolto. Secondo la legge questo ILA, cioè il giurare (il voto di astenersi), era ritenuto per il Musulmano un piccolo peccato. Se però aveva giurato non gli rimaneva altro, in conformità delle prescrizioni del Corano, dopo scorsi i quattro mesi, che o violare il proprio giuramento, e offrire un 'dono espiatorio' (KAFFARAH) per tale violazione, o ripudiare la moglie.

Una specie particolare di voto di astinenza era il così detto ZIHAR (derivato da ZAHAR, cioè dorso). Esso consisteva in un giuramento del marito che per un tempo determinato, o indeterminato, o per sempre 'la propria moglie avrebbe dovuto essere per lui - non toccabile - come il dorso della propria madre'. Quest'uso nella rivelazione fu formalmente condannato. Secondo la legge la pronuncia del ZIHAR conta addirittura fra i 'grossi peccati'.

Chi ha pronunciato la formula dello ZIHAR è inoltre obbligato, almeno secondo la dottrina sciafita, a farvi seguire subito il ripudio. Se egli non lo fa, si ammette secondo la legge che egli abbia cambiato avviso e desidera evidentemente riconciliarsi. Egli quindi rompe il suo giuramento e si obbliga a offrire una KAFFARAH anche

se in appresso veramente ripudiasse sua moglie.

Questi voti di astinenza dell'antico costume arabo (sia ILLA come anche ZIHAR) ben presto furono del tutto abbandonati nell'Islam.

Le prescrizioni legali, che riguardano i reciproci diritti e doveri dei coniugi non possono venire modificati in alcun modo dalle parti nella conclusione del contratto di matrimonio. Certamente ognuno dei coniugi durante il matrimonio può a suo piacere rinunciare all'uno o all'altro dei diritti che gli spettano, ma non si può mai obbligare a farlo nel contratto di matrimonio. Ogni riserva fatta nella conclusione di un contratto di matrimonio è inefficace e importa perfino la nullità del matrimonio se contraddice alla sua natura.

Tuttavia vi è un mezzo giuridico per modificare di fatto i diritti e i doveri dei coniugi senza violare la legge. Il marito è autorizzato, subito dopo la conclusione del contratto di matrimonio, a pronunciare sulla moglie un TALAK (ripudio condizionato, con cui il matrimonio si scioglie appena la condizione si sia verificata. Questa procedura si dice TA'LIK, cioè propriamente sospendere, perchè il marito rende il suo TALAK dipendente dalla condizione posta.

Un tale TALAK condizionato può adoperarsi dal marito di fronte alla propria moglie per stabilire alcuni obblighi determinati. Spesso per es. si fa dichiarare al marito, dopo la conclusione del contratto di matrimonio: 'Se io batto mia moglie (o se io non la mantengo, se io sposerò ancora una seconda, o rispettivamente una terza donna, se non le presterò un'abitazione particolare' ecc.) essa è da me ripudiata!' Così la situazione della moglie viene in realtà molto migliorata. Essa può in tal guisa ottenere in maniera discretamente facile lo scioglimento del matrimonio se il marito l'abbandona, e quindi conseguire la possibilità di contrarre un nuovo matrimonio. Senza il TA'LIK invece la donna sposata non può richiedere lo scioglimento del matrimonio (per FAS'CH) che per pochissimi motivi è difficile dimostrare.

Questo TA'LIK del TALAK è diventato in alcune regioni (specialmente in una gran parte delle Indie Olandesi) un uso costante che non si trascurava quasi in nessun matrimonio, a meno che lo sposo sia una persona molto ragguardevole o un pio dottore, dal quale può ben aspettarsi che egli tratterà bene la propria moglie.

Inoltre la situazione reale della donna maritata dipende

in tutte le regioni musulmane assolutamente dalle condizioni locali e da molte speciali circostanze. Donne distinte restano di solito anche durante il matrimonio più indipendenti che le donne delle più infime classi del popolo. Avviene pure che i coniugi, per accordi presi all'infuori del contratto di matrimonio, si assicurino particolari diritti. Ma un simile accordo ha un'efficacia soltanto morale.

Infine sono qui da ricordare i così detti matrimoni MUL'AH, cioè matrimoni di godimento. In essi il rapporto tra marito e moglie è tutt'altro che quello che corre nel matrimonio ordinario. Infatti lo scopo del matrimonio MUL'AH è solo quello di avere temporaneamente una moglie, e non di fondare una famiglia e procurarsi dei discendenti. Simili matrimoni vengono conclusi principalmente da coloro che durante una dimora all'estero stringono una relazione con una donna del luogo; essi si sciolgono con la partenza dell'uomo.

Sulla base della tradizione bisogna ammettere che il Profeta abbia permesso realmente ai suoi seguaci di concludere simili matrimoni MUT'AH, sopra tutto durante lunghe spedizioni militari. Invece il Califfo Omar si mostrò vivace oppositore della MUT'AH, che pose per ogni riguardo allo stesso livello dei rapporti sessuali illegittimi. 'Nessuno mi sia condotto innanzi, che abbia sposato una donna per un tempo determinato, o io lo faccio lapidare!', avrebbe egli minacciato. Secondo altre tradizioni anche il Profeta med-esimo avrebbe in seguito proibito di nuovo la MUT'AH.

Più tardi essa ebbe vigore solo presso gli Sciiti, mentre fu vietata invece presso i Musulmani ortodossi. Malgrado queste diverse opinioni teoriche in realtà la MUTAH è in uso presso molti Sunniti. Però quelli che contrariamente alla legge intendono stringere legami matrimoniali per un tempo determinato, curano di accordarsi con la donna all'infuori del prescritto legittimo contratto matrimoniale. Essi si obbligano allora di ripudiare la moglie scorso il termine stabilito; e quantunque un simile accordo non sia giuridicamente efficace, pure esso è quasi senza eccezione mantenuto.

4) - MODI di scioglimento del matrimonio.

Oltre al caso della morte di uno dei due coniugi, della sua apostasia dall'Islam, come pure della pronunzia della formula del LI'AN riferita sopra, il matrimonio si scioglie specialmente in questi casi :

a) che il marito ripudi la propria moglie (TALAK).

b) che la moglie si riscatti dal proprio marito (CHUL)

c) che il giudice dichiari nullo il matrimonio (FAS'CH)

1)- Il TALAK è il ripudio della moglie pronunciato dal marito. Già molto tempo prima di Maometto il TALAK era generalmente in uso presso gli Arabi, e significava per essi l'immediato e definitivo scioglimento del matrimonio. Esso aveva una certa simiglianza con la manomissione degli schiavi: il marito rinunziava mediante il TALAK a tutti i suoi diritti sulla moglie. Per mitigare, per quanto era possibile le conseguenze di ripudii avventati Maometto concesse al marito la facoltà di ripigliare come moglie la donna respinta, dentro un certo tempo. Durante questo periodo di riflessione ('IDDAH) dopo il TALAK si poteva stabilire anche se la donna fosse incinta. I figli nati nel corso dell'IDDAH dovevano appartenere a chi aveva ripudiata la donna.

Ma di questa facoltà concessa al marito si abusò presto. Si ripudiava la moglie, ma la si ripigliava ogni volta prima che trascorresse l'IDDAH, per tornar subito dopo a ripudiarla. Ciò aveva chiaramente lo scopo di spingere la moglie a restituire al proprio marito il MAHR ricevuto e quindi a riscattarsi. Se ne mosse lagnanza al Profeta e ne venne fuori una rivelazione (Corano II, 231): 'Se avete repudiato le vostre mogli e queste hanno atteso il loro tempo, ritenetele affettuosamente presso di voi, o benevolmente lasciatele libere: non ritenetele però con malevolenza o con intenzione ostile: chi fa ciò pecca. Non vi fate beffe delle parole di Allah!'. Inoltre la facoltà del marito di ripigliare la moglie ripudiata fu limitata. Si veda Corano II, 229-230: 'Se il TALAK (è avvenuto) due volte, è lecito far seguire soltanto o un affettuoso ripigliar la moglie, o un benevole liberarla, poichè non vi è permesso di riprendere qualcosa di ciò che le avete dato. Ma se il marito dà alla propria moglie nuovamente il TALAK non gli è più permesso di ripigliarla'. Più tardi (verosimilmente nel caso di una ripudiata tre volte, che aveva sposato un secondo marito e voleva rinnovare il matrimonio, col primo) si aggiunsero a questa rivelazione le seguenti parole: 'si può dare che la donna sposi un altro uomo e che questo le abbia dato il TALAK: in simile caso non è un peccato per entrambi (la donna e il primo marito) di riavvicinarsi, se essi credono per l'avvenire di poter uniformarsi alla legge di Allah'.

Sulla base di queste rivelazioni la legge riconosce al marito la facoltà di ripudiare tre volte la moglie. Egli non ha bi-

sogno di dare un motivo al ripudio. Le persone sposate, che non hanno la capacità di agire (ad es. i minori e gli ammalati di mente) non possono dare alle loro mogli il TALAK senza cooperazione del proprio tutore. Il TALAK è anche inefficace quando il marito non lo ha pronunciato spontaneamente.

Dopo ogni TALAK comincia per la donna il periodo della IDDAH, durante il quale essa non può risposarsi. Dopo il primo e il secondo TALAK sino allo spirare della IDDAH, il marito conserva il diritto di revocare il ripudio e di ripigliare la donna come sua moglie. Nell'IDDAH, tra il primo e secondo TALAK, il matrimonio si considera come ancora esistente. Se il marito per es. era sposato con quattro donne, egli non può contrarre durante questa IDDAH un nuovo matrimonio.

Se il marito lascia scorrere il tempo della IDDAH senza usare del suo diritto di ripigliare la moglie, il matrimonio è definitivamente sciolto. Nel caso che avvenisse poi la riconciliazione, il marito può contrarre un nuovo matrimonio con la moglie ripudiata, ma deve concludere un nuovo contratto e offrire un nuovo MAHR.

Soltanto dopo il terzo TALAK il marito perde subito tutti i suoi diritti sulla moglie. Egli, anche durante l'IDDAH, non può riprenderla come moglie, e neppure è autorizzato appresso a sposarla nuovamente. A meno che essa (secondo le parole di Allah alla fine del versetto del Corano II, 230) non abbia avuto frattanto un nuovo marito e anche da questo sia stata ripudiata. Quest'ultimo caso diede però occasione al seguente uso: se i coniugi desiderano dopo il terzo TALAK nuovamente riunirsi - e ciò avviene non di rado in quelle regioni in cui per dei motivi futili si dà il TALAK e si ripete spesso tre volte una dopo l'altra - essi cercano una persona disposta per un certo compenso a contrarre un matrimonio fittizio con la donna, per ripudiarla subito dopo. Con ciò la legge è soddisfatta, e la donna è per il primo suo marito di nuovo HALAL cioè permessa. Un tale procedimento è però permesso due volte poichè dopo 3 x 3 ripudi, per disposizioni della legge, il matrimonio è irrevocabilmente sciolto.

Durante l'IDDAH il marito rimane in generale ancora obbligato a mantenere sua moglie. Con il terzo ripudio essa però perde la pretesa alla NAFAKAH (mantenimento), eccetto che non sia incinta. Però in ogni caso il marito deve mantenerla durante l'IDDAH.

2) - Il CHUL è un modo di sciogliere il matrimonio che l'Islam ha

presso dal paganesimo arabo. Il caratteristico di questo scioglimento era che la moglie, con la restituzione del MAHR, si ricomprava dal proprio marito. In origine non era la moglie stessa che restituiva il MAHR, ma i suoi più prossimi parenti maschi che l'avevano infatti ricevuto.

Poichè questo diritto - di richiedere la restituzione del MAHR - spesso conduceva a un malevole abuso e a sfruttamento della donna, il Profeta in principio proibì il CHUL. Più tardi però egli in una rivelazione dichiarò formalmente che quest'uso era nuovamente permesso. Alle già sopra citate parole del Corano II, 229 - non vi è permesso di ripigliare qualcosa di ciò che voi ne avete dato - egli aggiunse 'eccetto che voi non temiate di violare la legge di Allah: se ciò temete non vi è peccato per i due sposi che la moglie si riscatti: questo è conforme alle leggi di Allah', ecc.

In seguito a ciò il CHUL fu ammesso nella legge come una maniera permessa di sciogliere il matrimonio. La moglie compra il ripudio del marito con un certo compenso fissato secolui di accordo. Naturalmente segue il CHUL, come a qualunque altro modo di sciogliere il matrimonio, il consueto periodo di IDDAH, entro il quale la moglie non può contrarre un nuovo matrimonio; ma il vecchio è irrevocabilmente sciolto, cosicchè il marito non ha più il diritto di ripigliare la donna presso di se come moglie, avendo egli ricevuto il prezzo fissato del riscatto ha rinunciato a tutti i suoi diritti sulla donna. Ma per i due separati il contrarre un novello matrimonio dopo il CHUL resta sempre permesso.

3) - Il FAS'CH è uno scioglimento del matrimonio; per molti riguardi si lascia paragonare con la dichiarazione di nullità dei contratti patrimoniali. Come un contratto di compra, per un vizio occulto che il compratore scopre nell'oggetto acquistato, può essere dichiarato rescisso, così, secondo la legge, ciascun dei due coniugi ha la facoltà di invalidare il matrimonio quando, dopo la sua celebrazione, si accorge che l'altro coniuge non può soddisfare a ciò che si era stabilito. Per ottenere tale scopo deve rivolgersi al giudice, che, dopo istituita un'inchiesta, può dichiarare sciolto il matrimonio, o autorizzare l'attore (siccome si dice nei libri di FIKH) a dichiarare in simile caso egli stesso risolto il matrimonio.

I motivi che rendono possibile una simile dichiarazione di annullamento del matrimonio sono però tassativamente descritti nella legge, non numerosi e inoltre per lo più difficili a provare.

Quindi il FAS'CH relativamente riceve scarsa applicazione. Un motivo giuridico del FAS'CH è per esempio la non possidenza del marito, che non garantisce il dovuto mantenimento (NAFAKAH) alla propria moglie, e il pagamento a questa del MAHR. Però la donna in simile caso deve provare che il marito realmente non si trova in istato di adempiere questi obblighi di carattere finanziario. Se nel contratto di matrimonio è formalmente stabilito che lo sposo, o la sposa, devono soddisfare determinate pretese (per es. in riguardo alla nascita, alla posizione o verginità) il FAS'CH è permesso se si scopre che manchino tali determinate e convenute qualità. Inoltre i libri di FIKH enumerano diverse malattie e difetti corporali che possono essere invocati come motivi per sperimentare il FAS'CH. Però anche colui che vi si richiama deve sufficientemente provare che l'altra parte in realtà è affetta da essi.

5) - Posizione giuridica matrimoniale degli schiavi. Concubinato.

Anche gli schiavi con l'approvazione dei loro padroni possono contrarre un matrimonio siccome i liberi, e lo schiavo siccome un libero è tenuto allora alla prestazione del MAHR. Deve però cercare che il suo padrone non voglia pagarlo in sua vece. Inoltre lo schiavo ha la facoltà di repudiare la propria moglie, ma solo due volte: perchè il secondo TALAK ha per lo schiavo le medesime conseguenze giuridiche che il terzo per il libero. Il padrone può negare il suo consenso al matrimonio del proprio schiavo, ma non gli è lecito costringerlo contro la sua volontà.

Invece il padrone ha il diritto di maritare la sua schiava con chi egli voglia, anche senza domandarle il consenso. Egli agisce in questo caso come proprietario, non come WALI, e quindi le condizioni che la legge pone per il WALI nella stipula del contratto di matrimonio non valgono per il padrone che marita la propria schiava.

I figli di una schiava maritata seguono lo stato della loro madre: essi non sono dunque liberi - ed è indifferente che il padre sia un uomo libero o uno schiavo - e restano in proprietà del padrone della loro madre.

Anche per la schiava divenuta nubile per lo scioglimento del matrimonio è prescritto un IDDAH, che però è più breve dell'altra che tocca a una donna libera. In luogo dell'IDDAH di quattro mesi e dieci giorni, per la schiava se ne ha uno di due mesi e cinque giorni; in luogo dell'IDDAH di tre KURU, una di due, e al posto dell'IDDAH di

tre mesi una di un mese e mezzo. Se si ha una gravidanza l'IDDAH finisce anche per la schiava solo dopo il parto.

Il SAJJID stesso non può contrarre alcun matrimonio con la sua schiava. La legge l'autorizza a vivere in concubinato con tutte le sua schiave non maritate, presupponendo sempre che esse siano credenti od appartengano ai 'possessori della scrittura'. Ma un simile concubinato viene esplicitamente nella legge distinto dal matrimonio. Fintanto che il padrone resta proprietario della schiava il suo diritto di proprietà esclude un matrimonio con essa. Per poterlo contrarre bisogna prima manometterla.

I figli nati dal concubinato del padrone con la sua schiava presso gli Arabi pagani erano considerati come schiavi, a meno che non fosse stata espressamente concessa loro la libertà. Nel diritto islamico invece tali figli sono liberi e in nessun riguardo vengono posti ai figli del padrone nati da matrimonio. Una schiava che abbia partorito dei figli al padrone si chiama UMM-WALAD, cioè madre di figli (vale a dire di uno o più figli del suo padrone). Essa dopo la morte del padrone diviene di diritto libera e quindi non può dopo il parto nè essere venduta nè data in pegno.

Un Musulmano libero può, secondo la legge, sposare la schiava di un altro, se essa è credente e il padrone annuisce a che diventi sua moglie. Ma poichè simili matrimoni hanno conseguenze giuridiche non desiderabili, e i figli che ne nascono vengono al mondo in qualità di schiavi, la legge permette al libero Musulmano tali unioni soltanto a determinate condizioni: 1) che egli non sia a sufficienza benestante per poter pagare il MAHR per una moglie libera; 2) che inoltre egli non sia in condizioni di avere relazioni matrimoniali con una donna musulmana libera; 3) che egli sia esposto al pericolo di fornicare, cosicchè il matrimonio con la schiava, per così dire rappresenti l'ultimo mezzo di salvezza per allontanarlo del pericolo.

DIRITTO EREDITARIO

1) - L'antico diritto ereditario intestato arabo e la sua trasformazione nell'Islam. =

Il diritto ereditario ab intestato è strettamente collegato con il diritto di famiglia, in quanto, cioè, regola il trapasso del patrimonio lasciato da un defunto ai suoi più prossimi parenti. Quali siano le persone suscettibili, ciò dipende dall'ordinamento esistente

della famiglia. Dove prevale il sistema patriarcale, come presso gli antichi Arabi, là vige comunemente la regola che solo i parenti dal lato paterno (e per lo più soltanto maschi) siano chiamati alla successione. E questo rimase perfino nell'Islam la regola fondamentale.

Ma l'Islam introdusse alcune importanti novità nell'antico diritto ereditario arabo. Quando cioè nella battaglia di Uhud, nel 3° anno dell'E'gira, cadde tra gli altri anche Aus ibn Thabit, la vera vedova, secondo la tradizione musulmana, si sarebbe lagnata presso il Profeta che due consanguinei maschi di suo marito volessero prendere per sé tutta quanta l'eredità, di guisa che essa con i suoi due figli ancora piccoli sarebbe rimasta senza aiuto. 'Questo allora era l'uso' - osservano qui i commentatori musulmani - 'poichè nell'epoca pagana ereditavano solo gli uomini atti alla guerra, quelli che con la spada e la lancia potevano difendere il proprio, con esclusione delle donne e dei fanciulli'. Il Profeta ebbe pietà della vedova e dei figli di Aus. Venne fuori una rivelazione (Corano IV, 8): 'agli uomini spetta una parte dell'eredità dei genitori e dei più prossimi parenti, ma anche alle donne compete una determinata porzione di essa - sia piccola o grande'. Il Profeta ordinò di lasciare provvisoriamente indivisa l'eredità di Aus fino a che Allah non gli avesse rivelato una decisione più precisa sulla questione ereditaria. Poco dopo venne rivelato il nuovo regolamento del diritto ereditario (Corano IV, 12-15) e quindi Maometto procedette alla divisione del patrimonio in questione.

Il valore storico di questa rivelazione non può essere qui esaminato. Oltre il nome di Aus ibn Thabit ne vengono fatti pure alcuni altri. Da ciò è lecito forse dedurre che quella rivelazione sul diritto ereditario avvenne in un'epoca in cui erano caduti parecchi eredi, e la frequenza delle questioni ereditarie offriva l'occasione a che venissero regolate in definitiva dal Profeta.

Che le donne secondo l'antico diritto ereditario arabo in realtà non ereditassero ab intestato, siccome affermano i dottori musulmani, non è in sé inverosimile. Tenuto presente anche il levirato in uso presso gli Arabi, è perfino lecito dedurre che molte donne, in origine, passassero in possesso dei parenti maschili anche come parte dell'eredità. Questa condizione giuridica però si mutò al tempo di Maometto a favore delle donne; ma che queste in riguardo all'eredità intestata non fossero in alcun caso equiparate agli uomini si rileva già dal regolamento che Maometto fece di tale questione; egli riconob

be solo eccezionalmente a alcuni dei più prossimi congiunti femminili del defunto (come ad es. la vedova) il diritto di ereditare, e in misura anche limitata, cosicchè queste donne in generale potevano pretendere solo la metà dell'eredità spettante agli uomini.

I citati versetti del Corano dicono :

Corano IV, 12: 'Iddio vi incarica di dare ai vostri figli: a un figlio maschio quanto a due femmine; se vi sono solo figlie femmine e cioè (due o) più di due, allora ricevono queste $\frac{1}{3}$ dell'eredità, se ve n'è una soltanto essa riceve la metà. I genitori (del defunto) ricevono ciascuno un $\frac{1}{6}$ quando vi è un figlio; se mancano i figli e ereditano i genitori la madre riceve $\frac{1}{3}$, eccettuato il caso che vi siano fratelli (del defunto) perchè allora la madre riceve solo $\frac{1}{6}$'

Corano IV, 13: 'voi (cioè gli uomini) riceverete la metà dell'eredità delle vostre mogli, nel caso che esse non lascino alcun figlio, altrimenti riceverete solo $\frac{1}{4}$ '.

Corano IV, 14: 'e esse (le vedove) ricevono $\frac{1}{4}$ della vostra eredità nel caso che non lasciate figli, altrimenti $\frac{1}{8}$ '.

Corano IV, 15: 'se il testatore muore senza lasciare consanguinei in linea retta' e vi è un suo fratello o una sua sorella, questi ricevono $\frac{1}{6}$ ciascuno; se sono più riceveranno in sieme $\frac{1}{3}$ '.

I principii che guidarono il Profeta a porre tali regole non sono per noi facilmente intelligibili. E' però sicuro che Maometto con le sue prescrizioni mirò soltanto a un parziale ordinamento del diritto ereditario, a completare cioè il diritto ereditario esistente degli agnati. Il Profeta non ebbe alcuna occasione per occuparsi di quest'ultimo più a fondo. Perciò, anche nei citati versetti del Corano, si assegna a ognuna delle nominate persone solo una determinata porzione: in maniera implicita rimane quindi riservata come prima agli agnati la parte che eventualmente restava. Solo il passo del Corano IV, 15 potè a questo riguardo produrre delle difficoltà, quando cioè, il testatore muore senza lasciare consanguinei in linea retta, suo fratello è senza dubbio il più prossimo consanguineo tra gli agnati: perchè deve egli ricevere solo $\frac{1}{6}$ dell'eredità? Secondo la tradizione musulmana il testo originario del Corano invece delle parole 'un fratello o una sorella', doveva contenere invece queste altre: 'un fratellastro o una sorellastro della parte materna', e questo versetto è stato sempre interpretato dai Musulmani appunto in questo senso.

L'ordinamento della successione nelle linee collaterali lasciò quindi molte questioni irresolute finchè non apparve una nuova rivelazione del seguente contenuto (Corano IV, 175):

'Essi chiedono da te una decisione; di: Iddio decide per voi in riguar

do di chi non lascia consanguinei in linea retta nel modo seguente: se uno muore senza lasciare figli e vi è una sua sorella, questa riceve allora una metà dell'eredità: se vi sono due sorelle ricevono insieme $1/3$; ma se ereditano insieme con fratelli, allora un fratello riceverà quanto due sorelle'.

2) - Il diritto ereditario ab intestato in generale. =

La confusione che nella successione sopravviene ipso iure, secondo il diritto odierno, tra il patrimonio e l'eredità (WARITH) e quello del defunto (MURITH) è sconosciuta ai Musulmani. Secondo la legge islamica gli eredi non rispondono coi proprii beni dei debiti del defunto. I creditori dell'eredità possono far valere le loro esigenze entro i limiti dell'eredità stessa. I loro diritti a questo riguardo non vanno al di là di quelli che col nostro diritto godono i creditori del defunto nel caso che l'eredità sia stata accettata col beneficio d'inventario. Dall'altro lato gli eredi non hanno alcun diritto all'eredità se prima non si siano pagati tutti i debiti ereditari.

Tra questi si comprendono, oltre alle obbligazioni contratte dal defunto in vita, le spese per la sepoltura, e tutto ciò di cui il morto fosse rimasto debitore a Allah, ad es. la ZAKAT non ancora pagata, i giorni di digiuno trascurati. Specialmente assai spesso viene sottratta una somma dall'eredità per colui che in seguito deve compiere l'HADDJ per il defunto, il quale l'omise senza un valido motivo. Spesso si preleva anche una porzione dell'eredità per espiazione delle eventuali SALAT non compiute dal defunto. Veramente secondo la dottrina sciafita non si può efficacemente riparare in tal guisa alla ommissione della SALAT: nondimeno si suole attenersi a questo riguardo all'opinione di una minoranza tra i dottori sciafiti. Questi insegnano infatti che gli eredi o debbano riparare le SALAT trascurate dal defunto, o, debbano distribuire ai poveri un MUDD dei 'cereali della regione' per ogni SALAT trascurata. Il riparare alla SALAT di solito non è curato personalmente dagli eredi, ma da persone pie particolarmente a ciò disposte, contro il pagamento di una certa somma tratta dall'eredità.

Presupposto per poter ereditare è naturalmente che l'erede sopravviva al defunto. Nei casi dubbi, quando persone che debbono reciprocamente ereditare, siano morte, secondo l'opinione dei FAKIH, non ha luogo assolutamente alcuna successione. Se qualcuno rimane assente

tanto tempo che debba ritenersi morto, ai suoi eredi è dato rivolgersi al KADI, il quale, esaminate le circostanze dell'assenza può dichiarare l'assente 'presumibilmente morto'. In tal modo gli eredi acquistano il diritto di pigliare provvisoriamente possesso dell'eredità.

Deve anche risultare, in linea generale, che l'erede, nel momento in cui il testatore moriva, era in vita. Soltanto se qualcuno muore lasciando una vedova incinta, si riserva per il nascituro una porzione dell'eredità quale è dovuta a un figlio.

Come indegni dell'eredità restano esclusi :

- 1) quelli che hanno prodotto la morte del testatore.
- 2) il MURTADD (chi è divenuto apostata dell'Islam).
- 3) gli infedeli: questi non possono ereditare da un Musulmano e viceversa.

Sull'ordine in cui le diverse classi di eredi sono chiamati all'eredità è da osservare quanto segue:

a) Come nell'antico diritto ereditario arabo, così anche nell'Islam vige la successione degli agnati (ASABAT) come fondamento della successione intestata. Gli ASABAT sono gli eredi normali, e il diritto a succedere di altri è soltanto un'eccezione alla regola fondamentale. Sull'ordine di successione degli ASSABAT uno dopo l'altro si veda l'articolo susseguente.

b) I cosiddetti 'eredi coranici' sono quelli che nei versetti del Corano, in cui si parla del diritto ereditario, vengono esplicitamente indicati come eredi ai quali spetta una porzione determinata dell'eredità (e cioè, secondo il caso $1/2$, $1/4$, $1/8$, $2/3$, $1/3$ o $1/6$), nel senso che gli ASABAT possono pretendere il resto che rimane dopo che si siano dedotte le porzioni spettanti agli eredi coranici. Una tale 'porzione stabilita' si chiama nella legge 'quota FARD' (FARIDAH plur. FARA'ID) e gli eredi coranici vengono perciò chiamati gente della quota-FARD (DAWU'L-FARA'ID). Si confronti su di essi l'Art. 4 prossimo. Poiché l'esatta conoscenza di tali quote ereditarie stabilite dal Corano è la più difficile e importante parte del diritto ereditario, questo ricevette nel suo complesso il nome di 'LLM AL-FARA'ID (cioè scienza delle quote FARD).

c) Non essendovi ASABAT, la parte dell'eredità che rimane dopo soddisfatti gli eredi coranici, passa alla cassa dello Stato (BAIT AL-MAL), presupponendosi che questa sia amministrata secondo le prescrizioni della legge per il bene dei Musulmani. Se non è così, il diritto a succedere della BAIT AL-MAL decade, e gli eredi coranici ricevono anche il resto dell'eredità, in proporzione della loro quota FARD.

d) Se mansano gli ASABAT e gli eredi coranici, e anche la cassa pubblica non è amministrata secondo la legge, sono chiamati a ereditare i DAWU'L-ARHAM cioè le persone congiunte con il defunto in linea femminile, come pure quei parenti femminili che non potrebbero succedere come eredi coranici.

e) Se non esistono neppure questi parenti, allora secondo la legge può pigliar possesso dell'eredità ogni Musulmano che è capace e pronto a amministrare l'eredità per il meglio della comunità musulmana.

3) - Diritto ereditario degli ASABAT . =

L'ordine secondo cui gli ASABAT sono chiamati all'eredità è il medesimo dell'altro in cui per la legge sono autorizzati a fungere da WALI nella conclusione dei matrimoni, astrazione fatta delle due seguenti eccezioni:

1 - sono chiamati a succedere anche i discendenti maschi del defunto della linea maschile, e precisamente prima degli ascendenti maschi. Per questa discendenza del defunto vale egualmente la regola che il più prossimo parente esclude dalla successione il più lontano;

2 - nel diritto ereditario la linea diretta ascendente, contrariamente a quanto accade nel diritto matrimoniale, non precede sempre la linea collaterale, giacchè, se il padre del defunto è chiamato a succedergli prima dei suoi fratelli, non avviene lo stesso per il nonno di lui. Se vi sono fratelli, in numero di uno o due, essi ereditano insieme col nonno del lato paterno, in parti uguali con lui; se, ve ne sono più di due, il nonno può chiedere, di ciò che spetta a lui e ai due fratelli insieme almeno $1/3$.

Nel diritto ereditario vengono ritenuti come ASABAT, oltre i parenti maschi, anche alcuni femminili. Se cioè il defunto ha lasciato figli e anche figlie, essi ereditano insieme, di guisa che la quota coranica FARD per le figlie viene omessa, e ogni figlia riceve la metà di ciò che eredita ogni figlio. Mentre dunque le figlie negli altri casi succedono come eredi coraniche, esse perdono questo diritto se concorrono con figli del defunto (cioè con i proprii fratelli), perchè la loro porzione allora viene a essere proporzionata a quella dei figli.

Per questo motivo una figlia che eredita insieme a un figlio del defunto viene chiamata parimente ASABAH, e per distinguerla dal vero 'ASABAH maschile (L'ASABAH BI-NAFSIHI, cioè ASABAH per se stesso) si chiama ASABAH BI'L-GHAIRI (cioè una che per mezzo di altri è divenuta ASABAH).

La medesima regola e la stessa denominazione valgono anche per la figlia di un figlio del defunto, la quale eredita insieme con un figlio di un figlio del defunto; e inoltre per una sorella nata dal medesimo padre, la quale eredita con un fratello del defunto nato dal medesimo padre, e per la sorellastra della linea paterna che succeda con un fratellastro del morto.

Inoltre la sorella, figlia del medesimo padre, come pure la sorellastra del lato paterno, vengono chiamate ASABAH, quando ereditano insieme con una figlia del defunto o d'un suo figlio. Esse ricevono allora non già la quota coranica ($1/2$ e rispettivamente $2/3$ dell'eredità) che spetta in tal caso alla figlia del defunto, - o del figlio di questi - ma - come per gli ASABAT maschili - soltanto il resto della massa ereditaria che rimane dopo ^{che} tutte le quote coraniche dei chiamati sono soddisfatte. Per questo motivo la sorella nata dal medesimo padre (e la sorellastra dal lato paterno) si chiama in tal caso ASABAH MA A'L-GHAIRI (cioè ASABAH, perchè ereditante insieme ad un altro).

4) - Diritto ereditario degli eredi coranici (DAWU'L-FARA ID).

Le prescrizioni riferentesi alle quote, che gli eredi coranici possono pretendere, si basano in massima sulla interpretazione letterale dei versetti del Corano sul diritto ereditario (Corano IV, 12-15 e 175). In essi si riconosce spettare una quota FARD soltanto alla figlia, ai due genitori, a entrambi i coniugi e ai fratelli e sorelle: però i FAKIH hanno esteso le regole valevoli per la figlia del defunto alla figlia di suo figlio e, nell'istesso modo, quelle riflettenti i genitori, ai nonni. Inoltre si è fatta una distinzione tra le sorelle, cioè tra le sorelle nate dallo stesso padre e sorellastre di linea paterna e quelle di linea materna. Così il numero complessivo degli eredi coranici è arrivato a dodici. Cioè :

- 1) nella linea discendente: la figlia del defunto e quella di suo figlio (Corano IV, 12).
- 2) nella linea ascendente: padre, madre, nonno della linea paterna e nonna di entrambe le linee (Corano IV, 12).
- 3) nella linea collaterale: la sorella nata dallo stesso padre, e la sorellastra della linea paterna (Corano IV, 175); fratellastro e sorellastra della linea materna (Corano IV, 15).
- 4) vedovo e vedova (Corano IV, 13-14).

Le quote FARD determinate che questi dodici eredi coranici secondo la legge possono pretendere, sono le seguenti :

1) La figlia è chiamata alla metà dell'eredità: se sono due o più ricevono insieme i $2/3$; se esse ereditano con i figli del defunto, la

loro pretesa a una quota FARD svanisce e figli e figlie ricevono insieme il restante della massa che rimane dopo soddisfatte le quote FARA'ID degli eredi coranici: però la quota di una figlia è la metà di quella di un figlio.

2) La figlia del figlio è sottoposta alle medesime regole della figlia. Anche essa ha diritto alla metà dell'eredità: due o più figlie del figlio ricevono insieme i $\frac{2}{3}$: se eredita con un figlio di un figlio del defunto diviene ASABAH (BI'L-GHAIRI) e riceve allora la metà di lui.

Poichè la figlia di un figlio è parente del defunto per mezzo di lui, essa perde, secondo la legge, il suo diritto a una quota FARD coranica se succede insieme a un figlio del defunto.

Una figlia invece non esclude in generale una figlia del figlio dalla successione; ma siccome alle figlie e alle figlie del figlio spettano insieme solo i $\frac{2}{3}$ dell'eredità, così nulla rimane per la figlia del figlio se vi sono due o più figlie (le quali ricevono insieme i $\frac{2}{3}$ della massa), e solo $\frac{1}{6}$ se vi è una figlia (che in tal caso riceve una metà dell'eredità).

3) La quota coranica del padre ammonta sempre a $\frac{1}{6}$ dell'eredità, inoltre egli può succedere come ASABAH se non concorrono con lui discendenti maschi del defunto.

4) Il nonno in ogni caso può pretendere $\frac{1}{6}$ come quota coranica, ma perde tale diritto se egli concorre insieme col padre. Egli può inoltre succedere come ASABAH, se non vi sono eredi discendenti o il padre del defunto; se però esistono fratelli di quest'ultimo egli concorre con queste quote come ASABAH.

5) La madre riceve, secondo il Corano IV, 12, parimenti $\frac{1}{6}$ quando vi siano figli, figli del figlio o anche due o più fratelli o sorelle del defunto; altrimenti le spetta $\frac{1}{3}$.

6) La quota della nonna è sempre di $\frac{1}{6}$. Ne viene esclusa però la madre della madre dalla madre, la madre del padre dal padre e dalla madre del defunto.

7) Una sorella del medesimo letto riceve la metà (se ve ne sono due o più spettano loro insieme i $\frac{2}{3}$) dell'eredità. Se concorre con un fratello carnale, essa è calcolata come ASABAH e riceve solo la metà della quota del fratello (Corano IV, 175).

Può però pretendere una quota coranica soltanto nell'ipotesi che il defunto non lasci discendenti o ascendenti maschili. I figli, i figli del figlio o il padre la escludono dalla successione ;

concorrendo con il nonno o il fratello carnale essa diviene ASABAH BI L-GHAIRI, se con la figlia o la figlia del figlio ASABAH MA A'L-GHAIRI,

8) Per la sorellastra del lato paterno vale in generale lo stesso che per la sorella del medesimo letto. Essa può dunque pretendere la metà dell'eredità (due o più ricevono insieme i $2/3$). Concorrendo con un fratellastro del lato paterno essa diviene ASABH BI L-GHAIRI e succede con lui tra gli ASABAT, nel qual caso la quota di lei è la metà di quella di lui.

Nello stesso modo che la sorella del medesimo letto, la sorellastra perde anche la sua quota coranica se vi sono discendenti o ascendenti maschi del defunto, poichè è esclusa dal figlio, dal figlio del figlio e dal padre (e inoltre anche dal fratello del medesimo letto del defunto); se vi è invece il nonno diviene ASABAH BI L-GHAIRI, e ASABAH MA A'L-GHAIRI se vi sono la figlia e le figlie del figlio. Le sorelle carnali escludono la sorellastra del lato paterno in quanto vi siano due o più che ricevono $2/3$ dell'eredità, nel caso nulla più rimane per quella. Se la sorellastra però concorre con una sorella carnale, ricevono insieme $2/3$, e cioè la prima solo $1/6$ e la seconda $1/2$ dell'eredità, lo stesso di quanto avviene nel concorso di figlie e figlie del figlio.

9 e 10) Il diritto a ereditare della sorellastra e del fratellastro, entrambi dal lato materno, si fonda sul Corano IV, 15: ognuno dei due può pretendere $1/6$. Se succedono due o più l'uno accanto all'altro, ricevono insieme $1/3$ dell'eredità, che si divide tra loro in parti uguali. Però la legge riconosce loro la quota FARD soltanto partendo dal presupposto che il defunto non lasci discendenti o ascendenti maschi; quindi essi sono esclusi dalla successione dai figli, dai figli del figlio, dalle figlie, dalle figlie del figlio, dal padre e dal nonno paterno.

11) Al vedovo spetta (secondo il Corano IV, 13) la metà dell'eredità, eccetto nel caso che con lui succedano un figlio o figlia, o un figlio (sia maschio che femmina) di figlio; poichè in tal caso la sua quota ammonta a $1/4$. È indifferente se questi figli - o figli del figlio - discendano da lui stesso o da altro marito della propria moglie morta.

12) La vedova ha (Corano IV, 14) diritto alla metà di ciò che il vedovo avrebbe ricevuto nelle stesse condizioni, cioè $1/4$ o $1/8$, a seconda che essa concorre con figli (o figli del figlio) o no. È poi indif

ferente se questi figli (o figli del figlio)discendano da lei o da un'altra moglie del defunto.Se questi lascia più di una vedona,la quota che spetta alla vedona si divide ugualmente fra tutte.

Durante il periodo dell'IDDAH,dopo il ripudio revocabile, marito e moglie di fronte al diritto ereditario si ritengono ancora quali coniugi.

5) - Eccezioni dalle regole fondamentali nel caso di concorso di più eredi.=

Gli eredi coranici non possono mai ereditare tutti contemporaneamente.Infatti i congiunti in linea collaterale vengono del tutto esclusi dalle loro quote coraniche dai parenti in linea retta.

Però il numero degli eredi coranici chiamati contemporaneamente può talvolta essere così grande che la somma delle quote FARD a loro in realta spettanti sarebbe maggiore di tutta quanta l'eredità.

Per es. nel caso seguente manca tra gli eredi un figlio e quindi sono chiamati: due figlie insieme per 2/3 (=16/24)dell'eredità

il padre per	1/6 (= 4/24)
la madre per	1/6 (= 4/24)
la vedova per	1/8 (= 3/24)

ciò che forma nel complesso 27/24 .

In simile caso le quote FARD devono essere corrispondentemente ridotte.Si divide cioè l'eredità non più in 24 ma in 27 parti Di esse ne ricevono le figlie 16,il padre 4,la madre 4,e la vedova 3.

In casi diversi altrimenti il concorso di più eredi non importa una deviazione delle regole fondamentali da seguire,eccetto in alcuni casi particolari che sono note con nomi speciali nella legge.In essi dovendo applicare logicamente le regole della divisione le quote avrebbero tra di loro una proporzione ingiusta secondo la legge.

Di simili casi particolari meritano qui menzione i seguenti Nel concorso di più eredi coranici si riferiscono le due questioni 'straordinarie','splendide', o 'decise da Umar'.

1-) Se qualcuno muore lasciando l'altro coniuge(sia il vedovo che la vedova) e i due genitori,la madre secondo la regola fondamentale in entrambe le ipotesi,sarebbe chiamata a ereditare 1/3 = 4/12 dell'eredità.Ma allora la vedova dovrebbe nell'un caso(quando è morto il marito)ricevere 1/4 = 3/12 cosicchè per il padre resterebbero solo 5/12; mentre nell'altro caso(se è morta la moglie)al vedovo spetterebbe 1/2 = 6/12 e al padre soli i 2/12 = 1/6, cioè soltan

to la metà della quota della madre. Per evitare questa sproporzione tra la quota della madre e quella del padre, Umar risolvette le due ipotesi così: dopo che si è assegnata la quota FARD coranica al vedovo ($1/2$), od alla vedova ($1/4$), i genitori si dividono il resto, di guisa che il padre ne abbia $2/3$ e la madre $1/3$.

2-) Il caso conosciuto sotto il nome di AKDARIJAH. Se una donna lascia i seguenti eredi: a) suo marito, b) sua madre, c) suo nonno, d) sua sorella (è indifferente se dello stesso letto o sorellastra da lato paterno), suo marito può pretendere la metà, la madre $1/3$ dell'eredità: resta quindi solo $1/6$ per il nonno e la sorella, che, secondo la regola fondamentale, ereditano insieme come ASABAT. Ma al nonno spetta in ogni caso secondo il Corano IV, 12 almeno $1/6$ dell'eredità, cosicché per la sorella non rimane più nulla. Questa è in realtà l'opinione degli Hanafiti, secondo la dottrina sciafeita, invece, ogni erede riceve in simile caso la sua quota FARD coranica, di guisa che in primo luogo si ha la seguente ripartizione: vedova $3/6$ sorella $2/6$; madre $2/6$; nonno $1/6$. Secondo la regola sopra citata tutte queste quote devono essere ridotte e l'eredità si deve dividere in 9 porzioni, di cui la vedova ne riceverebbe 3, la madre 2, la sorella 3 e il nonno 1. Ma per raggiungere una migliore proporzione tra la quota del nonno e quella della sorella si dividono i $4/9$ dell'eredità loro spettanti insieme, in maniera che al primo ne tocchi $2/3$ e all'ultima $1/3$. Dei $4/9$ ($= 12/27$), $8/27$ vanno al nonno e $4/27$ alla sorella.

Al concorso di eredi coranici e ASABAT invece si riferisce:

3-) il caso noto come MUSCHARRAKAH. Qui, allontanandosi dalle regole fondamentali, si accorda una quota FARD a certi ASABAT (cioè ai fratelli del medesimo letto) ai quali altrimenti, in tale ipotesi, non resterebbe nulla.

Se cioè una donna lascia i seguenti eredi: il marito (che riceve la metà dell'eredità), la madre (a cui tocca $1/6$), due o più fratellastri dal lato materno (che ricevono insieme $2/6$), e inoltre uno o più fratelli dello stesso letto, questi ultimi, succedono come ASABAT (quindi dopo soddisfatte le quote coraniche dovute a chi vi è chiamato), non riceverebbero nulla, quantunque essi siano più prossimi congiunti alla defunta, attraverso una persona, che non i fratellastri. Per evitare una simile ingiustizia la legge stabilisce che in questo caso i fratelli del medesimo letto godano dello stesso diritto a succedere dei fratellastri, nel senso che i $2/6$ spettanti a questi ultimi

ni qui si debbano dividere in parti uguali tra i fratellastri e i fratelli del medesimo letto.

6) - Disposizioni di ultima volontà . =

La legge islamica riconosce solo in parte la facoltà di disporre dei propri beni per testamento. Il Musulmano può, cioè, disporre solo di un terzo di quel che rimane della sua eredità dopo il pagamento di tutti i debiti: gli altri due terzi rimangono riservati agli eredi legittimi. La dottrina sciafeita raccomanda persino di non disporre di più d'un intero terzo dei suoi beni per testamento, se gli eredi non sono ricchi.

Se il testatore ha disposto per più di $1/3$ del suo patrimonio il suo testamento (WASIJAH) è valido solo se gli eredi intestati rinunziano alle loro pretese sui $2/3$ dell'eredità, confermando così la disposizione del testatore.

Sull'origine di questa norma la tradizione musulmana narra quanto segue. Quando una volta SAD IBN ABI WAKKAS, uno dei contemporanei di Maometto, cadde gravemente ammalato e credette prossima la propria fine, partecipò al Profeta che egli voleva lasciare tutto il suo ai poveri e ai bisognosi e 'alla Via di Dio'. Il Profeta glielò vietò, e disse essere molto meglio che egli avesse lasciato ricchi i suoi eredi, invece di obbligarli a mendicare dopo la sua morte. Ma infine SAD ottenne il permesso di potere disporre a suo piacere almeno di $1/3$ della propria eredità.

Sul fondamento di questa tradizione non soltanto WASIJA di chiunque, al di là di $1/3$ del proprio patrimonio, non è valida, ma anche chiunque si trovi gravemente infermo ha la propria capacità di agire limitata, e cioè per tutti i negozi giuridici che potrebbero pregiudicare il diritto dei suoi eredi ai $2/3$ del patrimonio ereditario. Infatti la legge gli vieta non soltanto la attribuzione di legati, ma soprattutto ogni arbitrario e gratuito arricchimento patrimoniale di terze persone (per es. per mezzo di donazioni, remissione di debiti, manomissioni di schiavi) se con ciò egli venisse a disporre di più che $1/3$ del suo patrimonio: secondo la concessione musulmana, infatti il patrimonio di chi è gravemente ammalato, durante la sua malattia deve in certo qual modo riguardarsi come ereditario.

A chi è gravemente infermo si equipara chiunque si trova sul mare durante una tempesta, chi è stato condannato a morte, o è preso da nemici che usino uccidere i loro prigionieri, e inoltre gli abi

tanti di una regione gravemente infetta da colera, peste od altre epidemie o piena di belligeranti in lotta, ecc. Le disposizioni di tali persone però, come quelle dell'ammalato grave, sono ritenute valide se coloro i quali si trovano in pericolo di vita riescano a scampare o, in caso contrario, se i loro eredi dopo lo confermino.

L'efficacia giuridica di una disposizione di ultima volontà dipende inoltre da alcune condizioni particolarmente determinate dalla legge. Esse si riferiscono principalmente alle quattro cosiddette 'colonne' del negozio giuridico: 1) a chi fa testamento (AL-MUSI); 2) al legatario (AL-MUSA LAHU); 3) all'oggetto del legato (AL-MUSA BIII); 4) alla forma (AL-SIGHAH).

1) La persona che istituisce il legato (AL-MUSI) deve avere la capacità d'agire ed essere perfettamente libero da ogni coercizione: naturalmente egli deve anche avere la disponibilità dell'oggetto del legato.

2) Chi riceve il legato deve potere trovarsi in condizioni di acquistare la proprietà dell'oggetto del legato, e ciò nel momento in cui è fatta la disposizione che lo riguarda. Se il testatore ha avuto in vista uno degli eredi intestati la disposizione è inefficace: l'istituto non ha alcun diritto a pretendere ciò che gli venne assegnato se i rimanenti eredi non dichiarino di essere d'accordo nell'ammettere la disposizione del testatore e quindi se non la confermino. Veramente nei primi tempi (secondo il Corano II, 176) si riteneva un dovere per ogni facoltoso Musulmano di disporre per testamento a favore dei proprii genitori e dei più prossimi membri della famiglia; ma, come sopra si osservò, più tardi, dopo che il regolamento del diritto ereditario ab intestato fu rivelato nel Corano, si ritenne questa prescrizione come 'abolita' secondo la tradizione, Maometto aveva proibito di modificare con disposizioni testamentarie le quote FARD dei singoli eredi stabilite da Allah.

3) L'oggetto del legato deve essere tale che si possa trasferirne la proprietà. Se il legato non è disposto per una persona determinata, ma per uno scopo pubblico, tale scopo deve venire permesso dalla legge (ad es. la costruzione di una moschea; non sarebbe permesso invece un legato per promuovere il culto ebraico o cristiano. Una simile prescrizione in riguardo allo scopo di una fondazione WAKF ecc. si può vedere appresso).

4) Per la forma la legge richiede soltanto che il testatore manifesti le sue intenzioni in termini intelligibili e in presenza di persone, le quali, dopo, possano attestare che questa o quella era

realmente la sua volontà. Una redazione scritta della WASIJAH non si richiede, e anche quando la disposizione di ultima volontà sia fatta per iscritto è necessario in ogni caso che vi intervengano testimoni affinché essi, in seguito, possano, all'occorrenza, riferire intorno all'atto.

Chi ha ricevuto il legato deve, secondo la legge, dichiarare espressamente che l'accetta; ma non gli è permesso di manifestare efficacemente tale sua volontà se non dopo la morte del testatore. Quest'ultimo ha sempre fino alla sua morte il diritto di revocare la sua WASIJAH: tale revoca può aversi in maniera espressa o tacita, per es. se il testatore in seguito aliena l'oggetto del legato o ne dispone diversamente. Se l'onorato muore dopo il testatore, ma prima di aver fatto la dichiarazione della propria accettazione, i suoi eredi hanno la facoltà di farla in vece sua.

Una disposizione di ultima volontà non deve del resto esclusivamente contenere la disposizione dei legati, ma anche riferirsi alla nomina di un tutore per i figli minori del testatore, la scelta di un esecutore testamentario (WASI) a cui specialmente può essere affidata la cura di una giusta ripartizione dell'eredità tra chiamati ad essa e il pagamento dei debiti ereditari, ecc. =

DIRITTO COMMERCIALE E PATRIMONIALE. OBBLIGAZIONI NASCENTI DA GIURAMENTO E VOTI

1)- Prescrizioni giuridiche commerciali e patrimoniali in generale. =

Sulle forme originarie del possesso, proprietà, diritto delle obbligazioni, ecc. presso gli Arabi pagani ancora ben poco si conosce di sicuro. Senza dubbio dei lumi in proposito si ricavano sia dalle tradizioni musulmane, sia dal resto della letteratura araba: ma sinora un simile lavoro non è stato iniziato. Si deve ammettere che all'epoca di Maometto gli scambi e gli usi giuridici ad essi relativi in Arabia erano ancora un po' primitivi, eccezione fatta dei centri commerciali, in cui i negozi giuridici forse procedevano in maniera già un po' più complicata.

Il Profeta certo non ebbe la mira di introdurre reali mutamenti agli usi giuridici in vigore intorno a sé, che si riferivano al commercio e agli scambi. Solo i cosiddetti negozi (RIBA) sono giudicati severamente nel Corano: quanto abbia influito dopo la morte di

Maometto il diritto dei popoli civili con cui i musulmani vennero a contatto (e specialmente il diritto romano) sullo sviluppo dei concetti giuridici islamici, è una questione a cui ancora non si è risposto in maniera sufficiente. Invece è fuori dubbio che gli usi giuridici arabi hanno influenzato in molte maniere il diritto commerciale europeo. Lo attestano tra l'altro le numerose parole arabe nel campo del diritto commerciale, di cui alcune sono passate anche nei codici europei.

Si può anche ammettere che nel medio evo il commercio nelle regioni musulmane abbia avuto come conseguenza il sorgere di un diritto commerciale, sicuramente fondato in modo esclusivo sulla consuetudine, ma nondimeno assai sviluppato, su cui i precetti della legge religiosa hanno avuto solo una scarsa efficacia. Su tutto questo però poco fin qui si conosce.

Nei libri di FIKH i più usati negozi giuridici, come la compra e la vendita, il pegno, la locazione, la donazione, il comodato, l'associazione in partecipazione, la fidejussione, ecc. vengono trattati separatamente (per lo più diffusamente e con precisione). Invece negli stessi libri di FIKH musulmani si nota la mancanza di una dottrina generale sulla responsabilità, sul rischio, sull'obbligo del risarcimento del danno, ecc. nelle obbligazioni.

Diritti reali riconosciuti dalla legge sono tra gli altri: proprietà, diverse specie di servitù, pegno, e altri. La differenza tra il diritto reale del possesso e la detentio di fatto del possessore, non è conosciuta nella legge musulmana. Inoltre la concezione della natura dei diritti reali presso i giuristi islamici è assolutamente diversa da quella che si ha presso di noi. Se per Es. qualcuno ha l'usufrutto di una casa e un altro solo la semplice proprietà, i FAKIH non scorgono in ciò due distinti diritti reali (proprietà e usufrutto) su un'unica cosa, ma invece due diritti eguali (cioè diritti di proprietà) su due cose diverse. Essi riguardano cioè l'uno come proprietario della cosa medesima (o, siccome usano esprimersi, proprietario della RAKA=BAH, vale a dire proprietario del 'collo' della cosa) e l'altro proprietario dei vantaggi che la cosa apporta. Quando qualcuno per esempio stipula una servitù, si dice presso i FAKIH che 'compra un diritto di utilità'. Il compratore diviene 'proprietario' del diritto per es. di passare sul fondo di un altro o di fabbricarvi sopra, o di servirsi del muro del suo vicino per appoggiarvi la trave del proprio edificio, ecc.

Un contratto si dice AKD (cioè 'legare') e l'obbligo che ne sorge DAIN (cioè debito). Quest'ultimo termine si trova però applicato alla legge soltanto a quelle obbligazioni per cui il debitore deve prestare un lavoro determinato o personalmente o per mezzo di altri, e non a tutte le altre in cui deve consegnare cose indirettamente determinate. L'oggetto di simili obbligazioni si chiama MA FI'L-DHEMAN, vale a dire ciò a cui si è legati. Le obbligazioni invece che si riferiscono alla prestazione di una cosa individualmente determinata o non sostituibile (AIN) per lo più sottostanno nella legge musulmana a regole speciali e non cadono sotto il concetto generale di DAIN.

Il principio fondamentale del nostro diritto civile, che per mezzo del contratto sorgono soltanto obbligazioni, e che i diritti reali in generale si possono costituire soltanto con la tradizione, non vale nel FIKH. Così per es. il diritto di proprietà su una cosa sorge subito con il contratto, se si è avuto di mira la tradizione della proprietà. Il rischio rimane allora, fino alla consegna, all'attuale proprietario (per es. il venditore); cosicchè per es. il compratore non deve sborsare il prezzo se la cosa comprata sia perita presso il venditore prima della consegna.

Non soltanto i negozi indeterminati o equivoci, ma anche tutti quelli aleatorii (tra questi per es. anche il contratto di assicurazione), data la possibilità del GHARAR (cioè dell'inganno) sono severamente giudicati nella legge e a priosi dichiarati inefficaci.

Avuto riguardo al significato pratico assai scarso delle prescrizioni giuridiche di carattere patrimoniale e commerciale per i rapporti della vita musulmana, bastano qui alcune osservazioni generali: 1) sulla forma dei negozi giuridici, 2) sulle cose che possono essere oggetto di diritto o di negozio. Inoltre meritano un'illustrazione speciale le obbligazioni unilaterali che sorgono da giuramento e da voto, il divieto delle usure (o meglio degli interessi) e il diritto di WAKF.

In tutti i negozi giuridici si richiede come una delle cose fondamentali ('colonne') l'osservanza della forma. Tuttavia è soltanto prescritto l'impiego di espressioni determinate, da cui si rilevi nel modo più chiaro la specie del negozio e l'intenzione delle parti, di guisa che un errore per questo riguardo sia del tutto escluso. Le reciproche dichiarazioni delle parti sono indicate nella legge coi vocaboli IDJAB e KABUL (offerta e accettazione). I Trattati estesi di FIKH discutono lungamente fino a che punto contratti senza un simile solen-

ne IDJAB e KABUL siano validi. E cioè, nei casi in cui la consuetudine permette che le parti si scambino cosa e prezzo senza ulteriori formalità, avviene pure realmente secondo la legge un passaggio di proprietà? Parecchi dottori rispondono di sì, altri ritengono che un simile 'scambio' sia permesso soltanto con cose di assai scarso valore.

Un'altra questione su cui in principio tra i FAKIH vi fu una divergenza di opinioni, è quest'altra: se per determinati contratti sia necessaria la forma scritta e la presenza di testimoni. Secondo l'opinione di molti (tra cui i Malikiti) ciò era incondizionatamente prescritto nel Corano II, 282 per tutti quei contratti nei quali, essendo collegati ad essi un termine, l'obbligazione non potrebbe essere subito adempiuta da entrambe le parti. Così specialmente nelle compre di raccolti futuri con pagamento immediato del prezzo. Altri non dividevano tale opinione; e la dottrina sciafeita non conosce assolutamente alcun negozio per cui si richiede secondo la legge la forma scritta e la presenza di testimoni.

Oggetti di diritti o di negozi giuridici possono essere, secondo la legge, solo le cose che apportano al Musulmano un vantaggio desiderabile e legittimamente permesso, e inoltre che siano ritualmente 'pure', o che almeno si lascino purificare. La legge non riconosce dunque nè diritto di proprietà, nè efficacia di contratti riflettenti:

1) cose 'inutili', che non si possono calcolare come patrimonio di alcuno (nei libri di FIKH si portano come esempi scorpioni, vermi, insetti nocivi, lupi, tigri, e altri animali selvaggi, ecc.); 2) cose, il cui uso o impiego non è permesso, ad es. certi attrezzi da gioco, strumenti di musica, libri che trattano astrologia, di filofia e di simili scienze proibite, o il cui contenuto induca alla incredulità, uva da cui si debbe trarre vino, e altri; 3) cose che ritualmente sono impure, o talmente contaminate, che non possono più purificarsi, ad es. cani, porci, sterco, ecc. Se tali cose 'impure' però non si comprano in sè e per sè, ma quali parti integranti di una cosa pura (ad es. sterco insieme con un fondo) dal punto di vista della legge non vi è nulla da osservare.

Certo anche i FAKIH ammettono che molte di quelle cose proibite o impure qualche volta appartengono a persone determinate, e che queste possono trasmettere i loro particolari diritti e gli interessi relativi anche a altri: però non contano simili diritti e negozi tra le norme della legge riferentesi alla proprietà e alla sua trasg

missione, e appunto perciò li indicano anche a bella posta con altre espressioni molto generali. Non si parla quindi per es. di un legittimo 'diritto di proprietà' (MILK) per un letamaio, per strumenti musicali proibiti, ecc. ma piuttosto di una 'speciale pretesa' (ICHTISAS) che i credenti possono avere su ciò: la presa di possesso si dice 'conseguimento del potere di fatto' (ISTILA') e si a cura di esprimere la consegna per circonlocuzioni, ad es. con termine di TAMKIN (cioè 'porre in condizione' qualcuno, vale a dire di prendere possesso), di 'ritrarre la mano' da qualcosa, 'lasciar cadere' il proprio diritto su una cosa, 'togliere via' la cosa, ecc..

2) - Giuramento e voto. Obbligazioni che ne sorgono.

Il giuramento e il voto ebbero, come è noto, una grande importanza nell'antica Arabia. Nello stringere alleanze e trattati, nei processi e negli altri negozi giuridici di qualche importanza, si pronunziavano solenni giuramenti invocando gli dei. Il voto di continenza serviva per prepararsi all'esecuzione di solennità religiose, all'esercizio delle vendette di sangue, e molti altri atti importanti. Anche nella vita quotidiana si curava di rinforzare le proprie affermazioni per mezzo di giuramento. Un timore superstizioso tratteneva il più dal violare e il voto e il giuramento: ciò si riteneva un peccato, il cui castigo per mezzo delle stesse divinità non poteva tardare a venire.

Fu l'Islam che offrì la possibilità di ovviare alle cattive conseguenze della violazione di un giuramento per mezzo di un sacrificio espiatorio (KAFFARAH). 'Se ho fatto giuramento di compiere qualcosa e dopo m'accorgo che è meglio agire altrimenti, offro un sacrificio e rompo il mio giuramento', così la tradizione riferisce di aver detto il Profeta. In una rivelazione del (Corano V, 91) si stabilisce precisamente che una tale KAFFARAH debba consistere o in cibi o in abiti per dieci poveri, o nel manomettere uno schiavo credente, o per coloro che non avessero mezzi sufficienti a fare ciò) in un digiuno di tre giorni (Corano LXVI, 2). Invece il Corano dichiarava che il giuramento fatto nella fretta e inconsideratamente non lega.

Un giuramento (JAMIN) può prestarsi o per prova di una testimonianza o per rinforzare un'intenzione manifestata di agire in questo o quel senso. Il giuramento nella testimonianza sarà trattato appresso nella dottrina della procedura; esso si riferisce sempre a

quello che già è avvenuto. Qui si esamina l'altra figura per cui qualcuno si obbliga a agire o non agire in un dato senso.

Un simile giuramento si rassomiglia per molti riguardi a un voto, (NADR), ma ne viene però distinto nella legge.

Un voto ha, infatti solo forza obbligatoria allorché un Musulmano, che goda della capacità, s'impegna liberamente di compiere una data azione che è lodevole dal punto di vista religioso, ed a cui egli non sarebbe altrimenti obbligato. Si può per es. con un voto obbligarsi a una SALAT volontaria, a dare doni di carità (SADAKAT), a uccidere un animale da sacrificio, a un pellegrinaggio non obbligatorio alla Mecca o a altri atti di culto, come pure a manomettere schiavi, ecc..

Chi ha fatto spontaneamente un tale voto non può liberarsene mai con un atto espiatorio, ma rimane sempre obbligato a adempierlo. Può ben però farlo dipendere da una condizione, per esempio con la dichiarazione: 'se io guarisco della mia malattia digiunerò tanti giorni', o 'manometterò uno schiavo'. In tale ipotesi l'obbligo a adempierlo si ha con il verificarsi della condizione.

Un voto di fare alcunchè che è proibito, o tralasciare qualcosa a cui si è obbligati, non ha alcuna efficacia secondo la legge. Lo stesso vale se qualcuno facesse voto di fare o far fare ciò che è semplicemente permesso, ma non meritorio (o rispettivamente proibito) per es. bere dell'acqua, o mangiare cibi permessi. Se non si adempiono simili voti non è necessaria alcuna espiazione.

Se si è invece pronunziato un giuramento per rinforzare un intenzione, si è obbligati in tutte le circostanze alla KAFFARAH se non si attua l'intenzione; ed è indifferente se questa era diretta a una azione lodevole, o vietata, o anche solo permessa.

Un giuramento è solo allora obbligatorio quando si è prestato sul nome (o uno degli attributi) di Allah. Un giuramento diverso, per es. con l'invocazione di Maometto, non sarebbe obbligatorio.

La questione in quali casi rigorosamente parlando si sia mantenuto il giuramento, o non si sia violato nel senso letterale, è inoltre sino a qual punto nel prestare un giuramento si possa fare una certa riserva, e simili, si trova per lo più molto diffusamente discussa anche nei libri compendiosi di FIKH. Siccome però le osservazioni

ni dei FAKIH che vi si riferiscono non hanno per noi lo stesso interesse che per i Musulmani, così esse vengono qui tralasciate.

3) - Il divieto del Riba (usura e interessi).=

L'Islam condanna non soltanto propriamente le usure, ma assolutamente ogni interesse (RIBA, cioè letteralmente 'accrescimento, aumento'). La violazione del divieto del RIBA è per^{1a} legge un grosso peccato (KABIRAH) che si equipara all'idolatria, all'omicidio, alla fornicazione, ecc.

Nel seguito di Maometto sembra che l'usura si fosse presentata particolarmente in forma di baratto. Si dava a qualcuno per es. denaro o derrate (datteri, frumento, ecc) sotto la condizione che egli, dopo un certo tempo, dovesse restituire una somma maggiore (rispettivamente una quantità più grande delle medesime derrate). Un simile contratto si concepiva come una forma di compra o di scambio (BAI'). Se il debitore al giorno della scadenza non adempiva al suo obbligo egli otteneva una dilazione, ma l'ammontare del suo debito si raddoppiava.

In diverse rivelazioni del Corano questi rapporti usurari furono rigorosamente proibiti. Si veda per es. Corano II, 276, 'Essi dicono: tra BAI (cioè compra o baratto) e RIBA non vi è differenza. Ma Allah permette il BAI' e vieta il RIBA /... A coloro che in avvenire ancora divengono colpevoli di RIBA è destinato all'inferno; e vi rimarranno in eterno! '.

Tuttavia nelle prime generazioni che seguivano Maometto sorsero differenze fondamentali di opinioni sulla questione di determinare che cosa nell'Islam contasse come RIBA proibito. La concessione rigorosa, che ogni percezione di interessi fosse vietata, fu combattuta nei primi tempi da Ibn 'Abbas e altri. Essi opinavano che l'Islam non proibisse lo scambio di denaro contro denaro o derrate contro derrate della stessa natura, anche quando una parte dovesse restituire una quantità maggiore di quella ricevuta. Secondo la loro opinione il divieto dell'usura di Allah si limitava al raddoppiamento dell'ammontare del debito nel caso di dilazione del termine di pagamento.

A questa concessione non più accolta nel posteriore Islam si contrappose l'opinione della maggioranza, che non si dovesse assolutamente pattuire alcun vantaggio nè nel reale contratto di permuta, nè nel mutuo.

a) Il divieto legale del RIBA nei confronti della permuta.

Coloro che ritenevano proibito stipulare un qualsiasi vantaggio nei negozi di permuta si richiamavano a molte tradizioni, secondo cui il Profeta aveva esplicitamente vietato di permutare denaro contro denaro, argento contro argento, datteri contro datteri, ecc. eccetto che entrambe le parti reciprocamente se ne consegnassero contemporaneamente la stessa quantità.

Nella maggior parte di quelle tradizioni si indicano specialmente come oggetti di tali permutate, l'oro, l'orzo, l'argento, il frumento, i datteri (in altre anche uva e sale). Quindi alcuni dei posteriori FAKIH furono di opinione che il divieto dell'usura si limitasse alla permuta di queste cose nominatamente, indicate nella tradizione. Altri ritennero tale limitazione inammissibile. Gli Hanafiti per es. insegnarono che l'oro, l'argento ecc. nella tradizione erano indicati chiaramente solo come esempi per tutte le cose commerciali che si determinano a peso.

Gli Sciafeiti ritennero le cose nominate nelle tradizioni specialmente come esempi di 'oggetti di valore' e di 'viveri'. Quindi il divieto del RIBA secondo la dottrina Sciafeita si applica solo al contratto di permuta, che si riferisce alle cose di valore o ai viveri.

Se si permutano tali cose occorre distinguere due casi: 1° se si tratta di due oggetti uguali (per es. oro contro oro, o datteri contro datteri) la permuta è permessa solo a condizione che le parti reciprocamente debbano scambiarsele nelle medesima quantità; 2° nella permuta delle cose diverse invece (per es. oro contro argento, o datteri contro orzo) le parti non possono scambiarsi la medesima quantità, ma però il reciproco scambio ne deve avvenire subito.

Con tali prescrizioni divenne quindi impossibile (presso gli Sciafeiti - e i Malikiti - almeno in riguardo agli oggetti di valore e ai viveri) esigere usure o anche soltanto precepire interessi per mezzo dei contratti di permutate prima usati, in cui il debitore scorso un certo tempo, doveva restituire una quantità maggiore di quella che egli aveva ricevuta.

b) RIBA del mutuo.

Se si tratta di un proprio contratto di mutuo la legge vieta al mutuante nel modo più generale di pattuire qualche vantaggio per sé. Il divieto non si limita in questo caso (come nel contratto di permuta) agli oggetti di valore e ai viveri, ma trova applicazione a tutte le cose che si possono dare a mutuo.

Se quindi un Musulmano presta del denaro ad un altro credente, secondo la legge ciò può essere solo un favore, che ridonda esclusivamente a vantaggio del debitore e quindi è raccomandato. Se il debitore vuole poi mostrarsi grato verso il suo creditore per il fraterno aiuto e gli rende più di quanto ha ricevuto, dal punto di vista della legge nulla vi è da obbiettare. Al contrario ciò è ritenuto perfino raccomandabile per il debitore, sempre però che il vantaggio non sia stato concordato alla conclusione del contratto.

Ciò è assolutamente proibito. Avveniva per es. nel medio evo molto spesso che un mercante desse del denaro a qualcuno, e per ciò ricevesse una lettera di cambio, che, giunto in altro luogo, poteva nuovamente tramutare in denaro. La legge vieta un simile negozio, perchè lo si deve considerare come un mutuo che arreca un vantaggio, in quantochè se pure il creditore non riceve nel luogo di riscossione una somma maggiore, tuttavia egli sempre ricava un vantaggio non permesso. Infatti in tal modo egli risparmia le spese e il rischio del trasporto del denaro nel luogo della riscossione.

Non deve meravigliare che tale logica estensione del divieto del RIBA secondo la legge fosse difficilmente osservabile nella pratica e venisse spesso eluso in tutti i paesi musulmani. Senza dubbio in tutti i tempi molti Musulmani lo trasgredirono apertamente; ma nella coscienza del popolo esso si riteneva generalmente un grosso peccato. La gente pia evitava, per quanto possibile, di agire a questo riguardo contro la legge in maniera diretta.

Certo non mancavano gli artifici per percepire interessi, senza urtare nella lettera della legge. Nei libri di FIKH non soltanto vengono citati, ma anche si dichiarano esplicitamente leciti alcuni fra essi. Qui sono soprattutto da illustrare i due negozi seguiti diretti a eludere il divieto: 1°) Si stipulano due contratti di compra simulati che riguardano il medesimo oggetto. Il mutuante vende una cosa (per es. un pezzo di stoffa) al mutuatario, alla condizione che questi ne paghi più tardi il prezzo; ma egli stesso ricompra in precedenza il medesimo oggetto per un prezzo minore e in contanti. Il prezzo che egli ha sborsato in contanti in simili condizioni, è in fatto la somma mutuata, e la differenza tra essa e il prezzo più elevato, che il mutuatario più tardi deve pagare al mutuante, rappresenta in realtà nient'altro che i pattuiti interessi.

Tale contratto nel medioevo era molto conosciuto anche

in Europa .Si chiamava Mohatra(= in arabo Muchàtarah), termine che da sè solo è sufficiente per provare la sua origine araba.

Molti dottori musulmani (tra cui i Malikiti) giudicano una tale compra simulata come una sorella del RIBA, e la riguardano quale uno dei 'mezzi nulli' per eludere il divieto del RIBA. Secondo la dottrina invece, contro questo negozio nulla è da obbiettare, benchè in realtà con esso si violi il divieto del RIBA.

2°) Si fa un accordo con cui il mutuatario dà in pegno una cosa propria al creditore, e questi è autorizzato a trarne un utile e a ritenersene il guadagno ricavato finchè il debitore non abbia pagato. Qui i vantaggi che provengono dal pegno al creditore comunemente si reputano come ricompensa per l'utile che il debitore trae dal capitale prestatogli. Essi costituiscono in generale solo gli interessi del mutuo e non servono all'estinzione del debito.

Poichè però la legge vieta al pignorataro di trarre guadagno dal pegno, la cosa viene trasmessa in proprietà temporanea al mutuante, spesso per mezzo di un contratto di compra simulato. Così il venditore si riserva tacitamente il diritto di ricomprare la cosa pagando il suo debito. Contro l'utile che si trae dalla cosa venduta (che propriamente rappresenta un pegno) dal punto di vista della legge non vi è allora nulla da obbiettare.

4) - Il diritto di WAKF . =

Il diritto Islamico indica come WAKF quei beni che vengono sottratti al commercio disponendo che il loro uso o i loro prodotti debbano andar a vantaggio di determinate persone o di determinati scopi.

La questione se simili WAKF nel fatto siano permessi secondo la legge di Allah, ebbe nel più antico Islam diverse risposte. Molti opinarono che così i diritti degli eredi venivano a essere limitati. Questa opinione fu combattuta da altri, osservando che non vi è alcuna pretesa giuridica degli eredi sul patrimonio di qualcuno, fino a che questi non sia morto: infatti durante la vita ognuno può disporre a capriccio del proprio, far debiti, gravare i propri beni, doharli, ecc.

Come argomento decisivo per la validità giuridica del WAKF nell'Islam servi sopra tutto la seguente tradizione. 'Umar, il secondo Califfo (o secondo altri il figlio di lui Abd-Allah,) dopo la conquista di Chaibar ricevette quivi un pezzo di terra, al quale

egli teneva moltissimo. Nondimeno decise in seguito di dedicarlo come pio dono per uno scopo gradito a Dio, e chiese pertanto consiglio al Profeta. Per ordine di questi rese WAKF il pezzo di terra, e stabilì che da allora in poi non potesse nè alienarsi, nè donarsi, nè ereditarsi, e che il suo prodotto si dovesse destinare esclusivamente ai poveri e a scopi religiosi.

Il Profeta medesimo, dunque, con il suo consiglio dato a Umar, riconobbe i WAKF quale istituto islamico. La tradizione musulmana del resto conosce ancora molti altri esempi di contemporanei di Maometto che fondarono WAKF con la sua approvazione.

La validità di un WAKF dipende da alcune condizioni particolarmente indicate nella legge. Esse riguardano le quattro colonne, cioè: 1) la persona che rende la cosa Wakf (Wakif); 2) la cosa stessa (Wakf o propriamente Mawkuf); 3) la persona a cui favore la fondazione è fatta (Mawkuf 'alaihi); 4) la forma (Sighah) con cui il fondatore manifesta la sua volontà.

(1) Solo chi ha la piena disponibilità del proprio patrimonio può rendere Wakf qualche cosa del suo. Se il proprietario è minorenne, ammalato di cervello, o altrimenti limitato nella sua capacità a agire, non può creare alcuna valida fondazione. I non Musulmani possono erigere fondazioni che vengono riconosciute valide dalla legge se il loro scopo non contraddice all' Islam.

(2) La cosa, sia mobile che immobile, deve essere esattamente determinata, e di tal natura che lo scopo a cui è destinata possa raggiungersi con un uso permesso dalla legge, e, inoltre, che adoperandosi non si consumi subito. Quindi per es. possono così poco essere oggetti di una fondazione valida strumenti musicali (o libri proibiti) quanto una candela di cera (per es. per una moschea) ecc.

(3) Le persone a cui favore il Wakf è costituito devono essere esattamente indicate e possedere pure la facoltà di godere l'uso-frutto della cosa; cosicchè per es. non si può erigere in Wakf un esemplare del Corano, o un schiavo credente a favore di un miscredente. Se la fondazione è a favore della comunità, o per promuovere un pubblico interesse, non è possibile indicare nominativamente il favorito e quindi la designazione non ha luogo. Ma allora è requisito indispensabile che la fondazione non abbia uno scopo vietato dall' Islam. Sarebbe inefficace per es. una fondazione diretta a promuovere il culto cristiano o giudaico. Del resto non è necessario che lo scopo ab-

bia esclusivamente carattere religioso o di beneficenza; si può infatti erigere un Wakf a vantaggio di 'ricchi' come pure di 'poveri'. La fondazione di un Wakf, dicono i dottori musulmani, è per sè stessa un'opera accettata a Dio, anche quando ciò non si manifesti nella destinazione del Wakf.

(4) Le formole e le espressioni mediante le quali il fondatore manifesta la sua volontà, debbono, secondo la legge, lasciar capire la sua intenzione in modo del tutto preciso e indubbio. Quindi non basta, per es. dichiarare soltanto che la cosa da quel momento in poi, quale Wakf, è sottratta al commercio (ciò che succede non raramente, quando per es. dei credenti costituiscono in Wakf esemplari del Corano o altri libri), ma il fondatore deve pure indicare a favore di chi o a quale scopo la determinazione è indirizzata.

Nè il realizzarsi di un Wakf, nè la sua durata possono essere sottoposte a condizioni o a termini di tempo. La legge distingue però a questo riguardo tra Wakf religiosi o di utilità pubblica, e Wakf a favore di alcune persone (specialmente i parenti del fondatore). La disposizione del fondatore della prima maniera deve soprattutto essere mantenuta finchè è possibile (come pure devono, per quanto è possibile, essere eseguite disposizioni riferentesi a manomissione di schiavi, non ostante tutte le mancanze contro la forma legale prescritta). Quindi, per il primo genere di Wakf, tutte le condizioni e termini di tempo posti dal fondatore debbono considerarsi caduchi e inefficaci, mentre la fondazione stessa resta. I Wakf della seconda maniera, invece, non sono validi secondo la legge, se vi sono aggiunte condizioni o termini di tempo.

Tuttavia eccezionalmente la legge permette che il testatore faccia dipendere la fondazione dalla sua morte. Egli può stabilire che una cosa appartenente a lui divenga Wakf 'dopo la sua morte'. Simili disposizioni soggiacciono però alle norme generali dei legati: esse possono venire revocate dal proprietario finchè vive; d'altra parte egli non ha la facoltà di disporre in tal modo sopra più di 1/3 della sua eventuale eredità.

Se il favorito col Wakf è una persona determinata, per la validità dell'atto si richiede oltre all'Idjâb (offerta) del fondatore, anche il Kabûl (l'accettazione) del favorito.

Realizzatasi una fondazione in modo valido, valgono per essa principalmente le seguenti norme:

1a) Sul diritto di proprietà sulla cosa eretta in Wakf i Fakih sono di varia opinione. Secondo l'opinione dominante il diritto di proprie

tà del fondatore si estingue con la dichiarazione che dal quel momento in avanti la cosa sua debba essere Wakf. Secondo altri invece egli conserva (e dopo di lui i suoi eredi, o gli eventuali aventi diritto) il dominio sulla cosa, che è soltanto gravata del relativo diritto del Wakf. Una terza opinione sostiene che il dominium passa al favorito con la fondazione. Alcuni rappresentanti della prima opinione ammettono che invece trapassi a Allah, cosicchè da quel momento in poi nessun 'mortale' può avanzarvi sopra delle pretese. Però osservano altri che Allah può essere ritenuto proprietario del Wakf soltanto nel senso che egli è proprietario di tutto il creato. L'espressione indeterminata 'Allah è il proprietario del Wakf' nega quindi soltanto il diritto di proprietà sia del fondatore, come di tutti gli altri servi di Dio.

Al contrario la proprietà del prodotto della cosa resa Wakf, secondo l'unanime giudizio dei Fakih, appartiene a quelle persone (o categorie di persone) per cui la fondazione si è stabilita. 2a) In riguardo alla manutenzione e all'utilizzazione del Wakf, al pagamento del prodotto agli aventi diritto a riceverlo, e in generale a tutta l'amministrazione della fondazione, vale solo ciò che il fondatore medesimo ha in proposito stabilito. Quantunque quest'ultimo non possa considerarsi più proprietario nel Wakf e quindi nessuna altra disposizione su di esso possa emanare, rimangono però le prescrizioni che egli ha fissate nel costituire la fondazione sino a che la cosa resta Wakf. 'Le regole fissate dal fondatore valgono per il Wakf quali prescrizioni della legge religiosa', così dicono in proposito i Fakih. Queste regole pertanto possono variare per ogni singolo caso.

Colui al quale è stata affidata la sovrintendenza del Wakf si chiama NAZIR (cioè intendente, amministratore). Il fondatore può riserbare a sè questa sovrintendenza, e quindi la nomina di altri come suoi rappresentanti o la loro sostituzione. Se non vi è alcun NAZIR, l'autorità è chiamata d'ufficio a sovrintendere al Wakf.

3a) Infine è pure previsto nella legge il caso che un Wakf possa aver compiuto del tutto lo scopo indicato dal suo fondatore e quindi debba ritenersi esaurito. Secondo alcuni Fakih questo è veramente un caso inconcepibile, poichè il fondatore è obbligato a formulare lo scopo del suo Wakf in modo che questo possa rimanere sempre in vigore. Le persone favorite dal Wakf debbono quindi formare una serie in-

finita. Invece, secondo l'opinione più diffusa, ciò non è assolutamente necessario per la validità del Wakf; invece si può fondare un Wakf a favore di una determinata persona e della sua discendenza. Estinta infine quest'ultima, la fondazione come tale cessa di esistere; i beni Wakf andrebbero allora ai più prossimi parenti del fondatore nella linea maschile o femminile, dato che potessero provare le loro pretese; in caso contrario i beni Wakf dovrebbero essere impiegati a scopi pii, specialmente a soccorrere poveri e bisognosi od anche a beneficio di tutta la comunità musulmana.

I Wakf in tutto l'Oriente islamico sono noti come istituti religiosi; e siccome la maggior parte delle autorità musulmane si curano poco o niente dei poveri e di altri interessi pubblici, queste fondazioni spesso prestano parecchi buoni servizi per il soddisfacimento di bisogni sociali vivamente sentiti. Come Wakf vengono fondati dai pii Musulmani soprattutto: moschee, scuole per istruzioni religiose, ospedali, acquedotti, fontane pubbliche, fondi per il mantenimento di tali istituti e così di seguito.

E' soltanto un peccato che l'amministrazione dei Wakf la ci quasi sempre molto a desiderare. I Fakih di tutti i secoli nelle loro opere si lamentano degli 'odierni Kadì atei', i quali colle loro azioni illecite 'stornano dal loro scopo la maggior parte dei Wakf dei fedeli'.

AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA E PENE

1.) - Amministrazione della giustizia e difesa privata presso gli Arabi pagani e nell'Islam. =

Nell'antica Arabia la difesa privata era^{la} regolata tanto in materia civile che penale. Entrava allora in gioco la solidarietà dei membri della famiglia e della tribù. Chi uccidesse, ferisse alcuno, o gli cagionasse un qualsiasi danno, aveva da temere la vendetta di tutti i componenti la famiglia, o la tribù, dell'ucciso o del danneggiato; e questo pericolo riguardava non solo il reo, ma anche chi unque appartenesse alla sua comunità.

La protezione che in tal modo famiglia e tribù garantivano ai propri membri, giovava certamente alla sicurezza pubblica; ma d'altra parte aveva per effetto che spesso degli innocenti dovevano pagare la pena per le trasgressioni e prepotenze dei propri

congiunti, e che la vendetta originasse sempre nuove e sanguinose guerre tra le singole tribù.

E' vero che si davano casi di vendetta evitata col pagamento di un prezzo di espiazione - ed allora il denaro per il sangue versato non era per lo più pagato solo dal reo, ma tutti i suoi congiunti e compagni di tribù dovevano contribuirvi - senonchè sembra che agli Arabi pagani fossero ignote norme precise, in forza delle quali fosse proibita la vendetta e pertanto si dovesse accettare il prezzo della composizione. Anzi i più consideravano come qualcosa di indegno lasciarsi soddisfare per mezzo di denaro, cammelli, o simili cose, e perciò respingevano per massima qualsiasi composizione.

Se la tribù non voleva rispondere più a lungo delle azioni di un suo membro, la cui delinquenza si era dimostrata essere una fonte di pericolo perenne per la comunità, il colpevole veniva cacciato dalla tribù e perciò considerato come fuori legge, allo stesso modo di colui che avesse attentato alla vita di un membro della sua stessa tribù. D'altronde per lo più non era difficile a tali proscritti trovare in un'altra tribù protezione e impunità; giacchè il diritto di ospitalità ed il diritto di asilo, con questo assai strettamente connesso, in Arabia era molto rispettato. Era un vanto difendere i propri protetti in ogni caso, anche quando fossero da altri perseguitati forse con ragione. Quasi ogni tribù aveva i suoi protetti, cioè quelli che per una causa qualsiasi si erano distaccati dalla tribù propria.

Se il dolpevole restava inaccessibile alla vendetta umana, perchè si era messo al sicuro, o sopra tutto perchè non si lasciava trovare, allora si usava solennemente - di preferenza in luoghi consacrati ed in tempo sacro - implorare l'ira della divinità sul reo, colla convinzione che egli allora non potesse sfuggire alla sua pena ben meritata.

Anche quando si trattava di provare la colpa o l'innocenza, in generale si reputava assolutamente necessario l'intervento della divinità. Da questa concezione ebbero origine le primitive forme processuali, che si sono sviluppate presso gli antichi Arabi, come il giudizio divino, a cui dovevano sottoporsi le parti contendenti, ed il giuramento solenne con cui esse si appellavano alla divinità. Infatti anche il giuramento si considerava come un giudizio divino, inquantochè la divinità non avrebbe certamente lasciato impunito lo spergiuro.

Il principio della solidarietà portava con sè che il giuramento di regola venisse prestato insieme da un certo numero di membri della famiglia o della tribù. Era compreso cioè nei doveri da adempiere dai parenti del sangue, o dei componenti della tribù, che si prestasse in giudizio l'aiuto del giuramento, anche se non fossero stati testimoni personali al fatto da giurare. È nota, soprattutto la Kasamah, usata nel paganesimo arabo, che era un giuramento che per lo più prestavano quindici membri maschi di una famiglia, o di una tribù, per stabilire la colpa o l'innocenza di qualcuno. Non si esitava affatto a giustiziare un accusato che la controparte avesse bollato ad es. come omicida per mezzo di una tale Kasamah, anche quando non si potesse portare alcun'altra prova del suo delitto.

Profonde modificazioni in questo campo al tempo di Maometto non sarebbero state attuabili. Tuttavia l'Islam apportò qualche miglioramento. L'amministrazione della giustizia diventò una delle attribuzioni più importanti del nuovo potere centrale. Anzitutto comparvero in veste di giudici il Profeta stesso e i suoi successori, e le autorità da loro stabilite per le singole provincie, - e poi specialmente i funzionari dello Stato incaricati, come Kadi (cioè decedentà), dell'amministrazione della giustizia. Anche la procedura fu riformata e la dottrina delle prove legata a regole precise.

In ordine alla scelta della pena il giudice nell'Islam ricevè grande libertà. L'introduzione di un sistema penale del tutto nuovo non era venuta affatto in mente al Profeta. Soltanto in pochi casi egli fissò determinate regole ed introdusse nuove pene (probabilmente ricavate dal giudaismo), come ad es. la lapidazione e la flagellazione. Le prescrizioni relative a ciò per lo più nacquero casualmente e sotto la influenza di avvenimenti speciali.

Così ad es. nell'anno 4° della Hidjrah, la nota avventura della moglie prediletta di Maometto Aischah diede occasione ad una rivelazione (Corano XXIV, 1-5), la quale stabiliva determinate pene tanto per la fornicazione che per la diffamazione di donne musulmane oneste. Quanto cioè Aischah in quell'anno accompagnò il Profeta in una spedizione militare, una sera alla levata della carovana restò indietro nel luogo dell'accampamento. Siccome Maometto ed i suoi la ritrovarono soltanto la mattina seguente ed in compagnia di un giovane, sorsero naturalmente tra i fedeli dicerie d'ogni sorta. Maometto stesso da principio non potè esimersi dal sospetto; in seguito però, convintosi per una rivelazione della sua innocenza, si ricon-

ciliò con lei. A questo caso si riferiscono le parole del Corano: 'Chi si rende colpevole di rapporti sessuali illeciti, sia un uomo che una donna, dategli 100 frustate e non abbiate di lui alcuna pietà,....e punite con 80 frustate coloro i quali accusano donne oneste senza poter portare quattro testimoni, e non prendete da loro mai più alcuna testimonianza....' (vedi Corano XXIV, 1-5).

Ma casi in cui furono in simil modo fissate esattamente delle pene, sono pur sempre eccezioni. Il Profeta non si santì chiamato a regolare tutto il diritto penale; benchè egli abbia evidentemente cercato di eliminare, per quanto era possibile, taluni dei più dannosi effetti del diritto della vendetta, che mettevano in pericolo anche la coesione tra Musulmani. Abolire del tutto l'antichissimo ius talionis sarebbe stato semplicemente impossibile; era troppo tenacemente radicato nella coscienza giuridica popolare. 'Occhio per occhio, dente per dente', si era sempre detto da tempo immemorabile anche in Arabia; e questa secolare Sunnah degli antenati doveva ben valere come sacre ed inviolabile. Ma d'ora in poi ^{nel} l'Islam soltanto il colpevole dovrà temere la pena - come pena personale! - oltre a ciò la pena contro di lui per l'avvenire dovrà essere eseguita solo dopo l'apporto di una prova piena sotto la sorveglianza dell'autorità, e precisamente o da un parente dell'ucciso, o dal ferito stesso se si sarà salvato. Maometto emanò questi precetti subito dopo la Hidjrah, quando le nuove circostanze, in mezzo alle quali si sviluppava la società musulmana a Medina, rendevano assolutamente necessario un regolamento del diritto della vendetta.

Con grande insistenza fu mostrato ai fedeli che la ingiusta uccisione di un Musulmano è da equipararsi alla miscredenza. 'Guardatevi' - si narra abbia detto il Profeta - 'dopo la mia morte dal ridivenire pagani e dall'uccidervi ancora l'un con l'altro in sanguinose battaglie!'. Nell'Islam ogni debito di sangue, che ancora derivava dall'epoca pagana, giuridicamente era da ritenersi come estinto.

Inoltre ai fedeli fu prescritto di essere moderati nella richiesta del taglione e del prezzo del sangue. 'Se uno è ucciso ingiustamente - dice il Corano XVII, 35) - abbiamo dato potestà al suo Wali - di vendicarlo -; tuttavia non ecceda - la sua potestà - nell'uccisione, e allora Dio lo aiuterà'. Di grande importanza era il precetto per cui ^{nel} l'Islam doveva ancora essere permesso solo il Kisas, cioè la esatta rappresaglia.

Nel paganesimo si usava uccidere un numero possibilmente grande di nemici ragguardevoli come sacrificio espiatorio per ogni membro della tribù caduto, e per lo più non si era contenti di una semplice rappsaglia (Kisàs). Ora ciò nell'islam fu vietato. In questo senso è da intendere il Corano II, 173-175: 'è prescritte a voi il Kisàs in rapporto agli uccisi; un uomo libero (può essere soltanto ucciso) per un libero; per uno schiavo (al contrario soltanto) uno schiavo e per una donna (solo) una donna...' (vale a dire l'Islam non vi concede di più; soltanto se una donna è uccisa da un'altra donna, la donna colpevole può essere uccisa; se è assassinata da un uomo, questi è responsabile solo per il prezzo del sangue). 'Nel Kisàs è riposta per voi la vita!' aggiunge il Corano II, 175, 'e se alcuno ottiene perdono dal suo fratello, allora (l'uno) deve moderare la propria pretesa (in rapporto al prezzo del sangue) e (l'altro) pagargli volentieri la composizione. Questo è una facilitazione da parte del vostro Signore'. Anche il pagamento del prezzo del sangue divenne in generale nell'Islam una pena personale per il colpevole stesso, cosicché i suoi più prossimi parenti rispondevano ancora solo eccezionalmente.

2) - Quadro del sistema penale islamico. Diritti dell'attore e del convenuto in materia penale e civile in generale.

La legge divide le azioni punibili, e le pene a cui esse soggiacciono, nelle seguenti tre categorie :

(1^a) - Atti illeciti contro il corpo e la vita, i quali autorizzano il danneggiato (o il suo Wali) ad effettuare il taglione (Kisàs) sul corpo del colpevole, od a pretendere invece la composizione (Dijah), o rispettivamente il risarcimento del danno. Su questa prima categoria si veda più oltre l'art. 3°.

(2^a) - Delitti per cui è stabilita nella legge, sulla base del Corano o della tradizione, una pena 'fissa immutabile' (un così detto Hadd) (vedasi ad es. il caso menzionato nell'art. precedente -).

(3^a) - Tutte le altre trasgressioni a precetti di Dio; esse, quando secondo la legge non possano essere espiate con una multa (Kaffàrah) dal colpevole stesso pentito, sono soggette a quelle pene che il giudice ritiene adatte al caso. Su questa punizione, così detta Ta'zìr (cioè castigo), lasciata all'apprezzamento del giudice, si veda l'art. 5°.

La punizione del colpevole nel diritto Islamico è ancora in parte un affare di diritto privato, inquantochè non l'autorità

ma solo il danneggiato stesso ha il diritto o di ottenere la punizione del reo, o di condonargli la pena. In alcuni casi anzi la pena è eseguita sul reo dallo stesso attore sotto la vigilanza del giudice. Ma la pena è eseguibile sol quando la colpa dell'accusato sia stata accertata in un regolare processo giudiziale. Un'eccezione a questa regola presenta la legge solo nel caso che il colpevole sia sorpreso in flagrante. Chi per es. sorprende in casa propria un ladro, o un adultero, lo può subito uccidere o ferire impunemente, non solo per legittima difesa, ma anche semplicemente a scopo di vendetta.

Una simile difesa privata è anche permessa in materia civile fino ad un certo punto. Nella legge vi è riconosciuta in molti casi a colui che è legittimato all'azione la facoltà di farsi giustizia senz'altro da sé per evitare un minuto e costoso procedimento giudiziale. Chi ad es. ha da richiedere una cosa di sua proprietà ad alcuno, può togliergliela senza cerimonie. Chi è in credito verso alcuno, che si rifiuta di pagare, può impadronirsi della proprietà del debitore e venderla da sé per soddisfare il suo credito; e la legge permette anche al creditore di impadronirsi della proprietà di un terzo in quanto questi debba qualcosa al debitore. Il creditore all'occorrenza può persino entrare colla forza nella proprietà del suo debitore, e per es. abbattere i muri e sfondarne la porta. Di regola è tuttavia da chiamare il giudice anche in materia civile, e nelle questioni di diritto familiare ciò è richiesto come assolutamente necessario.

Ma non tutti ⁱⁿ i casi viene in questione il diritto di determinate persone. La legge a questo riguardo distingue: Hakk àadamì (diritto umano) e Hakk Allàh (diritto divino). Si ha una ragione di diritto umano per es. quando qualcuno ha da richiedere il taglione, o il prezzo di una cosa da lui venduta, o da domandare al ladro la restituzione di una cosa da lui rubata. Qualora invece nessun uomo sia leso nei suoi diritti, ma si sia trasgredito unicamente un precetto divino, allora la punizione del colpevole vale solo come diritto di Dio.

In ordine a quest'ultime materie penali, in cui si tratta di una Hakk Allàh, vale nella legge uno speciale principio fondamentale. In molte tradizioni si insiste molto sul fatto che Dio vuole fondare il suo rapporto coll'uomo soprattutto sulla base della pietà e dell'indulgenza; che egli pertanto è sempre disposto a coprire col mantello dell'amore, per quanto è possibile, i peccati dei suoi

sottoposti, ma solo a condizione che essi agiscano nello stesso senso e tenagno nascosti tanto i proprii peccati quanto quelli del prossimo. 'Ad ogni fedele' dice ad es. la tradizione 'sono perdonate le colpe, a meno che non le renda pubbliche egli stesso!'. 'Dio tra i suoi fedeli ama quelli che nascondono (i peccati)'.

In base a queste tradizioni, per i delitti che riguardano un Hakk Allàh, valgono alcune regole speciali. Certamente tali cose non si devono trascurare - il giudice ha il dovere di indagare e persino ogni fedele ha il diritto 'dei causa' di procedere contro il colpevole, sia per mezzo di accusa, sia per mezzo di testimonianza in un processo già pendente, - ma ciò non ostante per tutte le persone che vengono in questione è tuttavia meritevole fare il possibile per evitare al colpevole la pena.

A questo scopo il giudice non solo deve dare per quanto è possibile all'accusato occasione di purificarsi da ogni sospetto, ma anche deve espressamente ricordargli, che egli può ancora revocare la confessione, che forse avesse già fatta. Deve anche farlo accorto di tutte le circostanze che secondo la legge possono condurre all'assoluzione. Se si tratta ad es. di rapporti sessuali illeciti, deve domandargli espressamente se piuttosto non vi sia stato 'equivoco'. Inoltre mentre il giudice di regola è libero di basare la sua decisione su conoscenza propria, personale, siano o no i fatti provati formalmente nel processo, gli manca questa facoltà quando si tratta di un Hakk Allàh. La legge raccomanda anche ai testimoni in simili questioni penali di ^{non} testimoniare a danno del reo, ed a questo di negare la propria colpa e anche di ritrarre una eventuale confessione.

Se tuttavia la colpa dell'accusato è accertata nella forma legale ed in modo convincente, allora il giudice è obbligato a far seguire esattamente la pena secondo la lettera della legge, per lo meno se si tratta di una pena Hadd. Anzi, in quest'ultimo presupposto, non è ammissibile per il giudice alcuna intercezione a favore del giudicato, la quale negli altri casi conta sempre come meritoria.

Si tenga tuttavia in ciò ben presente che una prova pienamente valida della colpa nei reati soggetti a Hadd si può addurre solo qualora l'accusato faccia una confessione, e che pertanto l'Hadd può trovare propriamente applicazione sol quando il colpevole stesso lo desidera per motivi religiosi.

Se 'il diritto di Allàh' si riferisce non ad una pena Hadd, ma alla irrogazione di un Ta'zir, il giudice che ha da commisurare quest'ultima specie di pena, può persino prescindere da qualsiasi punizione. Nella concessione musulmana l'espiazione resta ~~un~~ quindi una questione privata, che Allàh ha da regolare col peccatore stesso.

3) - Vendetta, composizione e risarcimento di danni per lesioni corporali. =

Secondo la legge islamica la rappresaglia (Kisàs) ha luogo soltanto nei seguenti due casi:

1°- Nell'uccisione ingiusta, volontaria; cioè se il reo ha assalito alcuno volontariamente e per ciò ha adoperato armi o mezzi che in circostanze normali sono realmente adatti alla uccisione, allora il più prossimo congiunto dell'ucciso è autorizzato ad uccidere il colpevole per vendetta.

2°- Se alcuno ha prodotto ad un altro ingiustamente e volontariamente una lesione corporale non mortale, è disposto che questa può essere appunto apportata nello stesso modo all'autore sul suo corpo. Un tal caso si ha ad es. se ad alcuno si sia trocato un membro (ad es. mano, piede, dito, orecchio) o si sia quasi cavato un occhio od un dente; nello stesso modo che si sia a lui fatta una ferita profonda fino all'osso, o si sia privato di uno dei suoi sensi (ad es. della vista o dell'udito) oppure della parola.

Oltre a ciò in entrambi i casi il Kisàs è soltanto permesso qualora ^{da} una parte il colpevole al momento dell'esecuzione del delitto sia adulto ed in pieno possesso delle sue facoltà intellettuali, e dall'altra l'ucciso (o ferito) sia uguale al delinquente; se cioè un infedele è ucciso da un Musulmano, uno schiavo da un libero, allora non ha luogo alcuna vendetta. Anche per colui che ha ucciso o ferito il proprio figlio (o uno dei suoi più lontani discendenti), la legge non ammette alcuna applicazione del taglione?

Come si è rilevato sopra, la vendetta del sangue, dopo che l'affare sia stato istruito in un processo regolare nelle forme prescritte, è eseguita di propria mano dal vendicatore autorizzato sul colpevole sotto la sorveglianza del giudice.

Se la vendetta per legge non è ammissibile, oppure se l'avente diritto al Kisàs vi rinuncia, allora può essere richiesto

il risarcimento del danno. A questo proposito bisogna distinguere il prezzo del sangue (Dijah) per la punizione di una uccisione, che spetta al più prossimo congiunto dell'ucciso, e il risarcimento del danno che spetta al ferito per lesioni avute.

1°- La Dijah per ~~una~~ la punizione di un assassinio secondo la legge deve consistere sempre in 100 cammelli, la cui qualità ed età si determina secondo che il prezzo del sangue da pagare è 'grave' o 'lieve'. Se questi cammelli non sono disponibili, allora è da pagare il loro valore.

Il prezzo 'grave' può essere richiesto quando l'uccisione si è compiuta volontariamente. Se questo non è il caso, - sia l'uccisione l'effetto di un movimento involontario (per es. di una caduta del tetto) oppure l'agente avesse di mira altra cosa (per es. un capo di selvaggina) - allora è da pagare soltanto la composizione lieve. Tuttavia la Dijah grave può essere domandata in ogni caso se l'agente ha assalito l'ucciso volontariamente, quantunque senza l'intenzione di ucciderlo. Il prezzo 'grave' è del pari da prestarsi in caso di uccisione non volontaria, qualora questa sia avvenuta dentro l'Haram della Mecca o durante i mesi sacri Muharram, Radjab, Dul-Ka'dah e Dul-Hiddjah o se l'ucciso era un Mahram del colpevole.

In caso di omicidio volontario la Dijah può essere richiesta soltanto al colpevole personalmente, ed invero questi è tenuto a pagarla subito. Se l'omicidio invece non è volontario, secondo la dottrina sciàfeita sono responsabili per la composizione esclusivamente i parenti maschi del reo; ma questi possono pagare in tre rate uguali. In questo caso il reo stesso non deve contribuire alcunchè.

La Dijah per l'assassinio di una donna ammonta solo alla metà di quella di un uomo, e per l'uccisione di un giudeo o cristiano basta pagare un terzo dell'intera composizione. Se un minore od un infermo di mente ha tolto la vita ad alcuno, il tutore soddisfa l'avente diritto al credito della Dijah detraendola dal patrimonio del pupillo.

Oltre a ciò, tanto nell'uccisione volontaria che nell'involontaria, si è obbligati rispetto a Dio ancora ad un sacrificio espiatorio (Kaffàrah). Se invece uno ha ucciso per legittima difesa, allora secondo la legge non si può parlare nè di Kisàa, nè di Dijah e neanche di Kaffàrah.

2°- L'importo da pagare come risarcimento per ferite in alcuni casi è fissato esattamente nella legge e si chiama allora *Arsch*, ma per lo più la sua determinazione è lasciata al giudice. Questi in ogni singolo caso ha da imporre al reo una determinata percentuale della intera *Dijah*, secondo la diminuzione di valore che ha subito il corpo del danneggiato. A questo scopo egli deve valutare qual valore avesse il corpo dell'attore prima del delitto e quale abbia ancora, tutte e due le volte assumendo che la persona in questione sia uno schiavo. Se per es., la diminuzione di valore ammonta ad un decimo, è da domandare un decimo dell'intera composizione. Simile determinazione del risarcimento per mezzo di sentenza del giudice si chiama *Hukùmah*.

Se i delitti sono di tal natura che sarebbe applicabile il *Kisàs*, qualche volta è da pagare l'intera *Dijah*, ma negli altri casi solo una parte di essa. La mezza *Dijah* per es., può essere richiesta se il danneggiato ha perduto un occhio (oppure un orecchio, una mano, o un piede), - un quarto della *Dijah* se una della quattro palpebre, - un decimo della *Dijah* se ha perduto per es., un dito, e così di seguito. Invece la perdita di entrambi i piedi o le mani, di tutte e quattro le palpebre o di tutte e dieci le dita son da il diritto all'intera *Dijah*; e lo stesso vale per la perdita del naso o di un'altra parte del corpo che non sia doppia, di un senso (per es., dell'udito o della vista) o anche della parola. Pertanto per il concorso di più delitti si può richiedere di più della semplice *Dijah* od anche per es. l'intera *Dijah* accanto ad una *Hukùmah*.

Per il resto le regole e distinzioni che valgono per la *Dijah* in caso di uccisione - per es. in rapporto alla qualità ed età dei cammelli da arrecare, la responsabilità dell'autore o dei suoi congiunti, il pagamento immediato o rateale del debito di sangue, - in generale trovano applicazioni anche alla *Dijah* per risarcimento di lesioni. Se un uomo libero uccide o ferisce uno schiavo, come si è rilevato, non vi è alcuna base per il *Kisàs*; e molto meno possono perciò richiedersi *Dijah*, *Arsch*, o *Hukùmah*. L'autore deve soltanto risarcire al proprietario il danno che ha subito per l'uccisione o il deprezzamento del suo schiavo. Se si tratta di uno schiavo di gran valore speciale, può avvenire che in tal modo il reo abbia da pagare per lo schiavo di più che per un libero.

Se al contrario uno schiavo ha ucciso o leso un libero il suo padrone risponde per la *Dijah* o per l'indenizzo; può tutta-

via liberarsi da quell'obbligo colla cessione dello schiavo.

4)- ATTI illeciti che sottopongono ad una pena Hadd. =

Ad una pena fissa, determinata soggiacciono essenzialmente i seguenti cinque delitti :

1°) Libidine; 2°) Calunnia; (cioè in quanto si dirige contro la virtù sessuale di un libero Musulmano); 3°) Ubbriachezza; 4°) Furto; e 5°) Brigantaggio.

1°)-LIBIDINE (Zinà). La legge con ciò intende non quello che noi chiamiamo adulterio, ma ogni rapporto sessuale tra persone che non vivono in regolare rapporto di matrimonio o di concubinato.

Nel primo tempo dell'Islam chiunque si fosse reso colpevole di libidine veniva ucciso, e precisamente per mezzo della lapidazione, una pena che il Profeta aveva tratto dal giudaismo. L'avventura sopra ricordata della sua moglie prediletta porto qui tutta via una modificazione. Quando cioè Aischah si trovo sotto sospetto di adulterio, venne pubblicato Corano XXIV, 1-5, in cui Dio stabiliva che (per l'avvenire) la libidine fosse da punire colla flagellazione. Questa era dunque apertamente una mitigazione alla pena primitiva.

Ciò non pertanto molti Musulmani pensarono che la lapidazione per Zinà non sia stata abolita anche dopo quella rivelazione. Precisamente Umar, il secondo Califfo, si dice essere stato sostenitore dell'opinione che l'Islam richieda la lapidazione del lussurioso. La conseguenza fu questa: che non solo la fustigazione ma anche la lapidazione, nell'Islam si considerò la pena per il Zinà. Coloro che si fossero resi colpevoli di libidine, vennero cioè nella legge divisi in due categorie. Chi appartiene alla prima è da lapidare; al contrario gli appartenenti alla seconda categoria secondo il Corano XXIV, 2, vengono puniti solo con 100 frustate, alle quali, secondo la dottrina sciafeita, si aggiunge il bando per un anno. Al primo gruppo appartiene ogni libidinoso che può essere designato come Muhsan; tutti gli altri appartengono al secondo gruppo. Ora si è spesso assunto che con Muhsan in questo caso sia contenuta una persona sposata, in quantochè nella dottrina islamica l'adulterio deve esser punito con la lapidazione, la libidine di persone non sposate al contrario con la fustigazione. Ma ciò è un errore. La legge sotto Muhsan in questo caso intende una persona, maschio o femmina che sia maggiore di età nel pieno possesso delle sue facoltà.

tà mentali, libera, e che inoltre abbia avuto rapporti sessuali in matrimonio legale. Tali persone secondo la legge restano sempre Muhsan, anche dopo che il loro matrimonio si è sciolto, ed in caso di libidine sono perciò punibili sempre colla lapidazione; mentre non sposati, che non siano stati mai sposati, scontano il medesimo delitto solo con la pena della fustigazione e della proscrizione. La distinzione fra libidine di un Muhsan e di un non Muhsan non origina pertanto affatto da considerazioni morali.

Se il reo di libidine nega la sua colpa, allora questa può esser provata secondo la legge, in conformità colle parole del Corano, soltanto se quattro testimoni maschi pienamente validi confermino la verità della colpa. E siccome inoltre si richiede dai testimoni che essi possano testimoniare sui minimi particolari dell'atto incriminato, l'Hadd per libidine in pratica difficilmente può essere applicato, se l'autore stesso non si confessi reo.

Agli schiavi tocca per la libidine solo la metà della pena stabilita per i liberi (quindi 50 fustigazioni e sei mesi di proscrizione). Minori ed infermi di mente non sono puniti per libidine con Hadd, ma il giudice deve far loro un rimprovero adeguato per metterli in guardia da una ricaduta.

2°) CALUNNIA - in senso specifico è quando si accusa alcuno di libidine senza alcun fondamento (Kadf). Chi fa ciò, e non può provare la sua asserzione nel modo prescritto, viene colpito dalla legge con un Hadd di 80 fustigazioni. Questo principio si fonda sul testo del Corano XXIV, 4, sopra riportato. Inoltre, giacchè qui viene soltanto in questione la calunnia contro Muhsanàt, cioè contro donne 'oneste' o 'caste', la legge considera come punibile l'accusa non provata, soltanto se diretta contro un Muhsan. Come Muhsan in questo caso valgono tutte le persone, maschi o femmine, che non si siano rese colpevoli di alcuna libidine e che siano inoltre credenti, libere, maggiori di età e nel possesso delle loro facoltà mentali.

Il Hadd per questo delitto non è applicabile ai minori agli infermi di mente, e molto meno al padre, alla madre, o ai più remoti ascendenti della parte lesa. Per uno schiavo la pena importa solo 40 fustigazioni (quindi la metà del Hadd per un libero).

In caso di Kadf si considera come un diritto privato del calunniato, (perciò come un Hakk àdamì) l'esigere la punizione del reo; quindi egli (o i suoi eredi) può anche liberamente rinunziarvi.

Oltre a ciò la pena cessa se il reo accusato di Kadf può provare la sua affermazione con quattro testimoni maschi, o se l'accusato confessa di avere peccato. Se l'accusatore è il coniuge dell'accusato, egli può assicurarsi l'impunità col pronunciare la formula del Li'an sopra menzionata.

3°) -IL HADD per avere bevuto vino od altre bevande inebbrianti, secondo la dottrina sciafeita importa 40 frustate per un libero e 20 per uno schiavo, sulla base delle tradizioni secondo le quali il Profeta punì con tal numero di colpi persone del suo seguito che avevano bevuto del vino. Secondo le altre scuole di Fikh al contrario, i liberi sono da punire con 80, e gli schiavi con 40 frustate. In rapporto a ciò i libri di Fikh sciafeiti insegnano che il giudice, se lo trova necessario, può raddoppiare la pena di 40 (rispettivamente di 20) colpi. Che alcuno abbia realmente peccato col bere bevande spiritose, e perciò sia punibile, secondo la legge può essere provato solo per mezzo di dichiarazioni concordi di due testimoni maschi, oppure per propria confessione del reo.

Il Hadd non può tuttavia essere inflitto ai minori, agli infermi di mente ed agli infedeli, e neppure a fedeli che manifestamente non conoscevano il divieto islamico del vino e perciò peccavano in buona fede (sia perchè essi si fossero convertiti da poco all'Ismal, o perchè vivessero in un ambiente in cui non era possibile avere alcuna notizia dei precetti religiosi.).

4°) FURTO. ' Mozzate le mani al ladro ed alla ladra, quale castigo esemplare da parte di Dio...' dice il Corano V, 42-43. Il Hadd per furto che la legge prescrive in base a questa rivelazione e ad alcune tradizioni con questa connesse, consiste in ciò: che al ladro in seguito al suo primo furto è troncata la mano destra; se torna a rubare perde il piede sinistro, per un terzo furto perde la mano sinistra, per un quarto il piede destro. Chi in seguito si rende ancora colpevole di furto dovrà dal giudice essere punito con Ta'zir.

IL Hadd è però applicabile solo alle seguenti condizioni: 1° L'oggetto rubato deve essersi trovato in custodia adeguata, di modo che il ladro abbia potuto impadronirsene solo mediante sottrazione clandestina; 2° La cosa rubata deve rappresentare un certo valore minimo determinato dalla legge. Questo minimum secondo la dottrina sciafeita e malikita ammonta ad 1/4 Dinar di oro puro, perchè si narra che anche il Profeta applicasse il Hadd ad uno che aveva

rubato uno scudo di tal valore. Se il furto è valutato per meno di 1/4 Dinàr, allora il ladro può essere punito solo con Ta'zìr.

Inoltre il Hadd cessa ancora: 1) se il ladro al momento dell'esecuzione del furto era minore od infermo di mente; ovvero se egli è stato costretto all'azione; 2) se il ladro è parente in linea retta col derubato; 3) se il ladro senza essere veramente proprietario della cosa rubata, ha tuttavia un certo diritto su di essa, ad es. se qualcuno si è impadronito di qualcosa del bottino di guerra, del quale egli stesso in seguito può ottenere una certa parte, o se un Musulmano ruba qualcosa che è destinato all'uso comune di tutti i Musulmani, compreso quindi il ladro (come arredi sacri e simili nella Moschea). In tal caso il Ta'zìr subentra al posto del Hadd. Al contrario secondo la dottrina sciafeita il Hadd si applica al coniuge che ha sottratto qualcosa all'altro coniuge, presupposto tuttavia quest'ultimo tenesse la cosa rubata al riparo da lui.

L'esigere la restituzione della refurtiva è un diritto privato del derubato, il quale deve far valere il suo diritto di proprietà in un processo civile, secondo le regole generali della dottrina delle prove. La pena è invece un Hakk Allàh; il ladro può essere condannato solo quando il giudice abbia riconosciuto al proprietario la cosa rubata e la colpa dell'accusato sia stata stabilita o per mezzo della sua propria confessione, o per mezzo della dichiarazione di due testimoni maschi.

5°) BRIGANTAGGIO . La pena per coloro che combattono Allàh e il suo inviato e corrono per il paese apportandovi il disordine, deve essere l'uccisione, o la crocefissione, o il taglio delle loro mani e dei loro piedi in modo alternato, oppure l'espulsione dal paese....eccetto che essi si emendino prima che voi ve ne impadroniate; Dio è clemente e pietoso'. Da questa rivelazione (Corano V, 37-38) si sono sviluppate le prescrizioni relative al Hadd per brigantaggio.

La legge, cioè, distingue quattro specie di brigantaggio:

1) o il colpevole ha girovagato semplicemente nella campagna e reso le strade malsicure, ed allora egli è portato per punizione in un altro luogo ed ivi tenuto prigioniero; 2) oppure egli ha compiuto rapina (tale cioè che secondo la legge sia qualificabile come furto da punire con Hadd), ed allora gli è trocata la mano destra e il piede sinistro (e in caso di recidiva anche la mano sinistra e il piede destro); 3) o egli come grassatore ha ucciso volontariamente

alcuno (in circostanze tali, che, secondola legge, può applicarsi il Kisàs); ed allora egli è ucciso anche quando il vendicatore previsto dalla legge si contentasse del semplice prezzo del sangue (giacchè la pena di morte in questo caso vale come Hakk Allàh); oppure 4) egli come brigante ha compiuto sia rapina che assassinio (entrambi come quelli indicati sopra); ed allora non solo egli è soggetto alla pena di morte, ma inoltre il suo cadavere è ancora per un certo tempo appeso altraggiosamente ad una croce (oppure per es. ad un albero o su un muro).

Se il grassatore si emenda prima di cadere nelle mani dell'autorità competente, le pene speciali per la rapina (che valgono come Hakk Allàh) non gli sono più applicate; ma egli è ancora responsabile di fronte agli uomini per i misfatti da lui compiuti. Il diritto alla vendetta (Kisàs) ad es. può ancora essere fatto valere contro di lui, e pazimenti egli resta obbligato a restituire, o risarcire, al debitato, quello che gli ha sottratto.

4) - Punizione per Ta'zir . =

Il Ta'zir (cioè la pena irrogata al colpevole dal giudice secondo il proprio apprezzamento), come si è sopra qui rilevato, trova applicazione se un fedele ha commesso un peccato, od un atto illecito, per cui la legge non prescrive alcun'altra pena, neppure alcuna penitenza espiatoria (Kaffàrah).

Così sono puniti con Ta'zir: falsificazione di documenti, dolo, violenza, falsa testimonianza, calunnia (se perciò non è accusato di libidine alcun Muhsan), furto (se il valore della cosa rubata non raggiunge il minimo legale di valore) e così di seguito.

Riguardo alla scelta della pena il giudice, nell'applicazione del Ta'zir, ha grande arbitrio. Così, se lo crede, può condannare per es. il reo alla prigione, a farlo lapidare, o rivolge^rgli semplicemente un rimprovero oraje. Il Ta'zir può anche consistere in proscrizione, o in pene infamanti, come esposizione alla berlina, annerimento del volto e simili. La legge prescrive soltanto che una pena irrogata come Ta'zir non può esser mai più grave della corrispondente pena Hadd. Quindi se il giudice per es. vuol punire alcuno colla fustigazione, gli può far dare non più di 39 frustate, se si tratta di un libero (e per uno schiavo al più 19), giacchè egli nella commisurazione di questa pena Ta'zir deve restare al di sotto del minimo

della corrispondente pena Hadd (cioè 40 e rispettivamente 20 frustate per uso di bevande spiritose).

Inoltre il giudice può rimettere anche del tutto il Ta'zir al colpevole se ciò gli sembra opportuno. Ma in questo è caso presupposto che si tratti di un peccato contro Allàh, e che nello stesso tempo non sia danneggiato alcun Musulmano, il quale domandi la punizione del colpevole.

6) - Norme relative al Kadi . =

Il Kadi per legge deve essere un Musulmano adulto, libero, ed 'immacolato' ('adl), a cui siano profondamente familiari le prescrizioni della legge coranica. Teoricamente la legge richiede persino che il Kadi sia in condizioni di attingere da sè alle fonti, come Mudjtahid, le regole da applicare nelle sue sentenze. Perciò egli deve avere specialmente studiato non solo il Corano e l'interpretazione (Tafsir) del libro sacro, ma anche tutta la tradizione concernente la Sunnah, come pure le questioni su cui regna uniformità e quelle su cui regna disparità di opinioni. Solo una tale istruzione, unita ad una profonda conoscenza della lingua e della grammatica araba, potrebbe renderlo capace di una sua propria interpretazione della legge.

Ma, come si è detto sopra, posteriormente nell'Islam nessuno più fu ritenuto competente a giudicare con proprio criterio; chè invece, secondo l'opinione generale dominante, ognuno doveva riconoscere per decisiva la dottrina, così come era stata fissata una volta per sempre dai grandi maestri del tempo passato. Anche i giudici potevano perciò essere solo Mukallid, i quali in ogni rapporto erano legati alle decisioni dei dottori anteriori. Quindi ogni Kadi oggi deve riferirsi esclusivamente a quello che insegnano i libri di Fikh del suo Madhab. Queste opere per lui sono i codici, ed in nessun caso egli è libero di appellarsi da sè al Corano o alla Sunnah. Se un giudice volesse presumere di essere veramente all'altezza delle primitive esigenze teoriche per l'ufficio Kadi, e di poter decidere con criteri suoi propri le questioni giuridiche, ciò sarebbe considerato semplicemente come una arroganza indecorosa.

Come difetti, che rendono impossibile l'esercizio del =
l'ufficio di giudice, la legge menziona particolarmente sordità, cecità, pazzia.

La nomina del Kàdì avviene per opera dell'autorità; ossia l'Imam, secondo la legge, deve curare che in ogni circoscrizione giudiziaria sia proposta come giudice una persona adatta. La nomina deve avere luogo in forma di una convenzione orale, in cui l'autorità offre oralmente la giurisdizione in un determinato territorio alla persona da nominare (è dunque un Idjab), e quest'ultima a sua volta accetta con una dichiarazione orale (Kabul). Alla conclusione di questo contratto debbono intervenire due testimoni maschi, i quali al bisogno possano confermare la validità della nomina del giudice di recente nominato, di fronte alla popolazione della residenza a lui assegnata.

Il kàdì può, col consenso dell'autorità competente, nominare nel suo distretto, uno o più rappresentanti, i quali possono al bisogno assumere una parte del suo lavoro. Secondo la legge egli può chiedere lumi a dottori provetti, ogni qual volta ciò gli sembri necessario; perciò gli è raccomandato di informarsi, subito dopo la sua nomina, dei dottori del luogo.

Se esiste soltanto uno il quale, secondo la norma legale può esser preso in considerazione per l'ufficio di giudice, egli è tenuto ad accettare una nomina eventuale e persino a sollecitare il posto di giudice, se l'autorità trascurasse di darglielo. Quindi l'esercizio dell'amministrazione della giustizia - che altrimenti è un Fard al-Kifàjah - diventa in questo caso un Fard al-Ain.

Secondo la legge il luogo in cui il giudice tiene le sue sedute deve facilmente riconoscersi, e possibilmente essere posto nel mezzo del distretto, in modo che i litiganti vi possano accedere senza disagio. Il giudice non deve neanche circondarsi di molti uscieri ed altri ufficiali, in modo che le parti possano sempre andarlo senza difficoltà e senza aiuto di persone estranee. In generale secondo la dottrina sciafeita merita disapprovazione il tenere le sedute giudiziarie in una Moschea, poichè con ciò l'ufficio divino può essere turbato.

Per garentire l'indipendenza del giudice rispetto alle parti, la legge proibisce al Kàdì di accettare doni da persone che sono sottoposte alla sua giurisdizione (eccettuati i parenti in linea retta, giacchè in tal caso egli non può emettere alcuna sentenza in loro favore). Per lo stesso motivo la legge impone al giudice di non esercitare il commercio, poichè allora le parti potrebbero cor-

care di attirarselo col fornirgli speciali vantaggi commerciali ; in considerazione di questo pericolo egli è perfino impedito di esercitare il commercio per mezzo di persone le quali generalmente sono note come suoi procuratori. Al contrario è libero per es. di visitare ammalati, partecipare a funerali, accogliere cortesemente alcuno che sia ritornato da un viaggio, anche quando le persone a cui egli prodiga queste attenzioni potessero essere delle parti litiganti.

Ad assicurare una giurisdizione per quanto sia possibile impeccabile, la legge impone al giudice di curare che egli, mentre compie il suo ufficio, conservi sempre l'equilibrio dello spirito. Come biasimevole sarebbe pertanto da considerare se egli volesse amministrare giustizia in circostanze che potrebbero influire sfavorevolmente sul suo stato d'animo, per es. essendo ammalato, oppure travagliato da caldo o freddo, da fame o sete (come può accadere specialmente nel mese del digiuno) o trovandosi sotto l'influsso di forti passioni.

Secondo la legge le parti in giudizio possono anche lasciar decidere il loro affare giudiziario da un Hakam (arbitro), ma soltanto se non si tratta di un Hakk Allàh. Se nel distretto non vi è alcun Kàdì che soddisfi ai requisiti legali, le parti sono libere di nominare a volontà qualunque persona come arbitro - non importa se questi corrisponda o no ai requisiti richiesti dalla legge per un Kàdì; - in caso contrario la legge richiede che colui che sia stato preso come Hakam possieda anche le qualità legali per l'ufficio giudiziario. La sentenza emessa da un Hakam ha la stessa forza obbligatoria di quella di un Kàdì, presupposto che le parti vi siano accordate di sottomettersi al giudizio dell'arbitro.

Già da molti secoli nessun giudice soddisfa più i primitivi requisiti teorici della legge, ed i dottori musulmani considerano da lungo tempo ogni giudice solo come Kàdì'l-Dàrùrah, cioè Kàdì di necessità (oppure Kàdì in mancanza di uno migliore), del quale si deve contentarsi, dal momento che non si trovano più Kàdì nel vero senso della parola.

In ogni tempo 'i cattivi giudici' nell'Islam diedero luogo a lagnanze. Senza dubbio uomini onesti e ragguardevoli hanno spesso coperto la carica di giudice, ma tuttavia la maggior parte era ignorante e corruttibile. Inoltre i giudici di regola erano costretti a piegare il diritto al volere dell'autorità.

Nelle sfere religiose pertanto si originò ben presto un'avversione contro l'occupazione dell'ufficio giudiziario, tanto che persino vennero messe in giro tradizioni, in cui si introduceva il Profeta e mettere seriamente in guardia contro l'accettazione di un posto di Kādī. Uomini come Abū Hanīfah si rifiutarono di assumere l'ufficio di giudice e, secondo la tradizione, non poterono essere smossi affatto da pene e torture.

Come si è detto sopra, contrariamente alla teoria della legge, si sogliono sottoporre alla decisione del Kādī soltanto quelle questioni giuridiche che si riconnettono strettamente colla religione. Per tutte le altre materie, in forza della convinzione popolare, è competente unicamente l'autorità mondana. Questa distinzione tra giustizia mondana e canonica religiosa spirituale s'incontra in tutto l'Oriente islamico, tra l'altro anche nella città santa della Mecca.

7) - Il procedimento avanti il Kādī . Dottrina della Prova.

In rapporto al corso del procedimento la legge non dà alcuna norma precisa. Il giudice dirige il processo. In questo egli deve dare comodità ad entrambe le parti, tanto all'attore (al-Mudda'i) che al convenuto (al-Mudda'a 'alaihī), di presentare le loro dichiarazioni, e precisamente egli deve anzitutto accordare la parola all'attore; appena questi abbia potuto esporre e spiegare a dovere la sua azione (Da'wā), sente la risposta del convenuto. La legge prescrive espressamente che entrambe le parti in ogni riguardo siano da trattare come aventi gli stessi diritti, per lo meno se entrambi sono fedeli. Il giudice deve anche evitare di influenzare in un modo qualunque durante l'udienza le dichiarazioni delle parti o dei testimoni; egli dunque non deve parlare duramente con alcuno o costringere ad una risposta determinata. Ma egli può ben cercare di condurre ad una amichevole transazione ed a questo scopo raccomandare la causa di una parte alla benevolenza dell'altra.

Se il convenuto ammette che l'attore abbia ragione, allora non vi è bisogno di alcuna ulteriore prova. Un tale Ikrār (cioè riconoscimento) secondo la legge è però da riguardare valido solo quando sia fatto da una persona maggiore di età, nel pieno possesso delle sue qualità intellettuali, senza alcuna costrizione avanti il giudice. Se si tratta di una questione di diritto patrimoniale,

allora colui che riconosce l'obbligazione, deve inoltre essere anche ra raschid. Se si è riconosciuto il fondamento dell'azione, non è valida una revoca posteriore di questa dichiarazione, a meno che il convenuto con questa abbia confessato un delitto che è sottoposto ad una pena, la quale conti come Hakk Allàh.

Se al contrario il convenuto contesta la legittimità dell'azione, allora in generale il giudice non può emanare alcun giudizio se prima l'attore non abbia sostenuto le sue asserzioni con mezzi di prova. Tuttavia è consentito al giudice, se la fattispecie è a lui nota personalmente, di rendere giustizia senza alcuna altra prova portata dalle parti. Una simile giurisdizione secondo propria conoscenza, come è chiamata nei libri di Fikh, è però possibile sol quando il giudice conosce i fatti in questione in maniera così sicura che egli stesso in ciò potrebbe deporre quale testimone; alcuni dottori musulmani non vogliono neppure riconoscere questo diritto ad ogni giudice, ma limitarlo a quei Kadi che in ogni rapporto soddisfano ai requisiti legali (dunque per es. che siano anche Mudjtahid). Tutti i Fakih sono tuttavia concordi in questo: che nessun giudice debba emanare un giudizio in base ad una prova formalmente valida addotta dalle parti contro la sua propria migliore conoscenza. Documenti scritti nella dottrina sciafeita non forniscono alcun mezzo valido di prova se il loro contenuto non viene confermato da testimoni degni di fede; ma in quest'ultimo caso la forza del mezzo di prova risiede non più nella scrittura, ma nella dichiarazione dei testimoni. Oggi questo principio fondamentale difficilmente si può seguire nella pratica, e per non rendere impossibile praticamente l'amministrazione della giustizia, i dottori musulmani di oggi, volere o non volere, debbono attribuire forza probatoria ad alcune scritture, sia pure solo in casi eccezionali.

Validissimi mezzi probatori secondo la legge sono soprattutto la prova per testimoni ed il giuramento prestato dalla parte.

Come testimonianza valida la legge riconosce solo la dichiarazione di Musulmani maggiori di età, liberi, che si trovino nel pieno possesso delle loro facoltà mentali, che ^{non} siano sotto tutela come Safih, e che inoltre siano noti come Adl.

Sotto Adl, in contrapposto a Fasik, la legge comprende colui il quale nè ha commesso una grave colpa, nè si è reso colpevole di una piccola trasgressione abituale della legge; tuttavia

ognuno in cui quest'ultima cosa si riscontrasse, è ancora da riguardarsi come 'adl se egli in qualche rispetto adempie ai suoi doveri religiosi in modo così scrupoloso che i suoi piccoli peccati vengono con ciò compensati. Intorno alla questione quali peccati siano da computare tra i 'piccoli' e quali tra i 'grandi' fra i dottori musulmani non domina nei particolari alcuna piena concordia. In generale si considerano tuttavia come peccati gravi: Uccisione, zinà, malversazione di somme di pupilli, accettazione di interesse sul danaro (Riba), rifiuto di Zakat e simili; - come peccati lievi: partecipazione a giuochi vietati, udire musica proibita ed altre simili lievi trasgressioni. Ognuno cessa inoltre di essere 'adl se si converte a dottrine eretiche.

La testimonianza di alcuno che è stata fasik ha forza probatoria nel processo solo allorquando egli si sia 'pentito' dei propri peccati, ed in modo evidente sia restato fedele per un anno intero ai suoi buoni propositi. Chi secondo le idee ammesse per il suo stato, si comporta in maniera sconveniente, resta 'adl ; ma ciò non ostante la sua testimonianza nel processo non può essere assunta come degna di fede.

Il giudice ha da ricercare d'ufficio se le persone che si presentano a lui come testimoni siano 'adl anche quando la controparte non potesse affatto mettere in dubbio ciò. A questo scopo egli per legge deve assumere le informazioni necessarie dai conoscenti delle persone in questione (come dai loro vicini, o corrispondenti di affari); e solo sulla base della dichiarazione di due testimoni maschi degni di fede, può egli ritenere che una persona a lui ignota è realmente 'adl. Se un testimone è invece a lui noto personalmente, allora egli deve subito, o accettare, o respingere la sua testimonianza senza ulteriore indagine, secondo che egli conosca la persona in questione o come 'adl o come fasik.

In rapporto a questi precetti, in molte regioni musulmane era di antico uso che il giudice incaricasse alcuni dei suoi coadiutori specialmente dell'esame dei testimoni. Comunemente egli nomina anche nel suo distretto determinate persone come testimoni d'ufficio. Tali testimoni d'ufficio si trovano anche adesso in molte regioni. Essi portano il titolo di Adl (plur. Udul), o Schàhid (cioè testimone) e fungono in certo modo come notai. Essi cioè sono fatti intervenire nella conclusione di tutti i contratti di compra impor

tanti, in modo da potere su ciò in caso di bisogno attestare come testimoni ufficiali, qualora in seguito sorga tra le parti una controversia. Una volta stabilito che il testimone è adl, la sua testimonianza vale come degna di fede anche se egli non la giuri; giacchè vi dovrebbero essere ragioni speciali per dubitare della sua testimonianza, per es. per aver egli manifestato interesse ad esporre la cosa in un determinato senso. Se per es. il testimone è parente in linea retta con una delle parti, la sua testimonianza non può essere assunta a favore di questa parte; come del pari non può trovare alcuna considerazione la testimonianza contraria ad una parte, se si rileva che fra questa ed il teste regni inimicizia.

Ma giacchè da secoli, a giudizio concorde dei Fakhia, non vi sono quasi più uomini i quali soddisfino ai requisiti voluti dalla legge per esser testimoni, si è anche in questo riguardo accortisi a tener conto delle circostanze ed a contentarsi della dichiarazione di tali testimoni che per legge non sono propriamente adl, cioè a contentarsi di indizi anzichè di prove pienamente valide.

La testimonianza di cristiani e di altri infedeli, che negano anche le verità più importanti della religione, secondo la legge è da considerare a priori come priva di valore.

Il numero dei testimoni che per legge è necessario alla prova di una dichiarazione è diverso, secondochè sono oggetto del processo diritti patrimoniali (per es. richiesta di pagamento di debiti o della restituzione d'una proprietà) oppure altre cose. Nel primo caso la legge richiede per lo meno la testimonianza di due uomini, o di un uomo e due donne; basta un solo uomo, se la sua testimonianza è confermata con giuramento dalla parte che si fonda su di lui. Se invece non si tratta di denaro o di patrimonio, la legge richiede: 1) se si tratti di cose che di regola sono note soltanto agli uomini (contratto di matrimonio, vendetta, debito di sangue e così via), due testimoni maschi; 2) in questioni in cui comunemente sono competenti solo le donne (come difetti fisici delle donne, parentela di latte, parto e così via) la testimonianza di quattro donne, o di un uomo e due donne.

Tutto ciò vale solo in quanto il processo si riferisce ad un Hakk àdami; giacchè se è da apportare una prova per un Hakk Allàh, sono richiesti di regola due testimoni maschi.

Il giuramento nel processo vale come mezzo probatorio soprattutto in due casi: se il convenuto nega il fondamento dell'azione e l'attore non può portare alcuna prova, quest'ultimo deve essere respinto se il convenuto giura che l'azione è infondata. Questo giuramento è richiesto al convenuto dal giudice a richiesta dell'attore. Se il convenuto rifiuta di prestarlo, allora l'attore ottiene ragione, presupposto che egli a sua volta giuri la fondatezza della sua azione. In secondo luogo il giudice può deferire il giuramento ad una delle ^{due} parti a confermare e ad attribuire efficacia probatoria a dichiarazioni di un solo testimone maschio.

Inoltre è ammesso nella legge uno speciale giuramento nel caso che alcuno sia stato ucciso, ed il suo parente più prossimo designi come autore una o più persone, senza però potere provare la loro colpa. Se, tenute presenti le circostanze in cui è avvenuta l'uccisione, è verosimile che l'attore abbia ragione, ed egli giura 50 volte di seguito che egli dice la verità, allora l'accusato (oppure il suo Akilah) deve pagare il prezzo del sangue. Se una tale supposizione a favore dell'attore non appare fondata, allora l'accusato è assolto, dato che egli a sua volta giuri 50 volte di seguito la sua innocenza. Il giuramento di 50 volte dell'attore ha conservato nei libri di Fikh l'antico nome arabo Kasànah .

Nell'Islam non si ha propriamente prescrizione, per lo meno non nel senso che un Musulmano, per il semplice trascorrimento di un certo tempo, possa acquistare proprietà od altri diritti, o liberarsi da una obbligazione. Tuttavia i Fakh ammettono che a nessuno si possa attribuire il diritto di differire a sua volontà l'esercizio della sua ragione, poichè allora in fine sarebbe impossibile alla controparte di difendersi da una eventuale richiesta (per es. per morte di tutti i testimoni).

Si da dunque il caso che l'attore senza valide ragioni non faccia valere per un tempo straordinariamente lungo le sue ragioni, allora ciò, secondo l'opinione dei Fikh, è da ritenersi come una prova che la sua domanda non è fondata. Il giudice deve quindi res-pingere l'azione per prescrizione del diritto.

Come pare, nella pratica giuridica musulmana in generale non si è sentito molto il bisogno di norme riguardanti la prescrizione. Soltanto pochi libri di Fikh e raccolte di Fatwa menzionano la prescrizione. Inoltre il tempo della prescrizione non è del tut=

to determinato. Esso secondo alcuni Fakih ammonta a trenta anni più o poco più (dunque quasi una generazione); invece, secondo l'opinione di altri, a quindici anni, e ciò in base ad una ordinanza dei sultani turchi, i quali verso la fine del secolo XVI stabilirono che i giudici nel loro ufficio non potessero riconoscere come fondata alcuna domanda, se risultava che l'attore senza buone ragioni non l'avesse fatto valere per quindici anni.

Infine è ancora da avvertire che la sentenza emanata dal Kadì è per le parti decisiva in modo definitivo; un appello è quindi escluso.
