Istituzioni di diritto musulmano malichita / con riguardo anche al sistema sciafiita... / David Santillana

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Santillana / David / 1855-1931 / 0070. Istituzioni di diritto musulmano malichita / con riguardo anche al sistema sciafiita... / David Santillana. [s. d.].

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

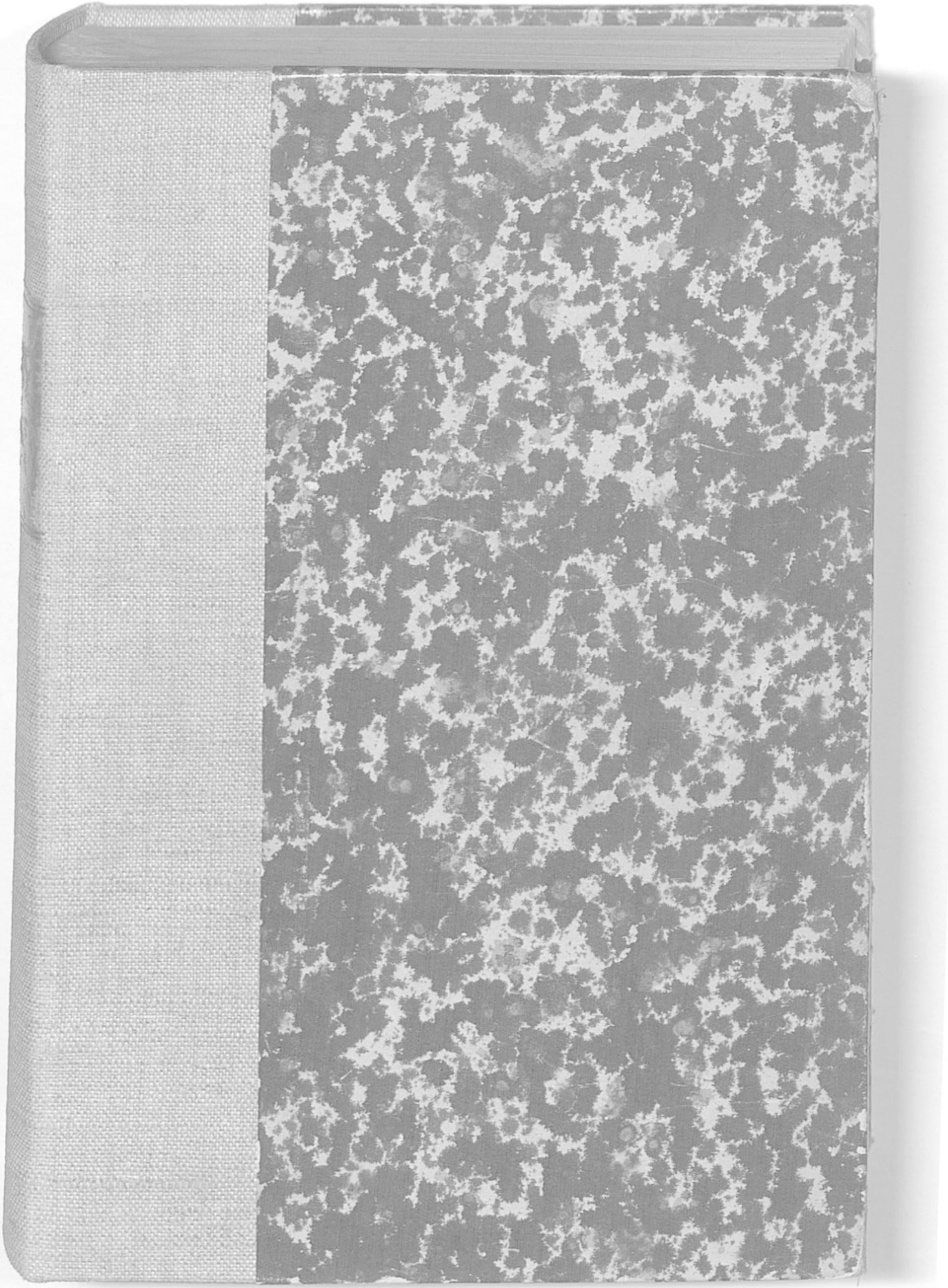
 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

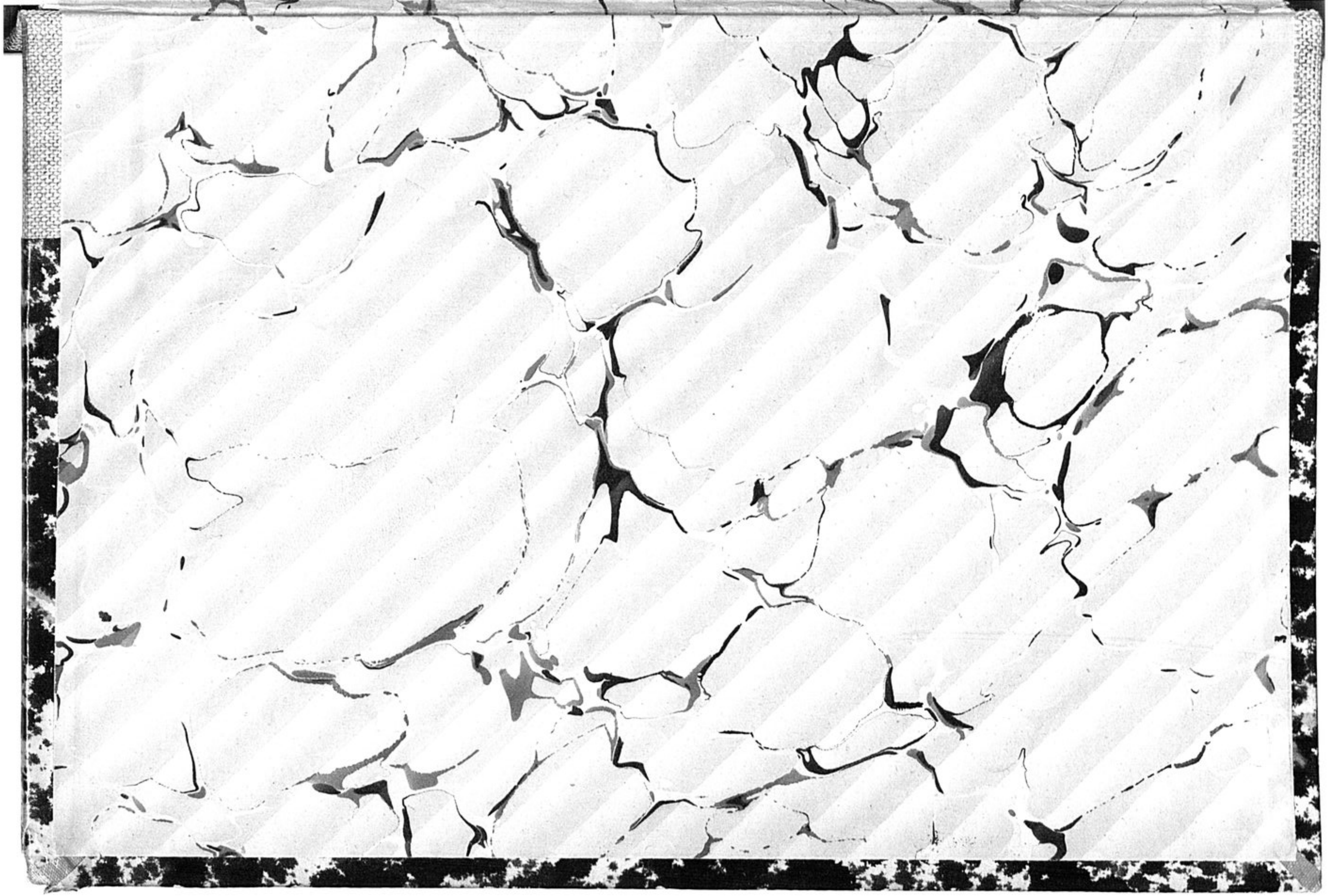
5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France



PUBBLICAZIONI DELL' ISTITUTO PER L' ORIENTE

DAVID SANTILLANA

ISTITUZIONI DI DIRITTO MUSULMANO MALICHITA

con riguardo anche al sistema sciafiita

VOLUME II.

TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI — LE SINGOLE OBBLIGAZIONI
IL DIRITTO EREDITARIO — IL DIRITTO GIUDIZIARIO — INDICI

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE · IMPRIMÉS · R.F.

ROMA
ISTITUTO PER L' ORIENTE
VIA LUCREZIO CARO, 67

PUBBLICAZIONI DELL' ISTITUTO PER L' ORIENTE

DAVID SANTILLANA

ISTITUZIONI DI DIRITTO MUSULMANO MALICHITA

con riguardo anche al sistema sciafiita

VOLUME II.

TEORIA GENERALE DELLE OBBLIGAZIONI — LE SINGOLE OBBLIGAZIONI
IL DIRITTO EREDITARIO — IL DIRITTO GIUDIZIARIO — INDICI

I. P. O.

2249.

4° Z
4295
(19)

ROMA
ISTITUTO PER L' ORIENTE
VIA LUCREZIO CARO, 67

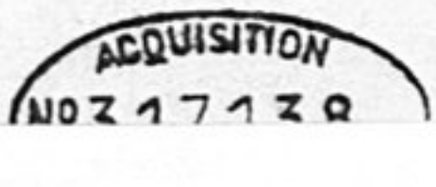
F

PROPRIETÀ LETTERARIA

Copyright by Istituto per l'Oriente

Stampato in Italia

Roma — Tipografia del Senato del dott. G. Bardi — 1938-XVI.



D. SANTILLANA

ISTITUZIONI DI DIRITTO MUSULMANO

AVVERTENZA

La stampa di questo volume, per un succedersi di incidenti che sarebbe troppo lungo accennare, è durata parecchi anni.

Morto l'autore il 12 marzo 1931, si è dovuto pubblicare l'ultima parte del volume (Libro XVI, Diritto giudiziario) nella forma in cui si trova il manoscritto. Manca cioè l'elaborazione definitiva. La cura della stampa, l'indice analitico, l'indice dei giuristi, la revisione di punti oscuri del manoscritto sono stati compiuti, sotto la guida di Carlo Alfonso Nallino, dalla dott.ssa Laura Veccia Vaglieri. Alla quale la Presidenza dell'Istituto per l'Oriente tiene ad esprimere pubblicamente la sua gratitudine per l'intelligenza, la cura e la pazienza con cui ha degnamente assolto l'incarico affidatole.

LIBRO VII

LE OBBLIGAZIONI
TEORIA GENERALE

Che cos'è la obbligazione ? Come nasce, come vive e si trasforma, come si estingue ? A queste domande risponde la dottrina generale delle obbligazioni; la parte speciale tratta delle forme particolari che assumono le obbligazioni singolarmente considerate.

TITOLO I.

Delle obbligazioni in generale.

CAPITOLO I.

Concetto dell' obbligazione.

§ **1.** Quel distacco preciso che da noi si fa tra diritti reali e diritti di obbligazione non si presenta cosí spiccato nel sistema musulmano (Lib. VI, §§ 2–3) [1]. Diritti reali ed obbligazioni fanno parte, gli uni e le altre, del concetto generale di patrimonio (" māl "), sono diritti patrimoniali (" ḥuqūq māliyyah ") che vengono considerati nella loro unità rispetto alla persona cui quel patrimonio appartiene. Questo concetto generico del patrimonio ha reso meno evidente la distinzione formale dei due elementi onde è costituito, e, sì per l'uno che per l'altro, ha impedito che la dottrina conseguisse quello sviluppo che ha in altri sistemi.

Ciò non toglie che i giuristi musulmani abbiano analizzato esattamente il fatto sociale da cui si genera la obbligazione: la convivenza civile, la differenza di attitudini tra un uomo e l'altro, il bisogno di reciproca assistenza che ne deriva, il conseguente scambio

[1] Van den Berg, p. 70.

di servigi e di prodotti sono il fondamento e la materia ad un tempo dei negozi patrimoniali (" mu'āmalāt "), ossia delle obbligazioni civili e commerciali (Lib. I, § 8). Dovevano quindi quei giuristi esser tratti naturalmente a distinguere i rapporti obbligatori dai rapporti reali, e, benchè meno precisa che non sia nei nostri sistemi, la distinzione si presenta tuttavia con non minore evidenza, poichè fondata sulla natura stessa delle cose.

§ **2.** Infatti i giuristi delle varie scuole [2] distinguono benissimo il diritto reale, che è un rapporto immediato d'una persona verso una cosa (" ḥaqq muta'alliq bi 'l–'ayn "), dal rapporto di credito di una persona verso un'altra (" ḥaqq muta'alliq bi 'ḏ–ḏimmah "). Analizzando la obbligazione, un Ḥanafita, al–Ḥamawī, distingue la obbligazione o piuttosto il vincolo obbligatorio (" dayn ") dal suo oggetto: " 'ayn " è l'oggetto individualmente determinato, la *species*, in cui consiste la prestazione dovuta dal debitore; " dayn " è il diritto patrimoniale (debito o credito) che investe la persona [3], o, come dicono gli Arabi, vincola la " ḏimmah ".

Trascriviamo qui dalla nostra versione di Ḫalīl [4]: " dayn " è ogni obbligazione che dà origine ad una azione di credito, « perchè questi (debiti) non sono presso di lui (debitore), ma sopra di lui (a suo carico) » (az–Zurqānī, VI, 104; ad–Dardīr, III, 361), salvo che l'uso comprenda in quell'espressione ogni specie di obbligazione, qualunque ne sia la causa. I giuristi islamici distinguono: 1° l'obbligazione di dare ("dayn fī 'l–'ayn "), che ha per oggetto una cosa determinata, non fungibile (" 'ayn "), per esempio il deposito, il comodato, la conduzione di una cosa individualmente determinata ecc., che dà luogo ad una azione reale (*condictio*), tendente ad ottenere la prestazione di quella cosa; 2° dalla obbligazione, che ha per oggetto

---

[2] Ḫalīl, XXI, nota 30, p. 403 ; Bannānī, VIII, 203; Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, II, 44, 209, n. 6; *Maǵma' al–anhur* ed altri cit. nel comment. alla *Maǵallah*, a. 612 e 1572.

[3] Cf. la definizione del mutuo in Ḫiršī, V, 228: " al–qarḍ daf' mutamawwal muta'alliq bi–ḏimmah "; in gen. *al–Ḥāwī* ap. Ibn Nuǵaym, II, 209: " ad–dayn 'ibārah 'an māl ḥukmī yaḥduṯu fī 'ḏ–ḏimmah bi–bay' aw istihlāk aw ġayrihimā ", ed anche *Nihāyah*, ib., 209: " ad–dayn . . . wuǵūb māl fī 'ḏ–ḏimmah, badal[an] 'an šay' āḫar, fa 'l–ḫarāǵ dayn li–annahu badal 'an manāfi' al–ḥifẓ ".

[4] Lib. XXI, n. 16 e nota 60, alle parole del testo: « Se il creditore libera il debitore " da quanto si trova presso di lui ", egli sarà liberato da quanto deve a titolo fiduciario (" amānah ") . . . , ma non dai debiti (" dayn ") propriamente detti ».

una cosa generica e dà luogo ad un'azione di credito o azione personale (mutuo, vendita ecc.), e che si chiama " dayn fī 'ḏ–ḏimmah " ed anche " dayn " (debito), e che fa carico alla " ḏimmah " del debitore.

La " ḏimmah ", fondamento della obbligazione, è, dice Ibn 'Āṣim, « la qualità (o modo di essere) per cui (taluno) è idoneo ad obbligarsi (verso altri) o ad obbligare altri (verso sè) » (" waṣf qāma yaqbilu al–iltizām wa 'l–ilzām "); in altri termini è la personalità giuridica per cui taluno è capace di contrarre un'obbligazione attivamente o passivamente (Lib. I, § 9, II) [5].

La *personalità* è pertanto il primo carattere distintivo di questa categoria di diritti patrimoniali che è l'obbligazione.

Il secondo è l'indole *coattiva* [6] dei rapporti che ne derivano. La coazione (" ilzām, ġabr "), ossia il potere di costringere colui che ha assunto l'obbligo ad eseguirlo, è infatti quanto distingue la obbligazione (" iltizām ") dalla semplice promessa (" wa'd "); la obbligazione differisce dalla promessa, dicono i giuristi, in quanto si esplica mediante l'azione (" muṭālabah, da'wà ") [7] ed implica sempre, da un lato, diritto a costringere e, dall'altro, necessità di fare quanto è richiesto [8] da chi ha quella facoltà.

Per questo riguardo è assai istruttiva la controversia sorta tra i due principali seguaci di Abū Ḥanīfah intorno agli effetti della delegazione ("ḥawālah ") [9]: Abū Yūsuf riteneva che la delegazione trasmetta la obbligazione delegata (" naql ad–dayn "); secondo Muḥammad, invece, quello che si trasmette mediante la delegazione è solo l'*azione* (" naql al–muṭālabah "), perchè la obbligazione per se stessa non è suscettiva di trasmissione: « un debito (obbligazione)

---

[5] Ibn 'Āṣim, v. 1018, 1024; Tasūlī, II, 147; Mayyārah, II, 79, 80; Dasūqī, III, 184; Zurqānī–Bannānī, V, 216–217; Ibn Nuġaym, II, 53; Ḥamawī, II, 44, 210–211; I, 355, 3; Ḫirṣī, V, 217 e 'Adawī ad loc.; *Maġallah*, a. 158; Ġazālī, *Mustaṣfà*, I, 83–84; Ġurġanī, s. v. " ḏimmah "; Ibn Farḥūn, I, 273.

[6] "ilzām ", Ḫiršī–'Adawī, V, 217; " qahr " nelle frasi seguenti: " yastawġibu 'alayhi 'iwaḍan 'alà sabīl al–qahr ", Ḥamawī, II, 56, n. 2; " yastaḥdimuhu qahran bi 'aqd al–iġārah ", ibid. Ed anche " ġabr ", Ḥamawī, II, 42, n. 2, 4; 71, n. 3 Cf. anche la frase " 'aqada 'alà nafsihi " nel senso di " iltazama ", Mayyārah, II, 216; Tasūlī, II, 292.

[7] Ibn Nuġaym, II, 44; *Maġallah*, a. 158, 673.

[8] Ġazālī ap. Ḥamawī ad Ibn Nuġaym, II, 209: " ad–dayn waṣf šay' yaẓhuru aṯruhu fī 'l–muṭālabah "; cf. *Digest.*, 44, 7, 3 pr., 42 § 1.

[9] Ḥamawī ad Ibn Nuġaym, II, 48; cf. *Maġallah*, a. 673.

è un concetto astratto (che esprime la condizione) di chi si trova obbligato, e non si può concepire che s'incorpori nel patrimonio del delegatario in quanto è per se stesso (solo un vincolo) che fa carico ad una " ḏimmah " »[10].

Questa necessità giuridica deriva dal concetto etico–religioso della " ḏimmah ". Nell'antica Arabia " ḏimmah " equivaleva a " ǵiwār ", l'atto con cui si assicurava taluno contro ogni offesa, ed implicava per chi l'assumeva un debito di onore e di coscienza, una promessa solenne e indeclinabile di tutela e protezione[11]. Nel nuovo diritto creato dall'Islām, la parola " ḏimmah " rimane ad indicare il dovere di chi ha assunto una obbligazione e con ciò ha vincolato la propria fede[12]; dovere morale e giuridico ad un tempo.

Questo duplice lato dell'obbligazione, sia attivo che passivo, è bene espresso dalla lingua: " ġarīm " significa ad un tempo creditore e debitore, come *reus* in latino (*reus debendi – reus credendi*); " dayn " è il debito, ma anche il credito, come *obligatio* in latino, sicchè quando si dice " dayn " occorre aggiungere qualcosa che specifichi se si tratti di un rapporto attivo o passivo, e si dice " lahu dayn " « egli ha una obbligazione » cioè è creditore (*reus credendi*), " 'alayhi dayn " « è a suo carico una obbligazione », « egli è debitore ».

Possiamo pertanto definire la obbligazione del diritto musulmano ad un dipresso come nel nostro diritto: un negozio in virtù del quale una persona è tenuta verso un'altra a compiere una prestazione patrimoniale, e può anche esservi costretta nei modi di legge in caso d' inadempienza.

CAPITOLO II.

Elementi costitutivi dell' obbligazione.

§ **3.** Ogni obbligazione suppone necessariamente:

1° Due subietti almeno, cioè una persona astretta ad una certa prestazione, ed un'altra verso cui esiste l'obbligo di adempierla.

---

[10] " ad–dayn amr i'tibārī fī 'ḏ–ḏimmah fa–kayfa yutaṣawwaru duḫūluhu fī milk al–muḥāl ma'a kawnihi fī 'ḏ–ḏimmah ".

[11] Per esempio, Buḫārī, *kafālah*, n. 4; *Cor.*, IX, 8, " ties of clientship " (Palmer); cf. Lane, s. v.; Dozy, s. v.; Perron, *Khalīl*, III, 491; IV, 122; V, 546.

[12] Ibn 'Āṣim, v. 1392; cf. le espressioni frequenti negli atti legali: " hāḏā fī ḏimmatī " « ne assumo l'obbligo, ne rispondo »; " fī ḏimmatihi ilà fulān " « egli è debitore verso il tale »; " 'ammara ḏimmatahu " « egli ha assunto l'obbligo di . . . ».

2° Un obietto, che è appunto la prestazione cui l'obbligato è tenuto e che l'altra parte ha il diritto di esigere.

3° Una causa o fonte da cui deriva il vincolo.

Questi elementi, senza i quali non si concepisce l'esistenza dell'obbligazione, si chiamano " šurūṭ " (condizioni o requisiti [di esistenza]).

SEZIONE I. — Subietti.

§ **4.** Subietti dell'obbligazione[13] sono la parte che ha il diritto di esigere la prestazione, o *creditore*, e quella che vi è tenuta, o *debitore*. La parola araba " ġarīm ". come il latino *reus*, significa tanto l'uno quanto l'altro. Per maggiore chiarezza, il creditore vien detto anche " rabb al–māl " = colui a cui spetta il capitale, lett. *padrone del capitale*; " rabb ad–dayn " = *padrone* (cioè colui a cui spetta) *del credito*, " ṭālib " = *colui che richiede*, *petitor*, cioè colui cui spetta l'azione. Il debitore si dice anche " maṭlūb " = *convenuto*, colui contro il quale si dirige l' azione o la domanda, " madīn " = *colui che deve*.

Un debitore da un lato, un creditore dall'altro: ecco dunque la forma tipica di ogni obbligazione. Ma può avvenire altresì che il creditore o il debitore siano indeterminati (indeterminazione del subietto) oppure che il creditore o il debitore, oppure tanto il creditore quanto il debitore, siano più di uno (pluralità dei subietti).

§ **5.** A) *Subietto indeterminato.*

La obbligazione ha subietto indeterminato quando una persona diventa creditrice o debitrice solo per il fatto che si trova in un certo rapporto con una cosa cui è annesso il debito od il credito, per modo che, cessando quel rapporto, la persona cessa d'essere debitrice o creditrice:

a) Colui che, per negozio tra vivi o in virtù di un legato, viene a trovarsi in possesso di un fondo sottoposto ad un certo canone in favore di un ente (fondazione pia o " waqf ", " bayt al–māl " ecc.) è tenuto *hoc ipso* al canone stabilito, che cessa rispetto a lui se il fondo passa ad altri; cosí ad esempio il " ḫarāǧ " o imposta fondiaria [14].

---

[13] Cf. *Maǧallah*, a. 158, 673, 1066, 1068; Ibn Nuǧaym, II, 44.

[14] Māwardī, 136, 6; cf. *Mud.*, X, 104; XIV, 161; Dimašqī, I, 108; *Digest.*, 39, 4, 7 pr.; *Cod.*, IV, 47, 2–3.

b) Il padrone dello schiavo delinquente può liberarsi dal risarcimento dovuto consegnando lo schiavo colpevole a colui che ha sofferto il danno [15]; se la proprietà dello schiavo passa ad altri, per qualunque ragione, la responsabilità per il danno si trasferisce al nuovo possessore e questi a sua volta può liberarsene abbandonando lo schiavo *pro noxa* (Lib. IV, § 19 in m.).

c) Il derubato ha azione contro chiunque si trovi in possesso della cosa furtiva [16]; il detentore di questa, anche di buona fede, si trova così tenuto alla restituzione solo pel fatto di essere in possesso della cosa e se ne libera rilasciandola.

Questi esempi, che un'ulteriore indagine potrebbe ampliare, dimostrano che la obbligazione può avere un subietto indeterminato; è quella cioè in cui l'obbligo della prestazione grava non sulla persona, ma sulla cosa e segue questa nei suoi trapassi, di guisa che creditore o debitore si trova ad essere colui che è in possesso della cosa.

§ **6.** B) *Pluralità dei subietti.*

Non sempre sono in presenza un solo creditore e un solo debitore; i creditori o i debitori, ed anche tanto gli uni quanto gli altri, possono essere più d'uno.

Quando più persone sono debitrici o creditrici congiuntamente della stessa prestazione, il vincolo è unico solo in apparenza. In realtà, la obbligazione si divide in tante obbligazioni, attive e passive, quante sono le persone che, attivamente o passivamente, vi figurano [17].

È quanto avviene nella successione *causa mortis*; il credito o debito si divide tra gli eredi in proporzione della loro quota; l'obbligazione primitiva con subietto unico diventa una obbligazione con più subietti.

Così pure quando alla costituzione dell'obbligazione hanno partecipato più persone. La obbligazione si divide di regola tra coloro che hanno concorso, attivamente o passivamente, a crearla [18].

La divisione è la regola quando più persone partecipano ad una obbligazione. In altri termini, nessuno può pretendere o nessuno deve dare più della sua quota personale.

---

[15] Ḫalīl, XXXV, n. 203.

[16] *Mud.*, XVI, 86, 89. È l'*actio in rem scripta* del diritto romano.

[17] Cf. Ḫalīl, X, not. 647.

[18] Compra-vendita: Ḫalīl, X, n. 128 in f.; XVIII, n. 19-21; Dardīr-Dasūqī, III, 299; Zurqānī, VI, 33-34; Ḫiršī, VI, 31-32; *'Amaliyyāt*, pp. 224-225. Fideiussione: Zurqānī, VI, 33-34; Ḫalīl, XVIII, n. 19; Ḫiršī, VI, 32; cf. *Maǵallah*, a. 432, 1113. Quasi delitti: Zurqānī, VIII, 119; Ḫalīl, XXXVII, n. 107.

Ma può avvenire altresí che, pur essendo più d'uno i creditori o i debitori, l'oggetto della obbligazione sia individuale. In questo caso è evidente che la prestazione non può farsi che per intero a ciascuno o da ciascuno degli interessati; la obbligazione diventa indivisibile per la natura del suo oggetto.

Cosí ad esempio, se più persone posseggono un fondo in comune e lo concedono a titolo di colonía parziaria (" musāqāh "), è evidente che le prestazioni nascenti da questo contratto sono da considerare come un tutto indivisibile riguardo ai vari proprietari.

Altre volte la indivisibilità dipende dalla volontà delle parti (convenzione) o dalla legge. Le parti possono aver stipulato, o la legge aver stabilito, benchè l'oggetto sia per sè divisibile, che ognuno degli interessati avrebbe il diritto di chiederlo o l'obbligo di prestarlo per intero, come se fosse solo: « uno per tutti, tutti per uno », secondo la formula araba [19].

a) *Per convenzione* [20], quando più persone si obbligano separatamente a fare la stessa prestazione; Tizio stipula da Caio una somma di 100, poi da Sempronio la stessa somma di 100. Lo stesso avviene quando collo stesso atto più debitori si obbligano verso una medesima persona a compiere la stessa prestazione, oppure un debitore dichiara di obbligarsi verso più persone collettivamente. Parimenti quando più persone congiuntamente e per conto comune contraggono un negozio giuridico dichiarando di garentirsi reciprocamente [21].

b) *Per legge* [22]: coloro che hanno conferito mandato ad un terzo di conchiudere un negozio nel loro interesse comune rispondono solidalmente dell'operato del mandatario; i coautori di un delitto rispondono correalmente del prezzo del sangue o del risarcimento dovuto per i danni.

La solidarietà è pure di diritto:

1°) Quando più schiavi appartenenti ad uno stesso padrone hanno collettivamente concluso con lui un contratto di affrancamento

---

[19] Zeys, I, n. 345, pp. 231–232; *Maǵallah*, a. 635, 644–646.

[20] Ḫalīl, XVIII, n. 13, 20, 21; Dasūqī, III, 296, 299; Ḫiršī, VI, 28; Zurqānī, VIII, 153; *'Amaliyyāt*, 224–25.

[21] Ḫalīl, XVIII, n. 19 in f.; Ḫiršī, VI, 31; Dardīr–Dasūqī, III, 298–299; Zurqānī, VI, 33–34; *'Amaliyyāt*, l. c.; Ibn 'Āṣim, v. 256; Tasūlī, I, 175, 9 dal b.; Mayyārah, I, 121.

[22] *Mud.*, XVI, 101, 102, 104; cf. 128, 2 dal b.; Dardīr–Dasūqī, IV, 311 in f., 312; Ḫalīl, XXXVII, n. 90.

mediante riscatto (" kitābah "); ciascuno risponde per tutti gli altri in caso di non pagamento delle rate convenute [23].

2°) Per gli affari conchiusi dai soci di una società commerciale, costituita sotto il regime della solidarietà (" mafāwaḍah "); la solidarietà è di diritto, attivamente e passivamente, per tutti gli affari conchiusi dai soci nell' interesse della società [24], perchè nella società di quella specie è implicito il mandato reciproco.

§ **6**bis. Come si regolano i rapporti tra le parti, quando un creditore solidale ha riscosso tutto o parte del credito, o quando un debitore solidale ha pagato il debito in tutto o in parte ?

I. *Solidarietà tra i creditori* [25]. Quando un coerede ha transatto intorno ad un credito, il suo coerede può, aderendo alla transazione, partecipare a quanto il primo ha ricevuto in forza del contratto, quasi egli fosse creditore solidale.

Quando un titolo di credito è concepito a nome di più persone, tutti i creditori ivi nominati possono chiedere la loro parte di quanto vien riscosso da uno di essi, poichè si presume che esista solidarietà tra di loro. È invece controverso il diritto degli altri creditori a partecipare a quanto viene riscosso da uno di essi, se, pur essendo unico il titolo, non esiste società o comunione tra i creditori [26].

Quando invece il credito è rappresentato da più titoli diversi [27], la solidarietà non si presume, anche se l'affare che ha dato origine al credito sia unico.

Da ciò si può desumere la regola seguente: Il ricorso di un creditore contro gli altri per ottenere una parte di quanto questi hanno incassato sul credito dipenderà dalla natura del credito medesimo; sarà dunque ammissibile se il credito è comune, e quindi sia da presumere la solidarietà; non sarà ammissibile quando la solidarietà sia da escludere (per esempio, quando il credito unico è rappresentato da tanti titoli di credito distinti).

---

[23] *Muwaṭṭa'*, III, 263; Ḫalīl, XXXVIII, n. 74; Dardīr–Dasūqī, IV, 349; Zurqānī, VIII, 153; *'Amaliyyāt*, 530.

[24] *Mud.*, X, p. 158; Ḫalīl, X, n. 128 in f.; Ḫiršī, V, p. 149; Zurqānī, V, 151; Dardīr–Dasūqī, III, 118.

[25] *Mud.*, XI, 7–8; XIII, 61–62, 108; Ḫalīl, XVI, n. 10; Dardīr–Dasūqī, III, 281–282; Ḫiršī, VI, 12–13; cf. Ibn Nuġaym, II, 212.

[26] Ḫalīl, l. c.

[27] *Mud.*, XIII, 61–62: Ḫiršī,, l. c., p. 14; Ḫalīl, l. c.

II. *Solidarietà tra i debitori.* Il regresso dei debitori gli uni verso gli altri è ugualmente determinato dalla natura del negozio: se questo è comune tra i debitori, il debitore che ha pagato ha regresso contro gli altri per la parte di debito spettante a ciascuno[28].

Quando il negozio riguarda unicamente uno dei debitori, colui che ha pagato può rivolgersi, per essere rimborsato, alla persona nel cui interesse ha agito; è il caso, per esempio, del fideiussore che paga per il debitore principale, del mandatario obbligato assieme al mandante e che ha pagato per lui [29].

Quando, invece, l'affare non è comune, il regresso è escluso; così, tra più fideiussori non solidali tra loro, chi ha pagato non può rivolgersi agli altri per essere rimborsato.

SEZIONE II. — Oggetto.

§ **7.** All'esistenza dell'obbligazione è necessario un obietto, cioè una prestazione cui è tenuto il debitore ed in cui si concreta l' adempimento.

I. L'obietto dev'essere *certo*. L'incertezza della prestazione, quando sia tale da lasciare indeterminato il contenuto dell'obbligazione, impedisce il sorgere del vincolo obbligatorio [30].

La determinatezza può essere, tuttavia, più o meno precisa.

La obbligazione (" dayn ") è determinata (" mu'ayyan ") quando l'oggetto è individualmente determinato (" 'ayn " = *species*, *res certa*), per esempio quel tale cavallo, quel certo fondo. A questa categoria appartengono le obbligazioni nascenti dal deposito, dal comodato, dal " qirāḍ " o accomenda [31].

Altre volte, l'oggetto della obbligazione è determinato genericamente (" dayn fī 'ḏ–ḏimmah "), come avviene quando si stipula o si promette una cosa o una quantità di cose, fungibili o non fungibili, determinate solo per la loro qualità, per esempio: « una bestia

---

[28] Ḫalīl, XVIII, n. 21; Dasūqī, III, 300–301; Ḫiršī, VI, 32–33; Zurqānī, VIII, 153; *P. C. T.*, a. 1738.

[29] Ibn 'Aṣim, v. 265; Tāwudī–Tasūlī, I, 183–184; *P. C. T.*, a. 1736.

[30] Ḫalīl, XXXV, n. 35 e not. 97; X, n. 11 e sg.; Mayyārah, I, 17–18; Tasūlī, I, 27; Zurqānī, V, 24–25; *P. C. T.*, a. 68.

[31] Zurqānī, V, 161; Dasūqī, III, 291.

da soma », « una delle mie case di abitazione », « dieci staia di grano duro » [32].

L'importanza di questa distinzione si vede specialmente nei casi di perimento. L' obbligazione individualmente determinata (" mu'ayyan fī 'ḍ–ḍimmah ") si estingue col perimento del suo oggetto, se ciò avvenga per una causa indipendente dalla volontà del debitore; la obbligazione generica (" maḍmūn fī 'ḍ–ḍimmah ") non si estingue col perimento anche per causa fortuita o di forza maggiore, perchè il genere non può perire e, mancando uno degli individui compresi in quello, il creditore può esigere ed il debitore si può sempre liberare mediante una cosa della stessa specie [33]; la obbligazione si dice quindi *assicurata* o *garantita* (" maḍmūn ").

Un caso importante d'indeterminatezza è quello della *obbligazione alternativa* [34], cioè quella in cui il debitore deve dare una od un'altra tra più cose determinate. La scelta (" iḫtiyār "), di regola, spetta al creditore [35]; ma non è escluso che in certi casi possa spettare al debitore, per esempio, nell'azione promossa contro il padrone per delitti commessi dal suo schiavo (corrispondente all'azione nossale del diritto romano); il padrone può liberarsi sia consegnando lo schiavo delinquente, sia pagando il risarcimento dovuto.

Finchè il creditore non abbia operato la scelta, il rischio della cosa dovuta spetta al debitore. Se il creditore si è fatto consegnare le cose allo scopo di scegliere e quelle periscono mentre le ha in consegna, il creditore risponde di una delle cose di cui era detentore [36].

La obbligazione è *divisibile* [37] quando la prestazione, che ne è oggetto, può essere divisa senza che la natura ne sia modificata; questa obbligazione può quindi adempiersi, come può estinguersi, parzialmente. *Indivisibile* è quella che non comporta nell'adempimento simile divisione per parti, per esempio, la servitù di passaggio, l'ob-

---

[32] Ḫalīl, XVIII, 5 e not. 17; cf. Ibn 'Āṣim, v. 1017 (testo arabo); Zurqānī, V, 161; Mayyārah, II, 79; Dardīr–Dasūqī, IV, 96 pr.; cf. *Digest.*, 12, 1, 2 § 1; 19, 2, 31 pr.; *Instit.*, III, 14 pr.

[33] Ḫalīl, X, n. 94, not. 445; XXIX, n. 2 e not. 7–8; cf. *Digest.*, 18, 1, 35 § 7; 18, 6, 1 § 1; 5, 14 § 1.

[34] Zeys, II, p. 27.

[35] Cf. *Mud.*, IV, 45; *secus Digest.*, 12, 6, 32 § 3; *Inst.*, IV, 6, 33.

[36] *Mud.*, IX, 32 sg., Ḫalīl, X, n. 106, 107; Zurqānī–Bannānī, V, 124, 6 dal b., 125; Ḫiršī, V, 123.

[37] Cf. *Mud.*, XI, 91, 92 pr., 98 in f., 135, 151–152 pr.; Dasūqī, IV, 25, 55, 59; Ḫalīl, XXX, n. 1 e not. 5, 8, 10.

bligazione di fare un certo lavoro (scavamento di un fosso, costruzione di un edificio, trovamento di una cosa smarrita ecc.), in cui l'adempimento è costituito dal risultato finale; in questi casi l'obbligazione non può eseguirsi nè estinguersi per parti.

§ **8.** II. L'oggetto dell'obbligazione deve avere uno *scopo valido* ("ġaraḍ ṣaḥīḥ "), il che significa che deve:

a) rappresentare un valore od utilità (" manfa'ah ") patrimoniale effettiva, poichè sono *beni* (" māl ") solo quelle cose che hanno valore economico; un semplice interesse morale o di affezione non è un *bene* (" māl ") nel senso giuridico e non può essere oggetto valido di obbligazione. Del pari non è *bene* (" māl ") ciò che non ha una utilità valutabile e permanente; sarebbe derisoria una obbligazione che avesse per oggetto un chicco di grano, un carbone ardente (cf. Lib. I, §§ 8–9; VI, § 1), poichè le obbligazioni derivano dalla convivenza sociale ed hanno per scopo di provvedere ai bisogni effettivi dell'uomo [38];

b) è anche necessario, per la *validità* dell'obbligazione, che l'obietto ne sia *possibile*, sia fisicamente, sia giuridicamente.

Fisicamente, sono impossibili quelle prestazioni che per legge di natura o, come dicono gli Arabi, per la consuetudine seguìta da Dio nella sua creazione (" sunnat Allāh fī ḫalqihi "), non hanno oggetto effettivamente esistente, o non si possono compiere dall'uomo o da quella determinata persona che ha assunto l'obbligo; una obbligazione di tal fatta è nulla, poichè manca di scopo valido [39].

Giuridicamente, la impossibilità che proviene da un divieto della legge si equipara a quella che si fonda nella natura. « Ciò che giuridicamente è impossibile è pari a ciò che è fisicamente impossibile » [40]. Quindi non ha efficacia:

a) l'obbligazione avente per oggetto una cosa sottratta al commercio per la sua natura o per disposizione di legge (lo stato di libertà, i diritti derivanti dalla paternità, dal patronato, dal matrimonio, le cose comuni a tutti, le cose pubbliche, le cose vietate come impure) (cf. Lib. VI, §§ 6–10);

---

[38] Ḫalīl, XXIX, n. 28, not. 93; Zurqānī, V, 16 sgg.; VII, 21–22; Dardīr–Dasūqī, IV, 18; Mayyārah, I, 19, 2; Tāwudī, I, 30; cf. Ḥamawī ad Ibn Nuġaym, II, 209, not. 6; Sachau, p. 279 n. 1, p. 609 n. 1; Juynboll, § 57; Schmidt, *Occupatio*, p. 39; *P. C. T.*, a. 3, 137, 853.

[39] *Cor.*, II, 96; Ḫalīl, XXI, n. 17; X, n. 4, § 3; Dasūqī, II, 301–302; IV, 148; Tasūlī, I, 30, 85; Zurqānī, V, 16–17, 34; cf. Ibn Nuġaym, I, 231; II, 25; *ad-Durr al-muḫtār*, VI, 381; *Digest.*, 44, 7, 1 § 9, 10; 50, 17, 185.

[40] Zurqānī, V, 20.

b) l'obbligazione avente per oggetto un fatto contrario alla legge; e con ciò s'intende non solo la legge morale e religiosa dell'Islām, ma anche quella legge naturale che è comune a tutte le religioni ed è perciò da ritenersi compresa nella "šarī'ah" islamica (per esempio, il divieto dell'omicidio, del furto, dell'adulterio) [41]. È parimenti illecito il compenso dato alla meretrice o al prosseneta, a chi esercita le arti occulte (indovino, mago, astrologo) [42], il comodato o la vendita di armi destinate a servire contro i Musulmani, e via dicendo [43].

A queste convenzioni illecite si equiparano quelle fatte *in fraudem legis*, per esempio, quelle che hanno per scopo di eludere le leggi successorie od altre [44].

La musica ed il canto sono considerati divertimenti illeciti, o per lo meno riprovevoli, e tali quindi da non costituire oggetto valido di obbligazione [45].

L'obietto dell'obbligazione dev'essere *determinato*, o determinabile, non solo nella sua specie, ma anche nella sua qualità, per modo da non lasciare incertezza od alea da cui una delle parti possa trarre un lucro ingiustificato [46].

TITOLO II.

Fonti delle obbligazioni.

§ **9.** La libertà è lo stato naturale dell' uomo (Lib. I, § 9) [47]. Il presupposto della dottrina in materia di obbligazioni è quindi la inesistenza del vincolo: "al-aṣl barā'at aḏ-ḏimmah" [48], « di regola ognuno è libero da obbligazione », e chi pretende che altri sia tenuto

---

[41] Cf. Ibn Nuǵaym, II, 25.

[42] *Muwaṭṭa'*, III, 128; Buḫārī, *iǵārah*, n. 20.

[43] Ḫalīl, XXIII, n. 1–2; Zurqānī, V, 11–12; cf. *Mud.*, XI, 64; Ḫalīl, XXI, n. 3; XXIX, n. 28; Zurqānī, VII, 23.

[44] Ibn 'Āṣim, v. 311; Ḫalīl, XVI, n. 2 (a–b); Dardīr–Dasūqī, III, 273; *'Amaliyyāt*, 216–218.

[45] Buḫārī, *ašribah*, n. 6; *Mud.*, XI, n. 63; Ibn Māǵah, I, 202, 300; Ḫalīl, X, n. 16; XXIX, n. 30.

[46] Ḫalīl, X, §§ 11–14; XI, 11–12; XXIX, n. 31; Mayyārah, I, 17–18; Tasūlī, I, 27.

[47] Mayyārah, I, 17 in f., 18; cf. Ibn Nuǵaym, I, 89; *Maǵallah*, a. 8, 89, 1817–1819.

[48] Mayyārah, I, 17–18 pr., 23 sg.

verso di lui deve in primo luogo farne la prova, dimostrando una causa legittima (" sabab ") che abbia determinato l'esistenza dell'obbligo [49].

Questo fatto può essere sia la volontà dichiarata dal subietto di assumere un impegno giuridico verso altri, sia un fatto illecito da lui compiuto e da cui deriva per lui l'obbligo di risarcire il danno.

Sono dunque due ordini di fatti da cui possono derivare le obbligazioni:

a) dichiarazione di volontà;

b) fatto illecito.

La prima di queste fonti di obbligazioni si chiama dai Ḥanafiti *atto* (o *fatto*) *verbale* (" taṣarruf qawlī "), la seconda *atto* (o *fatto*) *concreto* o *effettivo* (" taṣarruf fi'lī ") [50]. I Malichiti seguono talvolta questa divisione, che è infatti assai comoda, e noi possiamo conservarla.

CAPITOLO I.

Fatti verbali o dichiarazione di volontà.

SEZIONE I. — Dichiarazione unilaterale.

§ **10.** Quando la dichiarazione è emessa dal solo obbligato, si dice unilaterale:

A) La dichiarazione unilaterale di voler fare una prestazione (dare o fare qualcosa) ad una persona indeterminata (per esempio, ai poveri, ad una moschea) o diretta a persona indeterminata, per esempio: « giuro » o « dichiaro in tal caso di affrancare uno schiavo », è, come la *pollicitatio* romana, una promessa (" wa'd ") « *offerentis solius promissum* » (*Digest.*, 50, 12, 3), la quale costituisce soltanto un obbligo di coscienza, ma non ha carattere giuridicamente obbligatorio (opinione dominante) [51], nel senso che non dà luogo ad azione per costringere il dichiarante a fare quanto ha enunciato.

---

[49] Dasūqī, III, 427, 13 dal b.; Ḫalīl, XII, n. 36; *Mud.*, IX, 18; XIV, 30–31; Buhārī, *rahn*, n. 6; cf. *P. C. T.*, a. 467, 650.

[50] *ad-Durr al-muḫtār*, IV, 234; *al-Ḥāwī*, ap. Ibn Nuǵaym, II, 209; *Muršid al-ḥayrān*, 168; cf. *Digest.*, 44, I, 1 pr.

[51] Zurqānī, VIII, 126; *'Amaliyyāt*, p. 402; *P. C. T.*, a. 19; Juynboll, § 58.

Ne è esempio una specie registrata nell'*al-Mudawwanah*: Due persone avevano contratto un "qirāḍ" (accomenda) stipulando che un terzo dei guadagni eventuali sarebbe devoluto a beneficio dei poveri. Ibn al-Qāsim decide che il patto è valido e che i soci avrebbero male operato non osservandolo, ma che il giudice non ve li può costringere. Ibn Nāġī ritiene che il patto non sia obbligatorio « nemmeno tra i soci e Dio », cioè nemmeno come obbligo di coscienza, ma che comunque non possa dar luogo ad azione giudiziaria, perchè stipulato a favore di persone indeterminate.

Un secondo caso in cui la dichiarazione unilaterale obbliga colui che l'ha emessa è la preposizione ("al-iḏn bi-'t-tiġārah") [52]. Colui che prepone un suo schiavo ad un negozio, ad un deposito di merci, ad un'officina, si obbliga tacitamente ad eseguire le obbligazioni contratte dal suo agente, perchè invita i terzi a contrarre con lui [53]. Ed è perciò che il contratto formato tra l'agente e i terzi estende la sua efficacia al preponente, nel limite del fondo di merci o del capitale affidato all'agente, secondo la teoria prevalente, o, secondo altri, per tutti gli affari contratti dall'agente. Avremo occasione di parlarne di nuovo nella parte speciale.

B) La dichiarazione unilaterale diretta a persona determinata, per esempio: « giuro » o « dichiaro che la mia casa sarà elemosina a beneficio del tale », ovvero « in questo caso "giuro" o "prometto" di affrancare lo schiavo Zayd », ha effetto giuridicamente obbligatorio [54].

C) Colui che fa un voto ("naḏr"), cioè promette a Dio di compiere un fatto di carattere religioso o di fare una prestazione avente scopo pio o benefico, assume un obbligo di coscienza, e quindi di carattere religioso, ma che ha inoltre effetti giuridici in quanto il promittente può essere astretto ad eseguirlo od a riscattarsi mediante una espiazione ("kaffārah") [55], salvo che si tratti di un voto illecito, cioè implicante la violazione di un precetto morale o religioso: questo voto sarebbe inefficace. Cosí sarebbe nullo il voto con cui si dispone della cosa altrui: « Se tal cosa avviene, faccio voto di

---

[52] Ḫalīl, XV, n. 12 sg.; XVIII, n. 2.

[53] Cf. *Digest.*, 15, 4, 1.

[54] Ibn Rušd ap. '*Amaliyyāt*, l. c.; Zurqānī, l. c.

[55] *Mud.*, III, 76–86, 111; *Muwaṭṭa'*, II, 333–334; Ḫalīl, VII, n. 9 sg.; Zurqānī, III, 92; Muslim, VII, 108 e Nawawī ad loc.; Buḫārī-Qasṭallānī, *aymān*, IX, 404; cf. *Digest.*. 50, 12, 2 pr.

consacrare a Dio la casa, o lo schiavo ecc., di Zayd ». Un voto simile non ha effetto [56] o, per lo meno, obbliga il promittente ad eseguirlo, se la cosa altrui diventa sua, per un evento qualunque.

La legge interviene in certi casi a mitigare le conseguenze eccessive di un voto [57]. Se Tizio fa voto che, avvenendo un caso determinato, egli consacrerà a scopo pio tutte le sue sostanze o tutti gli schiavi che possiede o tutto il suo gregge, e non possieda altro, Mālik decide ch'egli deve solo il terzo. Se Tizio avendo un solo schiavo, fa voto di darlo a Dio, egli è tenuto a venderlo e a darne il prezzo a titolo benefico, se lo ha indicato individualmente; se invece lo ha indicato genericamente, dovrà dare il terzo del ricavato.

D) Quando la dichiarazione unilaterale di volontà è diretta a persona incerta, ma suscettibile di determinazione, si ha una offerta o proposta (" īǵāb "), la quale, in certi casi, può dar origine ad una obbligazione [58]. Ne sono esempio:

a) la promessa di ricompensa [59] (" ǵu'l, ǵu'ālah "), fatta pubblicamente alla persona indeterminata che compirà un certo fatto, per esempio, a chi troverà un oggetto smarrito, a chi eseguirà un lavoro determinato. Ne dovremo parlare nella parte speciale delle obbligazioni (Lib. VIII, tit. III, cap. II).

b) Il fatto di colui che espone in vendita un oggetto nel suo negozio o lo porta in giro in un mercato indicandone il prezzo. È questa una proposta di contratto, mediante la quale il proponente si obbliga a rilasciare la cosa a chi gli darà il prezzo da lui indicato [60].

L'offerta di un oggetto al pubblico incanto (" bay' al-muzāyadah ") dà luogo a controversie interessanti [61]. Colui che espone

---

[56] *Mud.*, III, 89, 91, 4 dal b., 99, 106, 111–113; *Muwaṭṭa'*, II, 335–337; Buḫārī–Qasṭallānī, *aymān*, IX, 407; " lā naḏra fī ma'ṣiyah wa lā fīmā lā yamliku ibn ādam ", Ibn Māǵah, I, 333.

[57] *Mud.*, III, 94–97; Ḫalīl, VII, n. 10 e 14; Zurqānī, VIII, 126; Ibn Māǵah, I, 333.

[58] Secondo i Ḥanafiti, la promessa *in incertam personam* è nulla, ma la dottrina più recente è meno rigorosa; cf. Ibn Nuǵaym, II, 59.

[59] *Mud.*, XI, 100; *Muwaṭṭa'*, III, 159; Ibn 'Āṣim, v. 1094; Ḫalīl, XXX, n. 1; Tasūlī, II, 176; Zurqānī, VII, 60; Ḫiršī, VII, 59; Dasūqī, IV, 59; cf. Ša'rānī, II, 93; Zeys, II, n. 595.

[60] *Mud.*, X, 54; Ḫalīl, X, n. 1; Zurqānī, V, 5–6; Ḫiršī, V, 6; Dardīr–Dasūqī, III, 4; *P. C. T.*, a. 679.

[61] Buḫārī, *buyū'*, n. 59–60; *ḥiyal*, n. 6; *šurūṭ*, n. 8, 11; *Muwaṭṭa'*, III, 152; Znrqānī–Bannānī, V, 6–7, 90; Dasūqī, III, 4–5; Ḫiršī, V, 7–8 e 'Adawī ad loc.; Ḫalīl, X, n. 66.

un oggetto all'incanto dichiara di volerlo rilasciare a colui che gli offrirà il prezzo maggiore. È quindi una proposta di contratto, la quale si presume accettata da colui che offrirà l'ultimo prezzo, se il venditore ha dichiarato nel bando che accetterà il prezzo che gli verrà offerto; così i Malichiti in generale. La consuetudine del Maġrib e dell'Egitto insegna tuttavia una regola diversa: l'offerta fatta da chi aumenta in un pubblico incanto viene considerata come una proposta di contratto, che il venditore è libero di accettare o di rifiutare, ma purchè lo faccia subito; egli non può esigere la esecuzione più tardi, se le parti si separano senza ch'egli abbia dichiarato la sua accettazione.

Sezione II. — Dichiarazione bilaterale (contratto).

§ **11.** Quando la proposta (offerta) = " īġāb " avente per scopo un negozio giuridico viene accettata dalla persona cui è diretta, questa accettazione (" qabūl ") costituisce un consenso reciproco (" tarāḍī ")[62], un accordo di volontà, che si chiama *contratto* (" 'aqd " = vincolo, nodo)[63], negozio dei più importanti quale fonte di obbligazione.

Gli elementi essenziali o requisiti (" šurūṭ " = condizioni, " arkān " = colonne) di ogni contratto sono pertanto[64]:

1° I subietti o contraenti (" al-'āqidāni ").

2° L'obietto o materia su cui cade il consenso (" al-ma'qūd 'alayhi " = *id de quo est contractum*).

---

[62] *Cor.*, II, 184; IV, 33; Abū 's-Su'ūd ad *Cor.*, V, 1 (in margine a Rāzī, III, 513); Mayyārah, I, 152; Zurqānī, V, 8; *P. C. T.*, a. 1398, 1435; cf. *Digest.*, 2, 14, 103.

[63] Da " 'aqada " « stringere, annodare »; " 'aqd " vale anche genericamente « negozio giuridico » ed anche « obbligazione ». Così Ibn 'Arafah definisce il legato (" waṣiyyah " "): " 'aqd yūġibu ḥaqqᵃⁿ fī ṯuluṯ 'āqidihi yalzamu bi-mawtihi ", Mayyārah, II, 216; Tasūlī, II, 292. Così l'espressione " 'aqada 'alà nafsihi ", per esempio: " mā 'aqadahu 'alà nafsihi min dayn ", Tasūlī, II, 292; " man iltazama ṯuluṯ mālihi ", Mayyārah, II, 216; Tasūlī, l. c.

[64] Bannānī, III, 168; Zurqānī, V, 3; *P. C. T.*, a. 66, 372, 738, 380; Ġurġānī, s. v. *rukn*; cf. Ostrorog-Māwardī, I, 72. I giuristi islamici distinguono gli elementi essenziali alla esistenza del negozio giuridico (" šarṭ ") in generale da quelli richiesti per la esistenza del negozio speciale che s'intende costituire (" rukn " = colonna); Zurqānī, VIII, 148; *Mud.*, IV, 31; Ibn 'Āṣim, v. 378 sgg.; Ibn Nuġaym, II, 194; *Maġallah*, a. 108, 112, 361, 368.

3° La dichiarazione di volontà dei contraenti o *forma* (" ṣīġah ").

§ **12.** I. *I contraenti* (" al-'āqidāni "). — Quanto ai contraenti si richiede la capacità contrattuale (" taklīf ") in genere.

Si distingue la capacità necessaria a dar *validità* (" ṣiḥḥah ") al contratto, che è quanto dire a dargli esistenza giuridica, da quelle richieste per dargli *efficacia obbligatoria* (" luzūm ") [65].

Per dare *validità* (" ṣiḥḥah ") al contratto occorre nel contraente il *discernimento* (" tamyīz ", cf. Lib. IV, § 10), presupposto di ogni atto giuridico, in difetto del quale l'atto sarebbe inesistente; così il contratto stretto da un impubere *infantiae proximus* (" ṣabī ") o da un alienato di mente (" maġnūn ").

Per dare invece *efficacia obbligatoria* (" luzūm ") al contratto, si richiede che il contraente sia pubere e *sui juris*, abbia cioè la piena *capacità contrattuale* (" taklīf ").

Se il contraente non è pubere o non è *sui juris* [66], il negozio da lui posto in essere sarà *valido* (" ṣaḥīḥ "), qualora possegga gli altri elementi necessari alla sua esistenza, ma non sarà *obbligatorio* (" lāzim "), poichè è subordinato (" mawqūf, mutawaqqif " = sospeso) per la sua efficacia alla ratifica del tutore o curatore del contraente.

§ **13.** La dichiarazione di volontà dev'essere emessa da colui che si obbliga o da chi legalmente lo rappresenta in virtù di un mandato o della legge. Niuno può obbligare altrui nè stipulare a nome di un altro, se non abbia facoltà di agire per lui [67]. Se Tizio discorrendo con Caio, che è un terzo estraneo, dichiara di dover mille a Sempronio, potrà Sempronio prevalersi di questa dichiarazione per reclamare la somma a Tizio ? Non lo potrebbe, secondo i giuristi, perchè quella dichiarazione non è stata emessa da Tizio in confronto di Sempronio o di chi lo rappresenta. Può tuttavia, in certe circostanze, valere come principio di prova, cioè come riconoscimento di una obbligazione già contratta o confessione di debito.

Ma questa regola, che è conseguenza necessaria del concetto stesso della dichiarazione di volontà, presenta qualche eccezione.

---

[65] Ḫalīl, X, n. 2 e not. 10; Ḫiršī, V, 8-9; Dardīr-Dasūqī, III, 5; Zurqānī, V, 7-8; VIII, 148 e Bannānī ad loc.; Zeys, I, 107.

[66] È il caso dell'impubere dotato di discernimento, dell'interdetto (" maḥġūr ") per deficienza mentale (" safīh "), della donna maritata e del malato, quando dispongono di più di un terzo dei loro beni.

[67] Ḫiršī, VI, 86; cf. *Maġallah*, a. 466, 1511; *ad-Durr al-muḫtār*, IV, 569; V, 174; *P. C. T.*, a. 3, 39; *Digest.*, 44, 7, 11; *Cod.*, IV, 27, 1.

Se io contraggo in mio nome, e vi aggiungo una stipulazione a favore di un terzo, questi acquista un'azione diretta contro l'obbligato e può agire in virtù del contratto come se fosse direttamente intervenuto, salvo che l'indole o i termini del contratto stesso glielo vietino [68].

§ **14.** Il contratto stipulato a favore o a carico di un terzo da chi non lo rappresenta non è nullo assolutamente, poichè può essere oggetto di ratifica (" iǵāzah ") [69]. Quando il terzo non rappresentato dichiara di far suo il contratto, egli è precisamente come se avesse agito direttamente: così, ad esempio, non si può vendere la cosa altrui e, del pari, non si può costituire una fondazione (" ḥubus " o " waqf ") avente per oggetto la cosa di un altro. Ma la vendita o la fondazione non sono inesistenti; se il proprietario della cosa li ratifica, la vendita o il " ḥubus " si convalidano, come se egli li avesse personalmente costituiti.

La ratifica (" iǵazah ") si retrotrae alla data della conclusione del contratto [70], poichè colui che approva l' atto senza far riserve dichiara senz'altro di farlo suo fino dal momento in cui è stato posto in essere e intende che abbia effetto come se egli stesso vi fosse intervenuto [71].

La ratifica può essere anche tacita [72]. Quando si dispone dei diritti spettanti ad una persona e questa, benchè presente e debitamente informata di quanto avviene, non solleva opposizione, benchè nulla le vieti di manifestare il suo dissenso, questo silenzio è da interpretare come consenso tacito. A più forte ragione se l'interessato compie un atto dal quale si desume chiaramente la sua accettazione di quanto è avvenuto senza il suo intervento.

---

[68] Ḫalīl, XXVII, § 10; *'Amaliyyāt*, p. 36; Ibn 'Āṣim, v. 548–549; cf. Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, II, p. 69 not. 5; *Cod.*, III, 42, 8; IV, 32, 19.

[69] Buḫārī, *wakālah*, n. 10; *Mud.*, IX, 49, 52; XIV, 56; Ḫalīl, X, n. 6; XX, n. 8; Zurqānī, V, 19; Ḫiršī, V, 18; Dasūqī, IV, 69; *P. C. T.*, a. 45; cf. *Projet Algér.*, 455; *Maǵallah*, a. 377, 396, 1452, 1453.

[70] Salvo che si tratti di ripudio, i cui effetti si avverano dal giorno della ratifica e non da quello in cui l'atto è stato emesso; Ḫiršī, IV, 32.

[71] *Mud.*, IV, 37; Dasūqī, IV, 69, l. 10; eccezione pel matrimonio: *Mud.*, IV, 40.

[72] Zurqānī, V, 19, l. 22; VIII, 121 in f., 122 pr.; Bannānī, ad loc.; Dardīr–Dasūqī, IV, 208; IV, 69; Ibn 'Āṣim, v. 366; Ḫalīl, IX, n. 6 e not. 65; *P. C. T.*, a. 45, 46, 673, 1937; cf. Ḫalīl, XVI, not. 10 (chi, interrogato in giudizio, non risponde si reputa confesso).

§ **15.** Rimane da esaminare un altro caso, ed è il contratto del rappresentante con se stesso, questione che nel nostro diritto europeo è assai controversa.

Tizio rappresenta un' altra persona, in qualità di mandatario, o di tutore o di curatore. Può egli contrarre con se stesso, per esempio acquistare per sè o per un terzo le cose che è incaricato di vendere per il suo rappresentato, consegnare a se stesso le cose di cui deve fare la tradizione per quest'ultimo ?

Il diritto malichita distingue il rappresentante di un incapace da chi rappresenta una persona capace di contrarre [73].

Il rappresentante di un incapace, cioè il tutore o curatore di un minorenne o deficiente, o l'amministratore di una fondazione pia (" waqf ") non possono, di regola, contrarre nè attivamente nè passivamente con il loro rappresentato. Il tutore di un minorenne, per esempio, non può nè acquistare per sè i beni del minorenne, nè vendergli le cose proprie, salvo che ciò avvenga in un pubblico incanto; in questo caso, non è vietato al tutore di concorrere all'asta, come qualunque altro.

È diverso il caso quando il rappresentante agisce per un maggiorenne capace. Il rappresentante può allora contrarre con se stesso, purchè il rappresentato vi consenta. Il mandatario, ad esempio, può comprare per proprio conto la cosa del mandante, ma solo se questi ne sia informato ed abbia indicato il prezzo per cui consentirebbe a vendere.

§ **16.** II. *Obietto.* — L'obietto del contratto (" al-ma'qūd 'alayhi ", *id de quo est contractum*) è la prestazione che ne è il contenuto ed intorno alla quale è avvenuto l'accordo delle parti [74]. E poichè ognuno dei contraenti si propone un certo scopo, che per quel contraente è il motivo del suo consenso, — per esempio nella compra-vendita l'obietto del contratto per il compratore è la cosa, per il venditore il prezzo — l'obietto appare duplice, secondo che lo si consideri dal punto di vista sia dell'uno sia dell'altro dei contraenti, ma in realtà è unico, poichè consiste nel rapporto correlativo delle due prestazioni; i due termini sono condizione implicita

---

[73] *Mud.*, IX, 50; Ḫalīl, XX, n. 13; Dardīr-Dasūqī, III, 340; Ḫiršī-'Adawī, VI, 77; Zurqānī, VI, 83; *'Amaliyyāt*, 18 in f., 19.

[74] Ḫalīl, X, not. 29; XXIX, not. 1.

l'uno dell'altro [75] e sono effettivamente un solo obietto del negozio bilaterale.

§ **17.** III. *Il consenso.* — Il terzo requisito necessario alla esistenza dell'obbligazione contrattuale è la volontà concorde delle parti, in quanto si estrinseca e nella sua espressione prende forma (" ṣīġah ") [76]. Due sono pertanto gli elementi della forma (" ṣīġah "): *a*) la manifestazione esterna; *b*) l'animo (" niyyah ") espresso da quella manifestazione.

A) La forma esterna (" ṣīġah ") è il fatto concreto, l'espressione sensibile, cioè la parola o gesto o atto, sia pur negativo, che è come il corpo onde si riveste la volontà dei contraenti. Il modo in cui si estrinseca questa volontà non ha grande importanza, purchè sia tale da far intendere senza dubbiezze l'animo di cui è l'espressione. In diritto musulmano è fondamentale la regola *solus consensus obligat.*

Solo per eccezione si esige la osservanza di una forma determinata: così nella " musāqāh " (colonía parziaria) si richiede a perfezionare il contratto la parola " sāqaytu " o altra equivalente [77], nell'accomenda (" qirāḍ ") la parola " qāraḍtu " o altra simile, nel " salam " (vendita con prezzo anticipato la parola " aslamtu " [78]. Ma anche in questi casi la forma è richiesta non tanto come parte sostanziale, quanto per evitare le incertezze sull'indole vera dell'atto, per modo da distinguerlo da altri analoghi che con quello si potrebbero confondere. La forma ha valore direi dimostrativo o indicativo, non quel valore sostanziale che ha negli atti solenni del diritto romano.

Altri contratti che esigono l'impiego di certe parole o formole determinate sono il matrimonio (" nikāḥ "), il ripudio (" ṭalāq ") e l'emancipazione di schiavo (" 'itq "); in questi casi la formola voluta dalla legge non ha solo per scopo di far sì che sia inteso in modo preciso l'animo di chi la emette, ma fa veramente parte della sostanza dell'atto, talchè si può parlare rispetto a questi atti di negozi formali, i soli del resto che il diritto malichita e sciafiita conosca. Infatti nel

---

[75] Per esempio, nella compra-vendita, un contraente si propone di ottenere la cosa, ma consente altresì a dare il prezzo, l'altro consente a dare la cosa, pur di conseguire il prezzo.

[76] " aṣ-ṣīġah mā dalla 'alà 'l-ḥaqīqah 'urfᵃⁿ " (Ibn 'Arafah ap. Mayyārah, II, 119).

[77] Ḫalīl, XXVIII, n. 2 e not. 9; Dasūqī, III, 474.

[78] Ḥamawī ad Ibn Nuġaym, II, 320.

matrimonio e nel ripudio basta la enunciazione delle parole di rito per dar esistenza all'atto, anche se risulti che colui che le ha proferite [79] non aveva l'animo diretto a porre in essere quell'atto; e del pari la emancipazione di schiavo (" 'itq ") si opera in virtù delle parole di affrancamento, pronunciate che siano dal domino, anche se chi le ha pronunciate non abbia avuto effettivamente l'animo di emancipare [80].

Salvo queste eccezioni, la volontà obbliga, di regola [81], in qualunque modo dichiarata, tanto se sia formalmente espressa (" ṣarīḥ " = esplicita), quanto se lo sia indirettamente (" bi-'l-kināyah "), cioè in termini equivalenti (" kināyah ẓāhirah " = espressione indiretta palese). Anche un gesto (" išārah ") può bastare, in determinate circostanze, a significare la volontà (" kināyah ḫafiyyah " = espressione indiretta tacita). Vale manifestazione di volontà, ad esempio, il cenno fatto da un muto o da un malato colla mano o col capo, in risposta ad una domanda a lui rivolta, quando si è sicuri ch'egli ha bene inteso ciò di cui si tratta [82].

Il significato del silenzio in quanto espressione di volontà si riduce ad una questione di fatto, poichè dipende sostanzialmente dalle circostanze. Quando taluno, senza proferir parola, rimette ad un'altra persona un valore patrimoniale (" māl "), ciò può costituire, secondo i casi, un deposito, una permuta, una vendita, una locazione, una conduzione [83]. Del pari, se taluno, trovandosi presente ad un fatto che lo interessa e potendo impedirlo, lascia che si compia senza farvi opposizione e senza dir parola, il suo silenzio varrà manifestazione di volontà, cioè acquiescenza [84]. In altri casi, il decidere se il

---

[79] *Muwaṭṭa'*, III, 34; *Mud.*, IV, 48; V, 82; VI, 23–24; Zurqānī–Bannānī III, 169–170; Ḫalīl, IX, n. 3, n. 108–109 e nota 32; cf. Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, II, 194, n. 2; *P. C. T.*, a. 470 nota.

[80] *Mud.*, IV, 48; VII, 61; *Muwaṭṭa'*, III, 34; Zurqānī, VIII, 124.

[81] Ibn 'Āṣim, v. 533; az-Zurqānī, V, 3, 7 dal b.; VIII, 123; Bannānī, VIII, 124; Van den Berg, 70, 71, 81; *P. C. T.*, a. 469 not.

[82] *Mud.*, VI, 24; Tasūlī, II, 80; Ibn Farḥūn, II, 72–73, cf. *Maǵallah*, a. 436; *Radd al-muḥtār*, IV, 13; *Digest.*, 46, 2, 17.

[83] Ḫalīl. X, n. 1; XXII, nota 2; Zurqānī, V, 3–4 pr., 6 dal b.; VI, 114; VII, 3, l. 13–14; Dardīr, III, 368; cf. *Maǵallah*, a. 67, 437, 438, 773, 791, 276, 1659; Ibn Nuǵaym, II, 79; Ḥamawī, ib., I, 185–188.

[84] *Mud.*, XIV, 40; XV, 199; Ibn 'Āṣim, v. 810–811, 819–820; Mayyārah, II, 8–10; Tasūlī, II, 64 e 66, 5 dal b.; Zurqānī, V, 19, 238; Ḫalīl, XVI, 2, not. 10; XIX, 3; XIII, 5 (*b*, *c*, *d*); Dardīr, II, 272; Ḫiršī, VI, 4; Bannānī, V, 243; *'Amaliyyāt*, 170; cf. *P. C. T.*, a. 673 nota.

silenzio valga dichiarazione di volontà dipenderà dalle circostanze particolari. Se taluno dice ad un altro: «Tu mi devi cento» e l'interpellato tace, questo silenzio varrà confessione di debito? Ibn al-Qāsim ha professato, nella specie, due opinioni contrarie; la scuola, seguendo la dottrina negativa di Ibn al-Qāsim, ritiene che in questo caso il silenzio non equivalga a confessione [85].

§ **18.** *B*) Il secondo elemento della forma contrattuale ("ṣīġah"), ed anche il più importante giuridicamente, è l'animo ("niyyah").

«Gli atti sono secondo le intenzioni» ("al-a'māl bi-'n-niyyāt"), dice un "ḥadīṯ" celebre; in altri termini, ciò che qualifica l'atto e ne determina la natura è la volontà; l'atto esterno, dicono i giuristi (Lib. I, § 8) [86] è solo il corpo, di cui l'intenzione o volontà, l'elemento interno, è l'anima. Questa regola trova la più larga applicazione a tutte le parti del giure. «Bisognerebbe iscriverla, dice un autore ḥanafita, come epigrafe ad ogni capitolo dei trattati di diritto».

Infatti, la volontà quando è seria e riflessa — e deve esserlo per avere valore giuridico —, si propone sempre uno scopo, un fine ("waġh", lett. direzione), che è la *causa* ("sabab") per la quale la volontà dei contraenti si è decisa, cioè ha *prescelto* ("iḫtiyār") di porre in essere quel determinato rapporto giuridico [87].

Da ciò consegue [88]:

1° che nei contratti la causa, anche se non è espressa, si presume sempre, perchè non si suppone che una persona sana di mente si decida a contrarre senza un motivo;

2° che la causa espressa si presume valida fino a prova contraria;

3° la mancanza di causa, se risulti provata, è causa di nullità della obbligazione.

---

[85] Bannānī, VI, 97; Dasūqī, III, 353; cf. *Digest.*, 50, 17, 142.

[86] *Cor.*, II, 148, 172; III, 15; VI, 63; VII, 204; XXII, 38; XXXIII, 15-16; Buḫārī, *'itq*, n. 6; *ṭalāq*, n. 11; *aymān*, n. 21; *ḥiyal*, n. 1; *manāqib al-anṣār*, n. 45; Abū Dā'ūd, II, 215; Ḥamawī, I, 274, 325; Ibn Nuġaym, I, 23, 24, 46, 48, 69-70; *P. C. T.*, a. 50; cf. Van den Berg, p. 52, 53 n. 2, p. 63. Sulle origini medinesi della massima: Goldziher, *M. St.*, II. 178-179. Cf. *Digest.*, 48, 8, 1 § 3, l. 14; 47, 10, 3 § 1-2; 50, 17, 79.

[87] Ḥamawī, II, 22, n. 4.

[88] Ḫalīl, X, n. 198; Ibn Farḥūn, I, 101; II, 74; Tāwudī-Tasūlī, II, 91; Ibn 'Āṣim, v. 1405-1406. Così pure i Ḥanafiti, *P. C. T.*, a. 649; Ḥamawī, l. c.; secondo Malichiti spagnuoli la causa dev'essere sempre espressa negli atti notarili; la obbligazione di cui non fosse espressa la causa ("muṭlaqah" = *cautio indiscreta* dei Romani) non sarebbe valida (Ibn Farḥūn, I, 219).

§ **19.** *Classificazione dei contratti.* — Il fine o scopo della convenzione può essere sia un beneficio, che taluno intende conferire altrui senza ritrarne vantaggio per sè, sia una utilità che egli vuole ottenere dall'altro contraente mediante un corrispettivo. Onde due categorie di contratti:

1° Quando il contratto è diretto a procurare un beneficio ad una sola delle parti, senza alcun vantaggio per l'altra, il contratto è detto di *beneficenza* (" 'aqd irfāq ")[89]. A questa categoria appartengono la donazione (" hibah "), la fondazione pia (" waqf "), il mutuo (" qarḍ ", contratto sempre gratuito in diritto musulmano), il comodato (" 'āriyyah "), la fideiussione (" kafālah ").

2° Se invece il contratto ha per fine di procurare ad ognuna delle parti un vantaggio, che è il corrispettivo di quello da essa conceduto all'altro contraente, come nella compra-vendita, nella locazione-conduzione e simili, il contratto si dice *commutativo* (" 'aqd mu'āwaḍah ").

SEZIONE III. — Perfezione del contratto.

§ **19bis.** Quando la volontà dichiarata da uno dei contraenti coincide con la volontà dichiarata dall'altro, il contratto si ritiene *perfetto* (" mun'aqid ", lett. « stretto, annodato ») [90].

Così disponeva l'antica consuetudine di Medina, accolta da Mālik [91] ed anche dalla scuola ḥanafita.

Non è da tacere tuttavia che qualche " ḥadīṯ " conserva traccia di una dottrina diversa [92], probabilmente più antica: « L'Inviato di Dio ha detto: finchè le parti non si siano separate, ambedue hanno il diritto di scelta (" ḫiyār "); in altri termini, finchè le parti sono in presenza l'una dell'altra, ognuna ha il diritto di recedere dall'assenso dato o di confermarlo. In un " ḥadīṯ " (Buḫārī, *buyū'*, n. 47)

---

[89] Da " arfaqa " = aiutare, beneficare, ed anche " 'aqd ma'rūf ", oppure " 'aqd tabarru' " = contratto di liberalità.

[90] Ḫalīl, X, not. 9; XIX, n. 3; Zurqānī, V, 8; VI, 41; cf. *Maǵallah*, a. 103, 104; *P. C. T.*, a. 30, 34, 37.

[91] Ḫalīl, X, n. 1 e not. 3; Ḫirši, V, 5-6; Zurqānī, V, 3-6, 110; Dardīr-Dasūqī, III, 2 in f., 3, 79; Dardīr-Ṣāwī, II, 2; Tasūlī, II, 55 in f., 56; cf. *Maǵallah*, a. 167-168, 181-182, 101-104; Ḥamawī, I, 271-272; *P. C. T.*, a. 24, 29, 31.

[92] *Mud.*, X, 20, 177; *Muwaṭṭa'*, III, 136-137; Buḫārī, *buyū'*, 19, 22, 34 in f., 42-47; Ibn Māǵah, II, 8-9; Šāfi'ī, 85-86.

un tale racconta: « Permutai col Califfo 'Uṯmān un terreno che possedevo ad al-Wādī con un terreno ch'egli possedeva a Ḫaybar. Quando fummo d'accordo, io me ne andai ed uscii dalla stanza, temendo che 'Uṯmān risolvesse il contratto; infatti, è di " sunnah " (= conforme alla tradizione) che le parti abbiano la scelta finchè non si siano separate » (cf. *buyū'*, n. 34, in f.).

§ **20.** Su queste tradizioni si fonda la dottrina sciafiita, nota sotto il nome di " ḫiyār al-maǵlis " (lett. *optio in congressu, seu jus poenitendi in ipso congressu*).

Secondo gli Sciafiiti, il semplice scambio dei consensi non basta a dare perfezione al contratto; si presume che le trattative siano sempre in corso finchè le parti sono in presenza l'una dell'altra, e l'accordo delle parti ha piuttosto il carattere di uno scambio di proposte che di vero e proprio consenso contrattuale[93], potendo ciascuna delle parti modificare le proprie proposte o continuare a discutere quelle dell'altra. Il consenso è invece da ritenere definitivo, appena le parti si siano separate, recandosi in direzioni diverse, senza recedere dalle proposte fatte, oppure quando, pur rimanendo presenti sul luogo, un contraente conferma l'accordo avvenuto, mentre l'altro tace. Se una delle parti muore *in ipso congressu* o diventa pazzo prima che la separazione sia avvenuta, il diritto di opzione ("ḫiyār "), o recesso che dir si voglia, rimane integro in favore dell'erede del defunto o di chi legalmente rappresenta la parte incapace.

Il " ḫiyār al-maǵlis " sciafiita ha quindi il carattere non già del diritto di recesso da un contratto ormai perfetto, ma del diritto implicito che conserva ciascuna delle parti di non considerarsi impegnata dalle proposte fatte durante le trattative iniziate in vista della conclusione d'un contratto e, quindi, di modificare quelle proposte, fino al momento in cui, essendo chiusa la discussione sia per l'avvenuta separazione delle parti, sia per la definitiva conferma da esse data ai loro accordi, il contratto sia ormai da ritenersi perfetto.

§ **20**[bis]**.** Il " ḫiyār al-maǵlis " sciafiita non si applica a tutti i contratti; ve ne sono parecchi che non ammettono il " ḫiyār al-maǵlis ", sia per la loro natura, sia per altre ragioni. Questi sono:

a) il contratto di vendita avente per scopo l'emancipazione, cioè quello con cui lo schiavo compra dal padrone la propria libertà,

---

[93] Ibn Rušd al-ḥafīd, *Bidāyat al-muǵtahid*, Cairo 1329, II, 141-142; Ṭabarī, *Tafsīr*, V, 21-23 (ad *Cor.*, IV, 33); Ġazālī, *Waǵīz*, I, 141; Sachau, 272, 286 § 11; Peltier, *Ventes*, p. 59; Nallino, *R. S. O.*, IX, 1923, 552 e n. 2; IX, 1921, 90-91, 110.

od in cui un parente od amico dello schiavo compra quest'ultimo collo scopo di emanciparlo;

b) la *manomissio contractualis*, o contratto di emancipazione concessa allo schiavo mediante un riscatto pagabile a rate (" mukātabah ");

c) i contratti di beneficenza in genere, quali la donazione e altre liberalità, poichè il ḥadīṯ, nell'accennare alla facoltà di opzione (" ḫiyār "), parla solo di vendita, come si è visto;

d) il contratto di matrimonio, perchè l'indole del contratto non lo consente;

e) la locazione–conduzione ed il " qirāḍ " (accomenda), perchè non sono vendite;

f) la " šuf'ah " (retratto);

g) la cessione di credito.

Nei contratti sopra enumerati basterà quindi l'accordo delle parti per dare perfezione al contratto, nè importa che esse si siano separate o che lo confermino esplicitamente, come negli altri casi.

Il " ḫiyār al–maǵlis " è principio proprio agli Sciafiiti ed ai Ḥanbaliti; per le altre scuole (Malichiti e Ḥanafiti) il contratto è perfetto e l'accordo è irretrattabile appena avvenuto lo scambio dei consensi.

§ **21.** Quand'è che si perfeziona il contratto tra assenti, cioè nei casi in cui l'offerta vien fatta per lettera o messaggero ?

Finchè l'offerta o proposta è in viaggio e non è ancora giunta al destinatario, il proponente può revocarla, fermando per via il messaggero o ritirando la lettera spedita [94].

Quid però nei casi in cui la dichiarazione è stata fatta anche nell'interesse dell'altra parte ? Per esempio, un marito conferisce alla moglie il mandato di dargli ripudio quando le piacerà (è il mandato detto " tamlīk ": Lib. V, § 29) e trasmette l' atto per mezzo di un messaggero; potrà egli revocare questo mandato se non sia ancora giunto alla destinataria ? L'opinione affermativa è stata sostenuta presso i Malichiti; la dottrina prevalente ritiene però che l' atto spedito non sia revocabile, perchè posto in essere anche nell'interesse dell' altra parte [95].

Quando il marito incarica taluno di annunciare a sua moglie di averle dato ripudio o le spedisce un messaggero a questo scopo, il ripudio si ritiene dato nel giorno in cui l' incarico è stato conferito

---

[94] *Mud.*, VI, 24, 11–12; *Maǵallah*, a. 181; cf. Tasūlī, I, 101, 16 sg.

[95] Ḫalīl. IX, n. 135; Dardīr–Dasūqī, II, 367–368; Ḫiršī, IV, 77.

od è stato spedito il messaggero, anche se l'intermediario non abbia ancora eseguito l' incarico [96].

La proposta è giunta. Da quel momento il proponente non ha più facoltà di revocarla, perchè ormai non gli appartiene più. Se l'altra parte dichiara subito di accettarla senz'altro, il contratto diviene perfetto [97].

§ **22.** *Effetti della perfezione del contratto.* — La perfezione del contratto ha per effetto di renderlo obbligatorio (" lāzim ") per ambedue i contraenti. « Il contratto si dice obbligatorio (" lāzim ") quando non può essere sciolto se non col consenso dell'uno e dell'altro contraente ».

Per questo riguardo, cioè rispetto alla loro efficacia obbligatoria, i contratti si dividono in due categorie [98]:

1° Obbligatorî in virtù del consenso (" lāzim bi–'l–'aqd ", *contractus qui consensu fiunt*, ed anche " lāzim bi–'l–qawl " = *obligans ipsis verbis*), e sono quelli in cui la espressione del consenso basta a dar perfezione al contratto, nonchè a renderlo obbligatorio (" mun'aqid wa lāzim "). Corrispondono pertanto ai nostri contratti consensuali. La massima parte dei contratti appartiene a questa categoria; così la compra–vendita, la locazione–conduzione e gli altri contratti commutativi (" 'aqd mu'āwaḍah ") [99].

2° Obbligatorî in virtù del fatto (" lāzim bi–'l–fi'l ", ed anche " lāzim bi–'l–'amal " = *contractus qui re fiunt*) [100]: sono i contratti in cui il consenso basta bensì a rendere perfetto l'accordo delle parti, ma non a renderlo obbligatorio; a far sì che diventi obbligatorio occorre un principio di esecuzione; finchè questa esecuzione non sia stata iniziata, ognuna delle parti può recedere dalla convenzione. Stando alla terminologia delle fonti, questi contratti si dicono validi (" ṣaḥīḥ "), perfetti (" mun'aqid "), ma *non obbligatorî* (" ġayr lāzim ") [101]. Ad esempio, il deposito non è obbligatorio (" ġayr lāzim ") finchè il depositario non abbia effettivamente ricevuto la cosa che è oggetto

---

[96] Tasūlī, I, 101, 16.

[97] Ibn Rušd ap. Zurqānī, V, 6, l. 3–4.

[98] Zeys, I, 107.

[99] Ibn 'Āṣim, v. 1024; Tasūlī, II, 106, 150 in f., 201; *'Amaliyyāt*, 119, 239, 240; cf. *Maġallah*, a. 106, 114, 406; Ibn Nuġaym, II, 192–193; *P. C. T.*, a. 34.

[100] Ibn 'Āṣim, v. 1094, 1097; Tasūlī, II, 201, 176; Mayyārah, II, 106; *'Amaliyyāt*, 239, 240; cf. Ibn Nuġaym, II, 192; *P. C. T.*, a. 1142 nota.

[101] " mun'aqid ġayr lāzim, 'aqd yalzamu bi–'l–'amal "; cf. Mayyārah, II, 126; Raḥḥāl, ad loc.; Ḫalīl, XVII, not. 3.

del contratto; altri negozi di questa classe sono il compromesso (" taḥkīm "), la colonía parziaria (" musāqāh "), il cottimo o *locatio operis*, la compra–vendita di prodotti con anticipazione del prezzo (" salam ") l'accomenda (" qirāḍ "). In tutti questi casi occorre, per rendere irrevocabile il contratto, che la esecuzione ne sia stata iniziata [102].

È controverso se tra questi contratti sia da annoverare la società. « La confusione dei contributi dei due soci — dice Mayyārah — è, secondo la maggioranza dei dottori, condizione di validità (" ṣiḥḥah "), mentre, secondo altri, è richiesta per dare obbligatorietà (" luzūm ") al contratto; secondo questi ultimi, il contratto si perfeziona colla espressione del consenso (" bi–'l–qawl " = *verbis*), ma diventa obbligatorio solo col fatto (" bi–'l–fi'l "), cioè colla confusione » (dei capitali posti nella società da ciascuno dei soci); in altri termini, la società è, secondo gli uni, contratto puramente consensuale, secondo altri, contratto reale [103].

Il contratto concluso da un incapace senza l'intervento del suo tutore o curatore è considerato *perfetto*, ma *non* obbligatorio (" mun'aqid ġayr lāzim ") [104].

SEZIONE IV. — Condizione. Termine.

§ **23.** A) *Condizione*. — La dichiarazione di volontà, su cui si fonda la obbligazione, può essere pura e semplice (" bātt ") o definitiva (" munaǵǵaz "); per esempio: « Ti vendo la mia casa per mille dīnār ». Se l'altra parte accetta la proposta, il contratto si perfeziona senz' altro [105].

Altre volte l'autore della dichiarazione può aver fatto dipendere l'esistenza del vincolo o la sua efficacia dall'avverarsi o non avverarsi di un fatto determinato. Questo evento incerto e futuro, da cui dipende la obbligazione, si chiama *condizione* (" šarṭ ") [106].

---

[102] Cf. i contratti reali innominati del diritto romano: Windscheid, II⁵, p. 197, 332, not. 11–12, 618 n. 5.

[103] Ibn 'Āṣim, v. 1146; Tasūlī, II, 201; Mayyārah, II, 126; Ḫalīl, XIX, n. 3; Dasūqī, III, 305; Ḫiršī, VI, 39; Zurqānī–Bannānī, VI, 41.

[104] Mayyārah, II, 126; Raḥḥāl, ad loc.; Ḫalīl, XVII, not. 3.

[105] *Radd al–muḥtār*, III, 556; *Maǵallah*, a. 407; Ibn Nuǵaym, II, 224 sg.; 157–158; " al–munaǵǵaz muqābiluhu al–mu'allaq wa 'l–muḍāf ".

[106] Ḫalīl, XIII, n. 21; XVIII, n. 5; XXX, n. 1; *ḥuṣūl*, p. 119 ult.; " šarṭ " nel senso di « patto »: Zurqānī ad *Muw.*, III, 254; Nawawī–Muslim, VI, 342 pr.; Bannānī, V, 89.

In generale si presume che il dichiarante abbia voluto obbligarsi senz'altro, salvo che abbia espresso il contrario. In altri termini, la obbligazione si presume pura e semplice (" bātt "), se il contrario non sia espresso o non risulti dall'indole del negozio [107]. Laonde in caso di dubbio, per esempio qualora non apparisca se una vendita sia pura e semplice o subordinata a condizione, sarà da presumere l'assenza di condizione.

La condizione è *espressa* o esplicita ("ṣarīḥ ") quando è dichiarata formalmente; è *implicita* quando risulta dalla natura del negozio stesso. Per esempio, nella vendita a peso o a misura, ad assaggio, a superficie, è implicita la condizione che la cosa venduta sarà pesata, misurata ecc.; così nel cottimo e nella promessa di ricompensa a chi eseguirà un fatto determinato è implicita la condizione che l'opera o il fatto sarà compiuto [108].

L'obbligazione, cui è apposta una condizione, si dice *sospesa* (" mu'allaq "), perchè dipendente, per la sua esistenza o per la sua efficacia, dall'avverarsi o non avverarsi del fatto futuro ed incerto cui è subordinata.

Invece, quando il fatto previsto è futuro, ma non incerto, la dichiarazione di volontà non si dice condizionata, ma " muḍāf ", « relativa », « connessa », cioè riferita al momento in cui il fatto previsto si sarà avverato [109]. Così quando taluno dice: « costituisco la mia casa in " waqf " per il momento della mia morte », egli contrae verso Dio un obbligo che è differito fino alla sua morte e che si riferisce a quell'evento (" muḍāf bi-'l-mawt "), ma non è condizionato, cioè incerto, perchè la morte è un evento di cui s'ignora la data, ma che certamente deve avverarsi quando che sia per ognuno (*certus an, incertus quando*); il fatto certo, cui è connessa l'obbligazione, è una condizione impropria.

Se il fatto apposto come condizione si era già avverato ad insaputa dei contraenti — è la così detta condizione avverata o effettuata (" šarṭ kā'in ") [110] — la obbligazione non si reputa sospesa e vale quale incondizionata (" munaǵǵaz " = definitiva). Tizio costituisce

---

[107] *Mud.*, X, 86; Ibn 'Āṣim, v. 866 e not. 819; Ḫalīl, X, n. 198 e not. 927; Dardīr-Dasūqī, III, 168; cf. *Maǵallah*, a. 1658, 1765; *Digest.*, 35, 1, 1 pr.

[108] Cf. *Digest.*, 35, 1, 1 § 3; cf. *Maǵallah*, a. 82.

[109] Zurqānī, VIII, 148; cf. Ḫamawī, I, 255; *Risālah fī 'l-waqf* ap. Krcsmárik, ZDMG, 45, 1891, 537; *Digest.*, 35, 1, 79 pr.; 46, 2, 9 § 1.

[110] *P. C. T.*, a. 133 nota 2.

in " waqf " (fondazione pia) un certofondo nella previsione che divenga suo. Se in quel momento il fondo era già suo senza ch'egli lo sapesse, il " waqf " si reputa costituito fin dal momento in cui Tizio ha emesso la sua dichiarazione. La condizione propria è pertanto quella che si riferisce ad un evento futuro ed incerto [111].

§ **24.** Non tutti i negozi giuridici ammettono le condizioni, nè tutte le condizioni sono ugualmente ammissibili.

A) I negozi giuridici che non ammettono condizione sono [112]:

1° Il matrimonio; non ammette condizione sospensiva nè risolutiva, perchè deve fondarsi sull'animo di ambedue le parti di contrarre una unione permanente (Lib. V, § 9);

2° l'affrancamento di schiavo; non ammette condizione risolutiva, perchè la libertà, conseguita che sia, è irrevocabile (Lib. IV, §§ 21, 22 e 25);

3° il ripudio; non ammette condizione sospensiva, perchè la legge non vuole che lo stato dei coniugi rimanga incerto (Lib. V, § 30). « Il ripudio, dice Ḫalīl, ha efficacia immediata se il marito l'ha subordinato ad un fatto il cui avverarsi è certo, per esempio, se dice alla moglie: " ti dò ripudio tra un anno ", ovvero: " per il giorno in cui morrò ", " se non toccherò il cielo col dito " ».

B) Non tutte le condizioni sono ammissibili.

I. Non è ammissibile la condizione fisicamente o giuridicamente impossibile. « Ti darò cento, se toccherò il cielo col dito » è condizione fisicamente impossibile. « Ti darò mille se sposerai tua sorella », è giuridicamente impossibile, perchè contraria alla legge [113].

Pertanto, si considera non scritta:

a) *nel ripudio*, la condizione impossibile; essa non sospende l'effetto dell'atto. « Il ripudio è perfetto quando è subordinato all'avverarsi di un fatto passato, che non è ammissibile secondo la consuetudine (cioè la legge naturale), la ragione o la legge » [114], o quando è

---

[111] È questa la dottrina ḥanafita: "at-ta'līq bi-šarṭ kā'in tanǵīz"; Qāḍī Ḫān, III, 300; Ibn Nuǵaym, II, 157, 224; *Fatāwà Hindiyyah*, II, 299; *Radd al-muḥtār*, III, 556; *Maǵallah*, a. 82, commento. Non conosco nessun testo malichita in proposito, ma non trovo nulla in contrario.

[112] *Mud.*, VI, 7; Zurqānī, V, 88; Ḫalīl, IX, 120, § 165; Ḫiršī, IV, 54 in f., 103, 104; Dardīr-Dasūqī, II, 346, 347; *P. C. T.*, a. 139.

[113] Buḫārī, *šurūṭ*, 13, 17; *Muwaṭṭa'*, III, 254 e Zurqānī ad loc.; Nawawī-Muslim, VI, 342 pr.; cf. *Maǵallah*, a. 83; *P. C. T.*, a. 134, 135.

[114] Ḫalīl, IX, n. 120; *Mud.*, VI, 17.

sospeso ad un fatto che è impossibile accertare: « Tu sei ripudiata se così Dio vuole », « se così vogliono gli angeli » (cf. Lib. V, § 30);

b) *nella vendita*, la condizione contraria alla legge, per esempio: il patto con cui viene escluso il regresso contro il venditore in caso di evizione o di vizio redibitorio, quando la garentía è di diritto [115]; la condizione che la schiava venduta non sarà depositata presso un terzo per trascorrervi il periodo di osservazione (" istibrā' " = accertamento di vacuità della matrice) prescritto dalla legge (cf. Lib. V, 28[bis]), nonchè certe condizioni immorali [116];

c) *nell'affrancamento di schiavo*, la condizione che il patronato (" walā' ") non spetterà all'emancipante, ma ad un'altra persona [117] o che il nascituro, di cui la schiava è incinta, non sarà compreso nell'emancipazione, il feto essendo parte integrante della madre; o quella per cui il padrone si riserva la prestazione di certi servigi da parte dello schiavo dopo avvenuto l'affrancamento, perchè ciò è incompatibile collo stato di libertà [118];

d) *nella costituzione di "waqf"*, la condizione che il beneficiario dovrà sostenere le spese di manutenzione e di restauro sul proprio, e non già sulle rendite della fondazione, secondo la regola, poichè il " waqf " si ridurrebbe, in questo caso, ad una locazione per un prezzo indeterminato. E così la condizione che non si preleveranno, prima d'ogni altra, le spese di riparazioni necessarie, perchè la omissione di quelle spese trarrebbe seco la distruzione dell'oggetto stesso della fondazione [119];

e) *nel contratto di matrimonio*, la condizione che il marito non sposerà un'altra moglie o che non condurrà la moglie fuori del luogo della loro residenza, perchè questi diritti sono concessi al coniuge dalla legge divina e sono inerenti alla potestà coniugale [120];

f) *nella compra-vendita già perfetta* non si ammette la stipulazione che il contratto sarà risoluto se il prezzo non sarà pagato

---

[115] Ḫalīl, X, n. 177; Tasūlī, II, 8; Mayyārah-Raḥḥāl, I, 280, 281.

[116] Vendita della schiava nuda. Ḫalīl, X, n. 177; *'Amaliyyāt*, 138.

[117] Buḫārī, *šurūṭ*, n. 10, 13.

[118] *Mud.*, VII, 85, 88, 93, 103; Ḫalīl, XXXVIII, n. 90; Zurqānī, VIII, 159; cf. Ibn Nuǵaym, I, 149.

[119] *Mud.*, XV, 111; Ḫalīl, XXXII, n. 20; Bannānī-Zurqānī, VII, 86; Dardīr-Dasūqī, IV, 80.

[120] *Mud.*, IV, 47; cf. Ibn 'Āṣim, v. 379.

nella data stabilita, perchè la vendita, perfetta che sia, non può essere invalidata da una stipulazione posteriore [121].

Si hanno per non scritte le condizioni che non rappresentano verun interesse per colui che le ha stipulate; ad esempio, Tizio compra uno schiavo per custodire i suoi campi od i suoi armenti, ponendo per condizione che non sappia leggere. Una clausola siffatta non può rappresentare nella specie un interesse legittimo ed è da considerare piuttosto come un capriccio [122].

II. Le condizioni incompatibili colla natura dell'atto sono nulle e rendono nullo l'atto cui sono apposte.

Ne diamo qualche esempio.

Nel matrimonio [123] è ragione di nullità la condizione che un coniuge non succederà all'altro in caso di morte, perchè l'esclusione del coniuge dalla successione è contraria alla legge divina (*Cor.*, IV, 13);

che il marito assegnerà alla moglie una somma fissa per il suo mantenimento, perchè il mantenimento della moglie incombe al marito senza limitazione (cf. Lib. V, § 15ter);

che il marito non darà dono nuziale, perchè il dono nuziale è elemento essenziale del matrimonio (Lib. V, § 13);

che i coniugi non si vedranno se non in certe ore del giorno (Lib. V, § 18).

È ragione di nullità [124]:

a) *nella vendita*, la condizione che il compratore non potrà alienare l'oggetto da lui comprato o abitare la casa ch'egli acquista [125];

b) *nel pegno*, il patto che il creditore pignoratizio non potrà far vendere, in caso di non pagamento del debito, i valori a lui oppignorati o che il pegno non sarà rimesso al creditore [126];

---

[121] Sarebbe invece valido il patto: «la vendita non sarà perfetta finchè il prezzo non sia stato pagato». Zurqānī, V, 5, 8, 10; Ḫalīl, X, not. 830.

[122] Ḫalīl, X, n. 108 e n. 177 e not. 519; Bannānī, V, 89–90; Dardīr–Dasūqī, III, 92 in f., 93; Zurqānī, V, 127; Tasūlī, I, 254; *P. C. T.*, a. 137; cf. *Maǵallah*, a. 189.

[123] Ibn ʿĀṣim, v. 379; Ḫalīl, IX, n. 16; Tāwudī–Tasūlī, I, 258–260; Mayyārah–Raḥḥāl, I, 174 sg.; Bannānī, V, 89; Dardīr–Dasūqī, II, 212; *P. C. T.*, a. 136. Queste clausole annullano il matrimonio, se non è ancora consumato.

[124] Ḫalīl, X, n. 64; Zurqānī, V, 241, 85–86; Bannānī, V, 89; VI, 20; Dardīr–Dasūqī, III, 51; Tasūlī, II, 6; Zurqānī–*Muwaṭṭa'*, II, 254; Nawawī–Muslim, VII, 342.

[125] Nella donazione questa condizione sarebbe ammissibile (opin. prevalente): *Mud.*, XV, 130–131; Zurqānī, VII, 94; cf. Wilson, *Digest.*4, n. 313.

[126] Ḫalīl, XIII, 14.

c) *nella società cooperativa di lavoro*, il patto che il socio parteciperà ai guadagni, anche se assente o impedito dal prender parte al lavoro, qualunque sia la durata dell' impedimento [127];

d) *nel comodato*, il patto che il comodatario risponderà del perimento delle cose, in ogni evento [128].

III. La condizione illecita è ragione di nullità del contratto. Così ad esempio [129]:

La compra-vendita col patto che la schiava venduta dev'essere perita nel canto; quella conchiusa con facoltà di risoluzione per un periodo troppo lungo rispetto alla natura della cosa venduta; quella d'una femmina con patto che sia gravida; quella in cui il pagamento del prezzo è sospeso a termine incerto (per esempio: « Ti pagherò quando tu avrai venduto tutta la tua merce »); la vendita con patto di riscatto, cioè che il venditore avrà facoltà di farsi restituire la cosa rimborsando il prezzo ("bay' aṯ-ṯunyā") [130]. In tutti questi casi, il patto introduce nel contratto un'alea, un elemento d'incertezza, che invalida la convenzione. Lo stesso si dica quando si concludono due contratti combinati in modo che uno dipenda dall'altro; per esempio, quando taluno vende una casa a patto che il compratore venderà o locherà la sua casa al venditore (è quello che si chiama « due contratti in uno », " bay'atāni fī bay'ah "); questo doppio contratto è vietato, perchè mezzo agevole di palliare certi contratti usurari.

Non ha influenza la condizione che è semplicemente riprovevole ("makrūh"), senza essere addirittura illecita: « il (patto o clausola) riprovevole non è ragione di rescissione » [131].

IV. È nulla la condizione potestativa, cioè quella che fa dipendere la esistenza del vincolo dalla mera volontà dell'obbligato, senza limitazione di tempo, poichè incompatibile coll'essenza stessa del negozio obbligatorio.

È diverso il caso in cui viene assegnato un termine entro il quale il contraente deve dichiarare se intenda obbligarsi definitivamente [132].

---

[127] Ḫalīl, XIX, 31; Dasūqī, III, 318.

[128] *'Amaliyyāt*, 534; cf. Ḫalīl, XXIII, § 6; *P. C. T.*, a. 138.

[129] Ibn 'Āṣim, v. 674, 806-807; Tāwudī-Tasūlī, II, 8-9; Mayyārah e Raḥḥāl, ad loc., I, 280-281; II, 3; Nawawī-Muslim, VI, 342.

[130] Combinazione spesso usitata a dissimulare un mutuo fruttifero: cf. Libro VIII, cap. IV, sez. III.

[131] " al-makrūh lā yufsaḫu " (Bannānī, VII, 77).

[132] *Mud.*, X, 2 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 801; Tāwudī-Tasūlī, II, 55; Mayyārah II, 2-3; Ḫalīl, X, n. 88 e not. 420; Dardīr, III, 79; Ḫiršī, V, 109; Zurqānī, V, 110-111.

Il cosiddetto " ḫiyār aš-šarṭ " [133] (opzione convenzionale, *factum displicentiae*) — frequente nella vendita e in altri contratti — non è altro che questa facoltà di risoluzione.

Si ammette pure che l'esistenza del vincolo venga subordinata ad un fatto dell'obbligato stesso. «Darò cento, se andrò alla Mecca», «se prenderò moglie»: questa non è condizione potestativa, ed è efficace, perchè l'obbligazione vien subordinata ad un fatto futuro ed incerto [134].

§ **25.** *Adempimento della condizione.* — La condizione è la legge della obbligazione [135] e ne determina la sorte.

Quando la obbligazione è contratta a condizione [136] che un fatto determinato avverrà entro un certo tempo od in un certo modo, la condizione si reputa non avverata quando il termine è trascorso, senza che il fatto previsto sia avvenuto, od il fatto è avvenuto, ma in modo diverso.

Reciprocamente, se la obbligazione è contratta a condizione che un certo fatto non avverrà entro un tempo determinato, la condizione si ritiene adempiuta se la data è trascorsa senza che quel fatto si sia avverato.

Se la condizione dipende per il suo adempimento dal fatto di un terzo o del creditore, la condizione si reputa non avverata se il terzo non dà il suo concorso o il creditore non compie il fatto previsto per una causa indipendente dalla sua volontà. E per esempio, se Tizio vende la sua casa o conclude un altro contratto subordinandolo alla decisione di un terzo, ed il terzo muore nel frattempo senza aver deciso, la condizione si considera non avvenuta e la vendita non ha luogo [137]. Un marito dà ripudio alla moglie facendolo di-

---

[133] Detto anche " ḫiyār at-tarawwī " «facoltà di deliberare», per distinguerlo dalla redibizione stabilita dalla legge (" ḫiyār al-'ayb, ḫiyār an-naqīṣah ").

[134] Ḫalīl, IX, n. 110, 111; XXXVIII, n. 5, 8.

[135] Buḫārī, *šurūṭ*, n. 6, 18.

[136] Buḫārī, l. c., 18; *Mud.*, VII, 18; Ḫalīl, IX, 110–112, 120–125; XXXVIII, n. 5, 7, 8; Ḫiršī, VIII, 116–117, 120; Dardīr–Dasūqī, IV, 322, 324, 325; Zurqānī, VIII, 128; Mayyārah, II, 142, " qā'idat aš-šarṭ annahu yalzamu min 'adamihi al-'adam "; cf. *P. C. T.*, a. 144, 145. La regola va intesa largamente: Tizio dispone che il suo schiavo sarà libero un anno dopo la sua morte, a condizione che presterà i suoi servigi al figlio del padrone o ad altra persona; il figlio muore prima dell'anno; lo schiavo sarà libero, se presta i suoi servigi agli eredi (*Mud.*, VIII, 21).

[137] Ḫalīl, X, n. 95; Zurqānī, V, 116 e Bannānī ad loc.; Dardīr–Dasūqī III, 83.

pendere dalla decisione di un terzo (« Ti dò ripudio se Zayd vorrà »); il ripudio non ha luogo, se Zayd muore senza aver deciso [138].

Tizio conclude un contratto riservandosi di far conoscere la sua decisione definitiva entro un certo termine. Il termine spira senza ch'egli abbia fatto quella dichiarazione; il contratto si considera definitivo, anche se Tizio non abbia potuto dichiarare la sua volontà per una causa da lui indipendente [139].

Quando l'obbligazione è sospesa a due fatti diversi (per esempio: « Tu sarai libero dopo la mia morte e la morte del tale »), è necessario che si avverino le due condizioni [140].

Quando la condizione è negativa e dipende dal fatto del debitore (« Se non farò tal cosa . . . »), il creditore può fargli assegnare un termine entro il quale dovrà dichiarare se intende o non di eseguire il fatto [141].

Nel caso seguente non v'ha eccezione alla regola di cui sopra, poichè si tratta di affrancamento e di matrimonio, che sono ambedue *causae favorabiles* : « Se una persona affranca la sua schiava, a condizione che essa sposerà un tale, e la schiava rifiuti di sposarlo, a che cosa sarà tenuta (la schiava) secondo Mālik ? ». Ibn al–Qāsim risponde: « L'affrancamento è valido e la schiava non è tenuta a nulla... Disse Mālik, nel caso in cui taluno dice ad un altro: " avrai mille dirham se darai la libertà alla tua schiava e me la darai in moglie " e la schiava, affrancata, rifiuta di sposare quella persona. Mālik disse: ritengo che i mille (dirham) siano dovuti da quell'uomo al padrone della schiava e che la schiava non sia obbligata a sposarlo e non debba nulla; l'affrancamento è valido e il padrone della schiava ha diritto ai mille (dirham). Il caso è avvenuto a Medina » [142]. Infatti il matrimonio non può esser sottoposto a nessuna coazione e quindi la schiava non poteva esser tenuta ad obbedire alla condizione del testamento o del contratto, pur conservando la libertà, la quale è irrevocabile.

Molto d'altronde dipende in questa materia dalla mente di chi ha posto la condizione. « Rabī'ah decise il caso di un uomo che aveva

---

[138] *Mud.*, VI, 16 in f., 17 pr.

[139] *Mud.*, X, 30–31; Ḫalīl, X, §§ 92, 97, 100; Zurqānī, V, 114, 118; Dardīr–Dasūqī, III, 86, 87, 89.

[140] Zurqānī, VIII, 147, 4 dal b.

[141] *Mud.*, VI, 8, 12; *'Amaliyyāt*, 128, 129.

[142] *Mud.*, VII, 60 in f., 61; in senso contrario i Ḥanafiti: cf. *P. C. T.*, a. 146, nota.

uno schiavo ed un figlio, e disse al suo schiavo: se mio figlio prenderà moglie, tu sarai libero. Il figlio, divenuto maggiorenne, prese una concubina, oppure dichiarò di non volersi mai ammogliare. Rabī'ah (consultato) rispose: lo schiavo è affrancato, perchè il padre, nel porre la condizione relativa al figlio, non aveva l'intenzione di far dipendere l'emancipazione dello schiavo dal matrimonio del figlio, ma intendeva soltanto che il figlio giungesse alla età virile e potesse giovarsi fino a quel momento dei servigi dello schiavo per quanto potessero a lui occorrere »[143].

§ **25bis.** Il creditore, prima dell'avverarsi della condizione, può prendere tutte le misure conservative del suo diritto: e, per esempio[144], chiedere il sequestro, o il deposito presso un terzo, del prezzo di una vendita sospesa a condizione, nei casi, ben inteso, in cui le circostanze giustifichino queste cautele.

La condizione risolutiva non sospende l'esecuzione dell'obbligazione, ma ha soltanto per effetto, se si avvera, di obbligare chi ha ricevuto una cosa in virtù dell'obbligazione a farne la restituzione. Egli deve restituire solo la cosa ricevuta, ma non i frutti percetti nel frattempo, poichè, avendo il rischio della cosa, ch'egli deve restituire qual'era, anche se perita o deteriorata, i giuristi gli concedono il godimento dei frutti, in virtù della regola: " al-ḫarāğ bi-'ḍ-ḍamān " = *lucrum pro periculo*, cioè « *ejus est lucrum, cujus est periculum* »[145].

L'obbligato sotto condizione sospensiva non può, prima dell'avverarsi della condizione, fare alcun atto che possa impedire l'esercizio dei diritti del creditore nel caso in cui la condizione si avveri, ond'è che gli atti di alienazione o disposizione compiuti nel frattempo dall'obbligato non sono opponibili al creditore.

Lo stesso vale per le obbligazioni sotto condizione risolutiva, quando il debitore ha compiuto nel frattempo degli atti che impediscono al creditore di tornare in possesso della cosa.

Notiamo, in questa materia, alcune decisioni interessanti.

La conferma di compra-vendita conchiusa sotto condizione risolutiva è traslativa di proprietà, ma non ha effetto retroattivo. Questa, a quanto pare, è l'opinione predominante: « La cosa venduta

---

[143] *Mud.*, XV, 64.

[144] *'Amaliyyāt*, 147; *P. C. T.*, a. 152, 153, 703.

[145] *Mud.*, XV, 24 in f., 25; Ibn 'Āṣim, v. 804; Tasūlī, II, 57; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 3 in f., 4.

con facoltà di risoluzione rimane proprietà del venditore » — dice Ḫalīl, X, § 101 – « sicchè i frutti maturati *pendente condicione* sono del venditore, nonchè le donazioni fatte allo schiavo venduto con quella condizione » [146].

Nella " muwāḍa'ah " (deposito della schiava venduta onde accertare se sia incinta) la risoluzione si retrotrae, per la natura stessa del negozio; quindi, se il prezzo è stato depositato, il rischio spetta, nel frattempo, al contraente cui la somma depositata sarà dichiarata appartenere. Laonde, se la schiava non risulti incinta, il rischio del prezzo depositato incomberà al venditore, poichè il risultato negativo dell'accertamento produce la conferma della vendita; mentre nel caso contrario il rischio spetterà al compratore, poichè, se la schiava risulti incinta, il prezzo sarà da restituire al compratore che l'ha sborsato [147].

§ **26.** B) *Termine* (" aǵal "). — La dichiarazione di volontà ha effetto il giorno in cui viene emessa, salvo che vi sia apposto un termine. Il termine (" aǵal ") apposto alla manifestazione di volontà assegna la durata che il dichiarante vuol dare all'obbligazione, ne determina la vita. Il termine non investe la sostanza dell'atto giuridico, non ne rende incerta la esistenza, ma solo ne delimita la efficacia nel tempo, assegnando il momento in cui deve cominciare a esistere (*terminus a quo*, per esempio: « Tu sarai libero un anno dopo la mia morte », nella formula di affrancamento di un " mudabbar " [148]), o quello in cui deve cessare (*terminus ad quem*), L'atto sospeso ad un termine *a quo* o *ad quem* si dice " mu'aǵǵal ".

Il termine può risultare: *a*) dalla natura dell'obbligazione, per esempio, quando si tratti di consegnare una cosa *non presente* (" ġā-'ib "), cioè che si trova fuori del luogo del contratto; *b*) dalla convenzione delle parti; *c*) dalla volontà del giudice.

Non tutti i contratti comportano un termine.

Alcuni contratti non lo consentono per loro natura: così il matrimonio, il ripudio, l'affrancamento di schiavo. Nel matrimonio l'Islām ha abolito le antiche forme di unione temporanea (" mut-'ah ") consentite dalla prisca consuetudine araba, perchè contrarie

---

[146] Cf. *Muwaṭṭa'*, III, 96; *Mud.*, X, 17–18; Zurqānī, V, 5 dal b.; Dardīr-Dasūqī, III, 89; *P. C. T.*, a. 151, 823; cf. Ibn Nuǵaym, II, 203.

[147] *'Amaliyyāt*, 147; cf. *Digest.*, 35, 1, 3; 18, 2, 4; Gai., III, 98.

[148] Cf. *'Amaliyyāt*, 37 (dote); cf. *P. C. T.*, a. 154 sg.

all'essenza stessa dell'unione coniugale che deve fondarsi sull'animo di costituire una convivenza permanente [149] (cf. Lib. V, § 10). Il ripudio non può esser dato a tempo ed ha effetto immediato, perchè la unione coniugale non deve rimanere in sospeso (Lib. V, § 30 ter); quanto all'affrancamento di schiavo, la libertà si può bensì concedere a partire da una certa data, ma non già fino ad un certo tempo, perchè la libertà, concessa che sia, è irrevocabile; l'apposizione di un termine estintivo sarebbe da reputare non scritto (cf. Lib. IV, § 21).

Altri contratti non consentono un termine per volontà della legge. E sono quelli in cui la concessione di un termine costituirebbe un indebito arricchimento (" ribā ") o vi darebbe occasione; dovremo parlarne esponendo la dottrina del " ribā " (§ 48 sg. di questo stesso Lib. VII).

§ **26** bis. Il *dies a quo* non viene computato nel termine [150].

SEZIONE V. — Nullità (" buṭlān ") e invalidità (" fasād ").

§ **27.** Il negozio che possiede tutti gli elementi essenziali alla sua esistenza giuridica si dice *valido* (" ṣaḥīḥ ") [151], cioè idoneo a produrre gli effetti giuridicamente inerenti a quel negozio [152].

Mancando uno di quegli elementi, per esempio il discernimento (" tamyīz ") o l'oggetto o l'espressione della volontà (" ṣīġah "), è evidente che il negozio non si può dire esistente. Non si concepisce una vendita, per esempio, senza la cosa venduta o senza determinazione del prezzo o senza la volontà comunque espressa dei contraenti. L'atto in questo caso si dice *nullo* (" bāṭil "), cioè *radicalmente invalido* [153], inesistente.

È parimenti nullo (" bāṭil "), in questo senso, quanto è contrario alla legge [154], essendo incapace di produrre effetto.

---

[149] *Mud.*, IV, 46; Ḫalīl, IX, n. 16 e nota 114.

[150] La regola viene enunciata riguardo al termine assegnato dal giudice. Ibn Farḥūn, I, 154 in f., 155 pr., 336; cf. la formola ibid., I, 155.

[151] " ṣiḥḥat al-'aqd istiġmā'uhu aš-šurūṭ aš-šar'iyyah ", Dardīr-Dasūqī, III, 380.

[152] " aṣ-ṣiḥḥah fī 'l-'uqūd tarattub āṯārihā 'alayhā ", Dardīr-Ṣāwī, II, 26.

[153] " at-tamyīz šarṭ fī wuġūd al-'aqd lā fī ṣiḥḥatihi ", Dasūqī, III, 5; " al-bāṭil alladī lā yakūnu ṣaḥīḥan bi-aṣlihi ", Ġurġānī, *Ta'rīfāt*, s. v.

[154] Buḫārī, *buyū'*, n. 67, 73.

Si supponga invece che sussistano gli elementi essenziali della obbligazione, cioè i subietti e l'oggetto e la volontà espressa, ma che uno di questi elementi sia tale che la legge non possa attribuirgli efficacia. E, per esempio, l'atto posto in essere da un subietto non pienamente capace (l'impubere *pubertati proximus*, la donna maritata che dona più di un terzo del suo attivo) non può dirsi inesistente, poichè possiede tutti i requisiti necessari a costituirlo, ma è chiaro che ad esso non potrà attribuirsi piena efficacia, per il vizio insito in uno dei suoi elementi. L'atto in questo caso non può dirsi nullo (" bāṭil "), ma solo viziato (" fāsid ") o invalido: è l'*imperfectum negotium* dei Romani [155].

Questo vizio (" fasād ") può riferirsi: 1° ai subietti; 2° all'oggetto; 3° al consenso.

§ **28.** A) *Vizi che si riferiscono ai subietti.*

1. *Incapacità per ragione di età.* — Il contratto può essere efficace da una parte e inefficace rispetto all'altro contraente (*negotia claudicantia*); è il caso del contratto conchiuso con un contraente capace da un minorenne o incapace senza l'intervento del tutore o curatore. Il contraente capace si obbliga verso l'incapace, mentre questi non è tenuto verso di lui (" 'aqd lāzim min ǵihah dūn ǵihah " = *ex uno latere constat negotium, negotium claudicans*)[156]. Il che significa, in diritto islamico come in diritto romano, non già che il minorenne possa richiedere la prestazione dell'altra parte senza adempire quella cui è tenuto dal canto suo, ma che dipende da lui, col consenso del tutore, di dar esecuzione al contratto o di non darla; egli non può esservi costretto. I giuristi islamici esprimono questo concetto dicendo che il contratto conchiuso dall'incapace senza l'intervento del tutore o curatore è *perfetto*, ma non *obbligatorio* (" mun'aqid ġayr lāzim ") [157].

L'incapace (impubere, interdetto), il quale ha contratto senza l'assistenza del suo rappresentante legale, deve restituire quanto ha ricevuto in conseguenza dell'atto dichiarato nullo (Lib. IV, § 10 (*b*) e fonti citate ivi, note 46–48), se ed in quanto ne abbia profittato.

---

[155] Secondo Malichiti e Ḥanafiti. Invece aš-Šāfi'ī non ammette differenza tra " bāṭil " (nullo) e " fāsid " (viziato); Ǵurǵānī, s. v.

[156] *Instit.*, I, 21 pr.; *Digest.*, 19, 1, 13 § 29; 26, 8, 5 § 1; 18, 5, 7 § 1; 18, 1, 6 § 1.

[157] Ḫalīl, XVII, nota 3; XXII, n. 26; Ibn 'Āṣim, v. 1290; Tasūlī, II, 263; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 126, 188; Dasūqī, III, 5, 379; Ḫiršī, V, 8; Zurqānī, VIII, 148.

È controverso l'obbligo di restituzione qualora sia dubbio se il minorenne od incapace abbia profittato dell'atto dichiarato nullo; l'opinione prevalente tra i Malichiti lo esime in questo caso da ogni restituzione [158].

2. *Incapacità per ragione di schiavitù.* — Il contratto conchiuso dallo schiavo senza l'autorizzazione del padrone non è valido, nel senso che lo schiavo non può esser costretto ad eseguirlo finchè si trova in schiavitù; ma può in base a quel contratto esser chiamato in giudizio dopo affrancato [159] (cf. Lib. IV, § 19)

§ **29.** B) *Vizi che si riferiscono all' oggetto.*

L'oggetto fisicamente o giuridicamente impossibile, o che per altre ragioni non può essere oggetto di obbligazione (§ 8), non può essere oggetto di contratto [160].

§ **30.** C) *Vizi che si riferiscono al consenso.*

Al consenso non basta la sola espressione esterna. Per essere giuridicamente efficace, la dichiarazione deve esprimere una volontà seria, libera, pienamente consapevole. Ond'è che quando manchi uno di questi requisiti, quando il consenso non esista effettivamente ovvero sia stato estorto con violenza o carpito con dolo o dato per errore, la espressione esterna manca di quel contenuto che solo può conferirle pieno valore; in questi casi l'obbligazione, dicono gli Arabi, è *viziata* (" fāsid "). La parola " iḫtiyār " (preferenza) indica infatti, secondo il concetto aristotelico (βούλησις) seguito dagli Arabi, il risultato d'una deliberazione in cui la volontà ha prescelto, liberamente e con riflessione, tra i vari partiti, quello che appariva migliore: solo una decisione siffatta, secondo i commentatori, rende legittimo l'acquisto dei beni, fondato sul consenso. « O voi che credete, non consumate i vostri beni invano, salvo che sia un negozio tra voi consentito » (*Cor.*, IV, 33) [161]. Esaminiamo, alla stregua di questi principî, i vizi che possono infirmare il consenso.

§ **31.** I. La volontà espressa dalla dichiarazione dev'essere *seria*. È *viziata* quando risulti che il dichiarante non aveva effettivamente

---

[158] Ḫalīl, XV, n. 1, 3, 5 e not. 9; Dardīr-Dasūqī, III, 257; Mayyārah. II, 189, 202; Tasūlī, I, 107; II, 263; *'Amaliyyāt*, 209-210; *P. C. T.*, a. 77 e nota.

[159] Ḫalīl, XVIII, n. 1.

[160] *P. C. T.*, a. 672; cf. Peltier, *Ventes*, 63; Peltier, *Mouwaṭṭa*, 77.

[161] « Ciò che spetta ad un Muṣulmano non diviene lecito per altri se non col consenso (di colui cui spetta il diritto) », " ḫabar " ap. Zurqānī, V, 8; cf. *P. C. T.*, a. 18.

l'animo di obbligarsi, e, per esempio, se la dichiarazione è esposta per modo di scherzo o accompagnata da una formula dubitativa, come « se piace a Dio », o tale da fare intendere che il dichiarante non ha l'animo di vincolarsi *hic et nunc*, ma ha solo l'intenzione futura di obbligarsi; una espressione cosiffatta è solo una promessa (" wa'd ") e non crea obbligazione. A cagion d'esempio, Tizio dice ad un creditore che non ha titolo scritto e gli fa premura di pagare [162]: « Dammi un mese di tempo, e ti rilascerò una confessione (" iqrār " = riconoscimento) di debito », cioè un titolo scritto. « Questa, dice al-Ḫiršī, non è una confessione di debito, ma una semplice promessa di confessione e non vincola colui che l'ha emessa. Questi è tenuto solo a giurare che non aveva l'animo di emettere una confessione ».

È viziata la dichiarazione *simulata* di volontà.

La simulazione (" talġi'ah ", " tawlīġ ") è l'accordo di due contraenti per emettere una dichiarazione che non rappresenta la loro effettiva volontà. Quando la simulazione ha per scopo di palliare un altro negozio che sarebbe per sè lecito, l'atto simulato non ha effetto e vale solo quello realmente voluto dai contraenti [163]. Non vale nè l'uno nè l'altro quando i due negozi, cioè quello apparente e quello che sotto di esso si nasconde, non sono leciti.

§ **32.** II. La dichiarazione deve esprimere una volontà *libera*. È *viziata* quando sia estorta con violenza (" ikrāh ") [164].

I Ḥanafiti distinguono due specie di violenza: 1° La violenza assoluta o *completa* (" muṭlaq "), che è quella esercitata mediante la coazione fisica o vie di fatto (percosse, privazione della libertà ecc.). Questa specie di violenza toglie la libertà del volere ed annulla il consenso. 2° La violenza *imperfetta*, cioè quella che si esercita coi mezzi verbali (minacce, intimidazioni), è in sostanza la coazione morale. Questa costringe bensì la volontà, ma non si può dire che l'abolisca, ed il consenso così estorto, benchè non sia libero in tutto, è pure esistente: « La violenza, dice az-Zayla'ī, non impedisce la formazione del vincolo giuridico, ma dà luogo alla rescissione del vincolo » [165]. È in sostanza il sistema romano.

---

[162] Ḫalīl, XXI, n. 2, 4 e not. 21; Dardīr-Dasūqī, III, 4; Bannānī, V, 6; cf. *Maġallah*, a. 170, 171, 435, 1511 e comm. a. 84.

[163] Ḫalīl, IX, n. 60 e not. 412; Mayyārah, I, 159, l. 6; *'Amaliyyāt*, p. 266; cf. *Maġallah*, a. 1575; *Cod. Iust.*, II, 4, 21; IV, 22, 2, 3.

[164] Buḫārī, *ikrāh*, n. 1; Ḫiršī, V, 9; Dardīr-Dasūqī, III, 5-6; *P. C. T.*, a. 65-67.

[165] Ḥamawī, II, 96, not. 6; cf. *Maġallah*, a. 1006, 1007.

I Malichiti non distinguono; essi chiamano *violenza* (" ikrāh ") tanto la coazione fisica quanto la morale, senza occuparsi dei mezzi con cui è stata esercitata, e la considerano solo quanto ai suoi effetti. Essi così ragionano: L'atto posto in essere sotto l'influsso della violenza possiede, *prima facie*, i requisiti necessari alla sua esistenza, e per questo riguardo è *valido* (" ṣaḥīḥ "), ma gli manca l'elemento essenziale che solo può dare efficacia ad un atto giuridico, cioè *l'animo*; e per questo riguardo, benchè *sussista in fatto* (" ṣaḥīḥ "), non è *obbligatorio* (" lāzim "), cioè non può produrre il suo pieno effetto. «Colui che subisce la violenza non fa la propria volontà, ma quella di chi lo costringe; egli si trova nella condizione dell'alienato di mente, che non ha volontà; la dichiarazione di volontà, in questo caso è puramente apparente » [166].

La violenza (" ġabr " ed anche " ikrāh " = coazione) si definisce dai Malichiti: « La coazione esercitata senza autorità di legge e che toglie al contraente la libertà del suo consenso » [167].

Si richiede pertanto:

1° Che la coazione sia esercitata in modo illegittimo, che sia *ingiusta* (" al-ġabr al-ḥarām "); non è violenza la coazione legale (" al-ġabr al-ḥukmī "), per esempio quella del giudice o altro rappresentante dell'autorità legittima quando costringe taluno a compiere un atto conferme alla legge [168], quando fa vendere i beni del debitore insolvente [169], o costringe, nei casi di pubblica necessità, il proprietario a cedere quanto gli appartiene [170], quando fa eseguire le pene comminate dalla legge. Non è violenza, ma coazione legale, quella del comunista o comproprietario che costringe il terzo compratore a cedergli, in virtù del diritto di retratto (" šuf'ah "), la quota che il socio di quel comunista gli ha venduto.

La minaccia di esercitare un diritto legittimo non costituisce violenza, poichè l'esercizio di un diritto non è mai violenza. Così non fa violenza il marito se minaccia la moglie di darle ripudio o di sposare un'altra donna, poichè non fa che esercitare un diritto a lui

---

[166] Zurqānī, IV, 87; Ḫiršī, V, 9; Qasṭallānī-Buḫārī, X, 95; cf. *Maġallah*, a. 1006, 1007, 1575; *Digest.*, 4, 2, 21 § 5; 23, 2, 22.

[167] Ibn 'Āṣim, v. 829; Ibn Farḥūn, II, 156 in f.; cf. *Digest.*, 4, 2, 3 § 1.

[168] Ḫalīl, X, n. 2 e not. 11 e 14; cf. *Maġallah*, a. 1003-1004; *P. C. T.*, a. 659 nota.

[169] Buḫārī-Qasṭallānī, X, 251; *'Amaliyyāt*, p. 120; Tasūlī, II, 71.

[170] Zurqānī, V, 15.

concesso dalla legge divina (cf. Lib. V, § 39, 4). Sarebbe invece violenza il fatto del marito che impedisse alla moglie di recarsi a visitare i propri genitori gravemente malati, volendo con ciò costringerla a dargli quietanza di una obbligazione ch'egli ha contratto verso di lei.

2° Occorre che la violenza sia stata la causa determinante del consenso e sia seria, cioè tale da fare impressione sopra un individuo normale e da incutergli il timore di un danno grave nella persona o nei beni [171].

È controverso tuttavia se la minaccia di un danno nei beni costituisca violenza, o non piuttosto quella soltanto che si riferisce alla persona; la dottrina prevalente comprende i due casi.

Non importa che la minaccia abbia per oggetto la persona stessa o i beni di colui del quale si vuole estorcere il consenso, o quelli di un'altra persona a lui legata da stretti vincoli di sangue, purchè si tratti di un ascendente o discendente.

In certi casi, la violenza dev'essere gravissima, cioè essere costituita dalla minaccia di morte; per esempio, per scusare l'apostasia dall'Islām e l'oltraggio al Profeta. Non basterebbe nemmeno la violenza gravissima a scusare l'omicidio di un Musulmano o la fornicazione (" zinā ") [172].

« È pure uno stato di violenza, per una donna, scrive Ḫalīl, il non avere di che sostentare la propria vita (o quella dei figli) e l' essere perciò costretta a prostituirsi a chi le dà sostentamento [173]; ma, in questi casi, val meglio sopportare la morte ».

§ **33.** III. La dichiarazione deve esprimere una volontà *pienamente consapevole*.

È quindi viziato il consenso determinato:

A) dal dolo (" ġurūr ");

B) dall' errore.

A) V'ha dolo (" ġurūr ") [174] quando un contraente dissimula o tace scientemente una circostanza essenziale, che l'altra parte avrebbe

---

[171] Ḫalīl, IX, n. 109 e not. 713, 714; Dardīr–Dasūqī, II, 326; Zurqānī, IV, 86 sg.; Ḫiršī, IV, 34-35; cf. *Digest.*, 4, 2, 6.

[172] Ġazālī, I, 90; Ḫalīl, l. c.; cf. *P. C. T.*, a. 55.

[173] Ḫalīl, IX, § 109. In questo caso, l'atto non è considerato fornicazione (" zinā ") e non è punito.

[174] *Muwaṭṭa'*, III, 122; Ḫalīl, X, n. 16, 172; Zurqānī–Bannānī, V, 133, 136; Bannānī, V, 134. 137; *'Amaliyyāt*, 141; cf. *P. C. T.*, a. 783, 786.

avuto interesse a conoscere[175], o fa credere all'esistenza di un fatto inesistente e induce così l'altro contraente in errore per modo da carpire il suo consenso.

I giuristi malichiti distinguono due specie di dolo:

1° Il *dolo in re* (" ġurūr fi'lī ")[176], per esempio il fatto del venditore che dà al suo cavallo un colore artificiale, dipingendolo, o macchia d'inchiostro la veste dello schiavo esposto in vendita, per far credere che lo schiavo è letterato, o gonfia la bestia macellata per farla apparire più pingue. Commette pure un *dolo di fatto* il facchino incaricato di un trasporto, il quale lega con una corda logora o troppo debole il carico imposto all'animale, sì che la corda si spezza e il carico va perduto.

Un caso speciale di *dolo reale* è quello detto " taṣriyah "[177]; è questa la frode che consiste nell'astenersi dal mungere l'animale per parecchi giorni, prima della vendita, per far sì che le mammelle appariscano più turgide e la bestia sembri avere grande abbondanza di latte. Le femmine in questo stato si chiamano " muṣarrāh ". Di questa frode è più d'una volta parola nella tradizione: « Non trattenete il latte delle pecore e delle cammelle. Colui che comprerà una pecora in questo stato avrà la scelta tra due alternative, se ne ha già preso il latte: potrà, se vuole, trattenere la bestia, e potrà, se vuole, restituirla, con più uno staio di datteri » (in compenso di quanto ha consumato). La " taṣriyah " è quindi un caso di *dolo reale* ed è legittimo motivo di rescissione.

2° Il *dolo verbale* (" ġurūr qawlī) ". Eccone qualche esempio che gioverà a chiarire il concetto meglio di una definizione[178]:

a) è *dolo verbale* il fatto di chi raccomanda ad un altro, per un mutuo, una persona che egli sa essere insolvente;

b) una persona presenta ad un sarto un taglio di stoffa e gli domanda se basta per fare una veste, ed in tal caso l'autorizza ad adoperarla per quell'uso; il sarto afferma che è sufficiente e taglia la stoffa, sapendo che non basterà; è un caso di dolo verbale;

---

[175] Questa reticenza dolosa si chiama " tadlīs ".

[176] Buḫārī, *šurūṭ*, n. 8, 11; *buyū'*, 64, 65, 71; Ḫalīl, X, n. 43, 112; Dasūqī, IV, 23; Tasūlī, II, 199; cf. *P. C. T.*, a. 61 nota.

[177] Buḫārī, *buyū'*, n. 64, 65, 71; *šurūṭ*, n. 8, 11; cf. Peltier, *Ventes*, p. 121 sg.; Ḫalīl, X, n. 112.

[178] Dasūqī, IV, 23.

c) taluno presenta ad un cambiavalute una moneta e gli domanda se è di titolo fine; il cambiavalute risponde affermativamente, sapendo il contrario;

d) è dolo verbale il concerto frodolento detto " bay' an-naġaš ", sul quale è necessaria qualche parola di spiegazione. " Naġaša " significa propriamente scovare, snidare la selvaggina e mandarla dal lato ove si trovano i cacciatori: il " bay' an-naġaš " è il fatto di chi vanta una merce esposta in vendita ed offre un prezzo, d'accordo con il venditore, per modo da indurre altri a comperarla per un prezzo superiore al valore reale; chi così fa *scova* in certo modo la selvaggina che il venditore farà poi cadere nel laccio, onde il nome della vendita effettuata mediante questo concerto frodolento [179] o dolo verbale.

§ **34.** *B*) *Errore* (" ġalaṭ "), *ignoranza* (" ġahl ").

La conoscenza (" 'ilm "), secondo il concetto greco conservato dagli Arabi e da tutto il Medioevo, è la corrispondenza del nostro concetto con quello che le cose sono in sè. Questa corrispondenza colla realtà o essenza delle cose costituisce la verità della nozione che di quelle si è formata la nostra mente. Chi concepisce le cose diversamente da quello che realmente sono, le ignora; da ciò il suo errore (" ġalaṭ "). L'errore è una forma d'ignoranza (" ġahl "), secondo le scuole socratiche, e difatti nelle fonti arabe le parole *errore* (" ġalaṭ ") e *ignoranza* (" ġahl ") si trovano spesso adoperate l'una per l'altra, per indicare il difetto di corrispondenza tra il concetto della nostra mente e la realtà obiettiva.

L'errore o ignoranza ha due forme: può essere *errore di fatto* (" ġahl bi-'s-sabab ", *lett.* ignoranza della causa), o *errore di diritto* (" ġahl bi-'l-ḥukm ").

I. *Errore di fatto*. Nell'errore di fatto si distingue:

1° L'*errore sulla sostanza* (*error in corpore* = " al-ġahl bi-'ḏ-ḏāt ", " al-ġalaṭ bi-ḏ-ḏāt "), cioè sulla identità (" ḏāt ") dell'oggetto [180]. Quando le parti sono d'accordo sulla identità della cosa con quella su cui è effettivamente avvenuto il loro consenso ed il nome dato a quella cosa corrisponde a quello con cui viene indicata nell'uso comune, l'errore sulla sostanza non vizia il consenso. Se

---

[179] Buḫārī, *buyū'*, n. 60; *šurūṭ*, 8, 11; *Muwaṭṭa'*, III, 152; Ḫalīl, X, n. 16, n. 66; Zurqānī, V, 89-90; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 123; Peltier, *Ventes*, 111-112.

[180] Ibn 'Āṣim, v. 705; Ḫalīl, X, n. 134 (1) e not. 569; Zurqānī, V, 152-153; Ḫiršī, V, 152; Tāwudī-Tasūlī, II, 22-23; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 293-294; cf. *P. C. T.*, a. 48-52.

taluno dice ad un'altra persona: « Ti vendo questa pietra » e si trovi, dopo conchiuso il contratto, che la pietra è una pietra di valore, il venditore non può allegare l'errore in cui è caduto rispetto alla sostanza, per chiedere la rescissione dicendo: « Non credevo che quella fosse una pietra preziosa », nè il compratore è tenuto a risarcire chi gli ha venduto, perchè non esiste contestazione sulla identità dell'oggetto su cui è avvenuto il consenso e le parti l' hanno indicato col nome generico che gli viene dato nell'uso comune; si presume perciò che il venditore sapesse quello che vendeva e, comunque, avrebbe dovuto accertarsene prima [181].

2° L'*errore o ignoranza intorno alla qualità della cosa* (" al-ġahl bi-'l-waṣf ") [182].

Quando le parti hanno indicato l'oggetto del contratto con un nome diverso da quello con cui propriamente viene chiamato o con un nome speciale che indica la intenzione delle parti, v'ha *errore sulla qualità*, se poi risulti che quel nome non conviene alla cosa. In questi casi il contratto è viziato (" fāsid "), poichè la volontà delle parti era rivolta a tutt'altro oggetto. Ad esempio, se taluno dice: « Ti vendo questo rubino » e poi si trovi che è un vetro colorato. Reciprocamente, se taluno dice: « Compro da te questo cristallo » e risulti invece trattarsi di un rubino o d'uno smeraldo. Infatti, in questi casi, la qualità della cosa su cui si contrae è stata specificata espressamente e, se l'oggetto non vi corrisponde, non si può dire che le parti abbiano consentito, perchè non è la cosa di cui è stato trattato tra loro.

L' ignoranza di fatto è scusabile o meno secondo le circostanze: è ammissibile l'ignoranza del fatto altrui, mentre non sarebbe scusabile la ignoranza di un fatto generalmente noto; invece « colui che dice d'ignorare quanto è ignoto alla maggior parte degli uomini deve essere creduto in quanto afferma » [183]. In sostanza, l'ignoranza di fatto è scusabile, se non implichi colpa grave o supina negligenza da parte di colui che l'allega.

§ **35.** II. La seconda specie di errore è l'*errore* o *ignoranza di diritto* (" al-ġahl bi-'l-ḥukm ").

---

[181] In diritto ḥanafita l' *error in corpore* esclude il consenso: Ibn Nuġaym, II, 136; cf. *Digest.*, 18, 1, 9 § 2.

[182] Ibn 'Āṣim, v. 706; Mayyārah, II, 294; Zurqānī, V, 153; cf. Ibn Nuġaym, I, 326; *Maġallah*, a. 208; *Digest.*, 18, 1, 9 § 2.

[183] Tasūlī, II, 70, 264.

L'errore di diritto è di regola inescusabile. Così, per esempio: « Colui che allega d'ignorare che il possesso prolungato può essere cagione di decadenza del diritto non viene scusato quando allega questa ignoranza »[184]. Del pari l'erede che dice d'ignorare che i debiti ereditari debbono essere pagati prima di ogni divisione. Tuttavia nell'indagine intorno all'errore di diritto, occorre tener presente la speciale qualità delle persone. Può essere scusabile un errore di diritto da parte di una persona incolta, d'una donna non pratica d'affari, d'un giovane inesperto, ed anche d'una persona colta, quando si tratti di questione controversa nella dottrina[185]. Il problema si riduce quindi a ricercare se nel caso proposto l'errore di diritto implichi colpa da parte di colui che l'allega. « La regola in questa materia – scrive Ibn Rušd – è che, quando si tratti del diritto altrui[186], l'ignoranza non è scusabile; invece, quando non si tratti del diritto altrui, l'ignoranza è scusabile, se è materia che si può anche non sapere, mentre non lo è, se è cosa che nessuno può esimersi dal conoscere » (ap. Tasūlī, II, 264).

§ **36.** *Lesione*[187]. — Alla questione dell'errore o ignoranza si riconnette la *lesione* (" ġabn "), che è « l'acquistare una cosa per più della tolleranza consueta o il cederla per meno di quella ». Il " ġabn " è quindi una forma d'ignoranza od errore intorno al vero valore d'una cosa.

Si ritiene che esista lesione quando la differenza tra il valore indicato nel contratto e il valore effettivo è di almeno un terzo.

La lesione dà luogo ad una vivace controversia nella scuola malichita.

Secondo Mālik, seguito dalla scuola africana e spagnuola, la lesione (" ġabn ") si può invocare qual ragione di rescissione solo qualora sia stata determinata dal dolo dell'altro contraente. Invece i Malichiti dell'ʿIrāq ritengono esservi " ġabn " qualora sia provata la lesione, anche se manchi il dolo dell'altra parte. Altri finalmente negano la rescissione in base al " ġabn ", qualora l'acquirente offra

---

[184] *Mud.*, XIV, 188; Dasūqī, IV, 297; Ḫiršī, III, 251–252; Dardīr–Dasūqī, IV, 321; Tasūlī, II, 241.

[185] Ḫalīl, XXXVII, § 37; Dardīr–Dasūqī, IV, 280–281; II, 261; Zurqānī, III, 250–251; Tasūlī, II, 70–71; Ḫiršī, III, 252; *ʿAmaliyyāt*, 526.

[186] Cioè quando l'errore o ignoranza sono lesivi del diritto altrui.

[187] Ibn ʿĀṣim, v. 910; Tāwudī–Tasūlī, II, 100 sg.; Mayyārah, II, 39; Nawawī ad Muslim, VI, 383; Ḫalīl, X, n. 134 e not. 660; Bannānī, V, 21; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 153.

di completare quanto manca sul valore della cosa; per questi dottori l'azione di " ġabn " si riduce, in sostanza, ad un'azione *quanti minoris*.

Da questa controversia si eccettuano le questioni che riguardano gl'incapaci; è pacifico nella dottrina che si può sempre opporre la lesione, anche in mancanza di dolo, quando la parte lesa è un minorenne od altro incapace, anche quando sia stato assistito dal tutore o curatore.

Il " ġabn " dà luogo, come il vizio redibitorio, ad un " ẖiyār " (opzione); in altri termini, la parte lesa ha la scelta fra chiedere la rescissione del contratto o mantenerlo in vita. L'azione si può sperimentare entro l'anno dalla data del contratto.

SEZIONE VI. — Effetti della nullità.

§ **37.** L' atto nullo (" bāṭil ") non esiste legalmente e quindi non produce verun effetto [188]. Così, ad esempio, il matrimonio nullo non crea vincolo tra i coniugi nè costituisce titolo per uno di essi ad esser chiamato alla successione dell'altro. La donna sposata da un individuo che aveva già quattro mogli può liberamente passare ad altre nozze, anche senza far annullare la unione contratta, la quale, essendo un quinto matrimonio, è inesistente di fronte alla legge.

In questi casi non occorre che il giudice annulli l'atto, basta che ne constati la nullità.

Lo stesso avviene nei casi di violenza.

a) Il ripudio dato per violenza non ha effetto [189]. « Quando taluno è stato costretto dai briganti a dar ripudio a sua moglie, quest'atto è come non avvenuto, e non avviene ripudio, perchè il Profeta ha detto: " Gli atti sono quelli che sono le intenzioni » (cioè l'animo di chi le pone in essere), e colui che subisce la violenza non ha affatto l'animo (" niyyah ") di fare quanto è costretto a fare, anzi ha l'animo di non farlo ». « Non v'ha ripudio, dice un " ḥadīṯ ", quando vi è violenza » (" lā ṭalāqa ma'a iġlāq ").

---

[188] *Mud.*, IV, 31, 32; Ibn 'Āṣim, v. 371–372; Tāwudī, II, 254; Mayyārah, I, 171–172; cf. Ibn Nuġaym, II, 194; Ḥamawī, I, 325, n. 3; *Cod. Egiz.*, a. 18, 135; *Projet Algér.*, a. 276; *P. C. T.*, a. 372.

[189] Buḫārī, *ṭalāq*, n. 10–11; Buḫārī–Qasṭallānī, X, 95; *Mud.*, VI, 24, 29, 52; Ibn 'Āṣim, v. 538; Ḫalīl, IX, n. 109 (*b*) e not. 713; Zurqānī, IV, 86; Dardīr, II, 326.

Un marito giura che, se entrerà in casa del tale, darà ripudio a sua moglie, giuramento che in diritto islamico è solenne ed obbliga il marito a fare quanto ha enunciato, se compie l' azione prevista. Supponendo che il marito sia costretto ad entrare in quella casa, cioè che vi sia trascinato per forza o portato a braccia, senza sua volontà, dovrà egli dar ripudio ? La dottrina decide che il fatto materiale non basta per obbligare l' individuo a dar esecuzione al suo giuramento, perchè egli è stato costretto a compiere l' atto e questo si deve ritenere non avvenuto [190].

b) La confessione ottenuta dal giudice o da altri mediante la minaccia di prigionía o altri mezzi coercitivi non ha valore legale, secondo Ibn al–Qāsim e l'opinione prevalente: « La confessione non fa prova, dice Ḫalīl, se non è spontanea » [191]. La dottrina della scuola di al–Qayrawān, con a capo Saḥnūn, professa, è vero, una regola opposta: « La confessione del reo è valida anche se vi sia stato costretto. . . » ; ma la scuola malichita non ammette questa derogazione ai principî, se non in casi di eccezione. L'opinione di Saḥnūn è ammissibile, dicono i commentatori, se al giudice consta che l' imputato è persona sospetta; in questo caso il giudice può imprigionarlo e batterlo, affinchè confessi, e la confessione così ottenuta è valida ; « ma il sistema dell' *al–Mudawwanah* è il più accreditato e più conforme ai principî del diritto » [192].

c) Ritroviamo le stesse regole applicate al matrimonio, all'affrancamento di schiavo, al riconoscimento di debito, al giuramento ecc. [193].

Basterà quindi che il giudice dichiari la nullità dell' atto estorto mediante la violenza, quando questa gli risulti provata.

§ **38.** L'atto nullo (" bāṭil ") non si può convalidare, perchè non si conferma ciò che non esiste. Invece l'atto invalido o rescindibile può essere convalidato [194].

Questa convalidazione può risultare :

a) dalla conferma espressa [195] (" iǵāzah " = ratifica) ;

---

[190] Zurqānī, IV, 86.
[191] *Mud.*, XVI, 93; Ḫalīl, XXXVII, n. 78.
[192] Dardīr, IV, 307; vedi ibid., altri sistemi di conciliazione.
[193] *Mud.*, XIII, 130, 9 dal b.; Ḫalīl, IX, n. 109 e not. 722.
[194] Ḥamawī, I, 325 not.
[195] *Mud.*, IV, 37; Ḫalīl, XX, n. 8.

b) dalla esecuzione volontaria da parte di chi conosceva la ragione della rescindibilità e avrebbe potuto opporla; questa esecuzione costituisce ratifica tacita (detta pure " iġāzah "). Così il compratore, il quale fa uso della cosa acquistata o ne dispone, pur avendo notizia della lesione che vizia il contratto o del difetto redibitorio, si presume abbia accettato [196], rinunciando a prevalersi delle ragioni di nullità. Del pari si presume l'accettazione di colui che è stato vittima d'una violenza, se poi, cessata questa, eseguisce spontaneamente l'atto cui era stato costretto [197]; il mandante, che potrebbe rifiutare l'atto posto in essere dal suo mandatario con eccesso di potere, lo ratifica se lo eseguisce senza riserve [198].

§ **39.** Invece, l'atto viziato (" fāsid ") ha un'esistenza, benchè imperfetta, e produce i suoi effetti finchè non sia formalmente impugnato. Il vizio che produce la invalidità non impedisce la formazione del vincolo, ma dà luogo eventualmente, alla rescissione [199]. « L'atto invalido – dice uno Sciafiita, al–Ġurġānī – è quello che per la sostanza è valido, ma non (è valido) per il suo modo di essere (" aṣ–ṣaḥīḥ bi–aṣlihi lā bi–waṣfihi "). Esso produce l'acquisto della proprietà qualora vi sia congiunto il possesso; ond'è, per esempio, che se taluno ha comprato uno schiavo, dando come prezzo una certa quantità di vino [200] e ne abbia ricevuto consegna (cioè dello schiavo) e poi lo emancipa, lo schiavo sarà libero... » [201].

Ma qui possono avverarsi varie ipotesi:

1° L'atto invalido non ha ancora ricevuto esecuzione; fatta la prova della invalidità, si fa luogo alla rescissione (" faṯ ") o revocazione (" radd "), e le parti sono sciolte senz'altro, come se tra loro non fosse intervenuto verun rapporto [202].

2° L'atto ha già avuto esecuzione in tutto od in parte, e non è tale, per la sua natura, da potersi restituire in pristino; è il caso detto

---

[196] Ḫalīl, X, n. 116.

[197] Ḫalīl, IX, n. 109 in f.; Dardīr–Dasūqī, II, 329; Ḫiršī, IV, p. 36.

[198] Cf. *Maġallah*, a. 312, 335, 359.

[199] Ḫalīl, X, n. 2; Ibn ʿĀṣim, v. 829; Tāwudī–Tasūlī, II, 71; (Ḥanaf.) Ḥamawī, II, 96, n. 6; *Maġallah*, a. 109, 110; Ibn Nuġaym, II, 194 e Ḥamawī, ad loc.; *ad–Durr al–muḫtār*, V, 465; VI, 145.

[200] Il vino è cosa illecita e non può esser dato come prezzo; il contratto è dunque viziato.

[201] Ġurġānī, s. v. " fāsid "; cf. s. v. " bayʿ ".

[202] " mā fasada taʿayyana radduhu mā lam yafut "; Dardīr–Ṣāwī, II, 26.

di irrevocabilità (" fawāt ")[203], per esempio, un matrimonio consumato, un affrancamento. In tal caso occorre regolarizzarlo, *officio iudicis*, disciplinandone gli effetti in modo consentaneo colle regole del diritto, per quanto si può. Infatti, benchè non regolare, l'atto esiste come stato di fatto, in quanto alle conseguenze da esso prodotte e da cui non è possibile far astrazione; non rimane altro che ricondurle, nel limite del possibile, alle norme del diritto, riparando a quanto l'atto ha di meno regolare[204]. *Fieri non debuit, factum tamen valet*, dicono i canonisti cristiani nei casi simili.

3° L'atto ha avuto esecuzione, ma è tale che si può retrattare. Nel caso di violenza, vien concessa contro l'autore di questa un'azione di rescissione tendente ad annullare l'atto[205] ed alla restituzione dei valori estorti, ed anche un'azione molto analoga all'*actio in rem scripta* del diritto romano contro ogni terzo che per avventura si trovasse in possesso delle cose estorte mediante la violenza. « Sarà restituito alla vittima della violenza – dice az–Zurqānī – ciò ch'essa ha dovuto alienare coattivamente, e non le può venir opposta nessuna alienazione successiva che della cosa sia stata fatta, nè l'affrancamento concesso allo schiavo, nè la donazione . . . ed anzi il terzo compratore sarà punito, se era a sua notizia l'avvenuta violenza ».

Nel caso del *dolo*, colui che ne è stato vittima può, a sua scelta, confermare l'atto o chiederne la rescissione, salvo che ciò leda i diritti dei terzi di buona fede; in altri termini, l'atto non è nullo, è semplicemente rescindibile, salvo i diritti dei terzi di buona fede[206].

§ **40.** Le fonti offrono numerose applicazioni di queste regole.

Il contratto di matrimonio è *viziato* (" fāsid "), e quindi rescindibile, se il dono nuziale consiste in vino od altre cose illecite, ovvero è stipulato pagabile a data indeterminata. Se il matrimonio non è stato consumato, il vincolo nuziale viene rescisso senz'altro; se invece la consumazione è avvenuta, il contratto viene regolarizzato *officio iudicis*, imponendo al marito di pagare un dono nuziale con-

---

[203] La parola " fawāt " significa propriamente « trascorrere, passare oltre, tanto da non essere raggiunto », e tecnicamente la condizione di ciò che non si può reintegrare, di ciò che è divenuto irrevocabile.

[204] Cf. Ḫalīl, X, n. 195; XXVIII, n. 23; Dasūqī, IV, n. 44; *Maġallah*, a. 366, 370–371.

[205] Ḫalīl, X, n. 2; Ḫiršī, V, 9; Zurqānī, IV, 86–87; V, 8 in f., 9, 10; Bannānī, ibid., 9; Tasūlī, II, 71, 299; Qasṭallānī, X, 95; cf. *Maġallah*, a. 1006, 1575.

[206] Buḫārī, *hibah*, n. 14; Ḫalīl, X, n. 16, 66, 172; Zurqānī–Bannānī, V, 90, 133, 134, 136, 137; cf. *P. C. T.*, a. 66.

gruo (" mahr al-miṯl "), cioè equivalente a quello che, secondo la consuetudine del luogo, è dovuto in un matrimonio tra persone che appartengono a quella classe sociale e si trovano in condizioni analoghe a quelle dei coniugi [207].

La locazione di cose o di opere è *viziata* se, per esempio, il prezzo è indeterminato; riconosciuta la invalidità (" fasād "), si applicherà la stessa regola: o il contratto non ha ricevuto esecuzione, e sarà rescisso senz'altro; o è stato eseguito, e il fitto, o mercede, da corrispondere sarà determinato in base a quanto viene stabilito dalla consuetudine del luogo per le cose o i servigi di quella categoria [208].

Si procede nello stesso modo nei casi d'invalidità (" fasād ") dell'accomenda (" qirāḍ "), della colonía agricola (" musāqāh ") e via dicendo [209].

Viceversa, la promessa di ricompensa (" ǵu'l ") a chi troverà un oggetto smarrito o compirà un altro fatto, invalida come tale per qualche ragione, può valere come locazione di servigi e produrre gli effetti [210].

§ **40bis.** Fin qui abbiamo esaminato il caso in cui la nullità o la invalidità investe il negozio giuridico direttamente e nella sua totalità; è il caso principale, ma non il solo.

A) La nullità può essere anche riflessa o indiretta; è il caso della obbligazione accessoria, quando la obbligazione principale è dichiarata nulla o invalida [211]. Caduta la obbligazione principale, è evidente che debbono cadere con essa la fideiussione ed i pegni costituiti a garantirla .« Quando cade il tronco, cade anche il ramo », dicono i Ḥanafiti, e così le altre scuole.

Cadono anche i patti accessori che si riferiscono alla obbligazione. Se una vendita o una transazione vengono dichiarate nulle o rescisse, nessuna delle parti può prevalersi delle confessioni o dichia-

---

[207] *Mud.*, IV, 31; Ibn 'Āṣim, v. 371 sg.; Dardīr–Dasūqī, II, 270, 271; cf. Ibn Nuǵaym, II, 270–271.

[208] *Mud.*, XI, 82, 184 in f., 185, 198; Dardīr–Dasūqī, IV, 44; *Tuḥfat al-quḍāh* (A. M., XV, pp. 300–302).

[209] Ibn 'Āṣim, v. 1161; Ḫalīl, XXVII, n. 2, 3; XXVIII, n. 23; *'Amaliyyāt*, p. 242.

[210] Ḫalīl, XXX, n. 11. Il diritto ḥanafita presenta esempi analoghi in gran numero di queste conversioni dei negozi giuridici. Cf. *ad-Durr al-muḫtār*, V, 442; *P. C. T.*, a. 375; ma qui non ci occupiamo del diritto ḥanafita.

[211] Ḫalīl, XIII, n. 14; XVIII, n. 10, 19; Dardīr–Dasūqī, III, 291; *'Amaliyyāt*, p. 72; cf. *Maǵallah*, a. 50, 52; Ibn Nuǵaym, I, 155; II, 270.

razioni contenute in quegli atti, in quanto dipendono dall'atto principale.

È evidente che la reciproca non sarebbe esatta [212]; la nullità dell'obbligazione accessoria non influisce sull'obbligazione principale, e, ad esempio, la costituzione di fideiussore o di pegno può essere dichiarata nulla, pur rimanendo integro il debito principale; così il pegno di vino essendo invalido, il " qāḍī " farà sequestrare il vino e spandere il contenuto delle botti, ma il credito continua a sussistere, colla differenza che il creditore avrà perduto la garanzia del suo credito.

B) La nullità può essere parziale. Il caso si può presentare solo quando le parti, di cui consiste l'obbligazione, sono indipendenti tra loro, per modo che una possa sussistere anche in mancanza dell'altra [213]: Tizio emette una confessione di dovere un cavallo determinato, più una casa, senz'altra determinazione; la confessione si scinde; sarà valida quanto all'animale, nulla per la casa, l'oggetto non essendo determinato.

Un Musulmano sposa, collo stesso contratto, una Musulmana ed una Mazdeista o una parente in grado proibito; ovvero assegna alla moglie, come dono nuziale, cento in danaro, più una botte di vino; il contratto varrà per la Musulmana, non per la Mazdeista, o per il dono nuziale in numerario, non per la botte di vino.

La regola si può riassumere così: Quando si tratta di atti di liberalità (donazione, costituzione di " waqf " ecc.), la nullità di una parte dell'atto non nuoce all'atto in quanto alla parte valida — *utile per inutile non vitiatur* —; l'atto si deve conservare per quanto si può, salvo che quelle parti non si possano scindere, nel qual caso la nullità parziale trae seco la nullità dell'atto intero [214].

Negli atti a titolo oneroso [215] (" mu'āwaḍāt ") la nullità di una parte del negozio giuridico trae seco la nullità dell'intero atto, salvo che le singole parti si possano considerare indipendenti, nel qual caso si darà effetto alle parti valide.

---

[212] *Mud.*, XIII, 107; Ḫalīl, XVIII, n. 10.

[213] Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, I, 31; Ibn Nuǵaym, I, 148; (decisioni ḥanafite, ma che si applicano anche pei Malichiti).

[214] *Mud.*, XV, p. 131; Ḫalīl, XXXII, n. 6, e not. 21, n. 8, n. 20; Dasūqī, IV, 73; Ḫiršī, VII, 81, 84; Zurqānī, VII, 77; eccezione nel caso di emancipazione, *favore libertatis*: Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 197.

[215] *Mud.*, IV, 124; XI, 46 in f., 47, 191, 192; Zurqānī, V, 22–23.

CAPITOLO II.

Indebito arricchimento.

§ **41.** « Voi siete una Comunità (" ummah ") di fratelli », dice il Corano, e lo stesso ripete il " ḥadīṯ "; questa fratellanza, costituita dalla comune professione della fede islamica (" ḫillat al-islām, uḫuwwat al-islām ")[216], si riflette anche nell'ordine giuridico come in ogni altra parte della vita musulmana (cf. Lib. I, §§ 1–3 e 5)[217].

Il diritto privato, quale lo concepiscono i giuristi islamici, non è una mera questione di mio e di tuo, tra persone estranee e non d'altro pensose che del proprio interesse; ha invece per materia i rapporti tra membri della stessa famiglia, fra fratelli per fede, che si debbono aiuto reciproco o per lo meno lealtà e buon consiglio[218]. Quindi la regola della buona fede posta a fondamento di tutti i rapporti giuridici, specie i rapporti patrimoniali[219], perchè « a nessuno è lecito prendere al fratello ciò che questi non ha concesso di buon grado »[220], nonchè il carattere di beneficenza assunto da molti contratti: nel mutuo[221], nella locazione-conduzione di opere, nella fideiussione, nella transazione[222], nel comodato, nel deposito, nella delegazione[223], il concetto etico di assistenza e liberalità si sovrappone allo stretto rapporto giuridico e in parte notevole ne determina pra-

---

[216] *Cor.*, III, 98, 100, 106; Buḫārī, *ṣalāh*, 80.

[217] « Das Moslemische Recht gebietet dem Rechtsgläubigen in allen bürgerlichen Verträgen nur einen erlaubten Profit zu nehmen und keinenfalls die bedrängte Lage eines moslemischen Bruders auszunutzen » (Tornauw, *Moslem. Erbrecht*, ZVRW, V, 167).

[218] *Cor.*, XLIX, 10; Muslim-Nawawī, I, 330, 354, 355; Buḫārī, *maẓālim*, n. 3; *ṣalāh*, n. 80; *adab*, 36, 37, 52; Rāzī, II, 139; Ġazālī, *Iḥyā'*, II, 135 sg.

[219] *Cor.*, II, 172; IV, 33, 61, 134; V, 1, 11; VI, 153 ecc.; Rāzī, III, 351 sg.; Māwardī, 49; Ġazālī, *Iḥyā'*, II, 38 sg.; Murtaḍà, *Itḥāf*, V, 411 sg.; *Kanz al-'ummāl*, ap. Ritter, in Der Islam, VII, 1916, 28 sg. (cf. ibid., p. 31–44, un' ampia analisi di al-Ġazālī, *Iḥyā'*).

[220] Discorso d'addio del Profeta: Ibn Hišām, p. 970; cf. Caetani, a. 10 H., § 77.

[221] *Cor.*, II, 246, 278, 280; V, 15; LVII, 11, 17; Ibn Māǵah, II, 43; Zurqānī-*Muwaṭṭa'*, III, 146.

[222] *Cor.*, IV, 127, 114; Buḫārī, *maẓālim*, n. 15; *ṣulḥ*, n. 1–3, 6, 10, 11, 14.

[223] Muslim, VI, 439; Buḫārī, *ḥawālah*, n. 1; *Muwaṭṭa'*, III, 140.

ticamente le conseguenze. E così il porre in salvo, e generalmente il tutelare le cose altrui, in caso di pericolo, è obbligo ad un tempo di buona fratellanza e di diritto civile, la cui omissione può dar luogo a sanzioni legali[224]; nell'ordine procedurale, la testimonianza in giudizio è considerata anche come dovere religioso e di assistenza fraterna, poichè a nessuno è lecito tacere quanto è a sua notizia, con danno del fratello[225].

Questa sollecitudine per il lato etico del diritto spiega la cura con cui i giuristi si studiano di tutelare un' equa reciprocità nei negozi, d'impedire che un contraente abbia modo di realizzare a spese dell'altro un lucro ingiustificato, cioè quando l'altra parte non ottiene un vantaggio corrispondente, perchè ciò sarebbe « mangiare i beni del fratello senza motivo », secondo l'espressione coranica.

Su ciò si fonda la dottrina musulmana dell' indebito arricchimento[226], la quale si esplica in tre forme principali:

1° divieto dell'alea ("ġarar "), in quanto fonte di lucro indebito;

2° divieto del " ribā " o lucro eccessivo in certi negozi;

3° ripetizione dell'indebito, cioè di quanto una parte ha retratto *sine causa*, o *redit ad non iustam causam*, per dirla colla terminologia cosí precisa delle fonti romane.

SEZIONE I. — Giuoco d' azzardo (" qimār ") e alea (" ġarar ").

§ **42.** Scrive Tacito che gli antichi Germani, quando non facevano la guerra, passavano i giorni e le notti giuocando e bevendo, finchè avevano alcunchè da perdere e, quando avevano perduto ogni cosa, mettevano come posta la moglie ed i figli. Gli Arabi preislamici non differivano dai Germani e da altri barbari; e quando la guerra o la razzia non li occupava, bevevano e giuocavano senza misura; un vanto che ricorre spesso nelle poesie preislamiche è di aver trascorso la nottata, fino all'alba, a bere coi compagni « un vino vecchio, sigillato con doppio sigillo » e di aver giuocato tutto, fino a rimanere povero e indebitato. Questa del giuoco era per gli Arabi una vera

---

[224] Ḫalīl, VI, n. 10; Ḫiršī, III, 21; Dasūqī, II, 99.

[225] *Cor.*, II, 282, 283; IV, 34; Buḫārī, *šahādāt*, n. 10; Ḫalīl, VIII, n. 1 (4); XXX, n. 145.

[226] *Cor.*, II, 276-279; III, 125; IV, 33; V, 92-93; Ḫalīl, X, n. 22 sg. e not. 127.

frenesia; la scommessa, la divinazione mediante le freccie (" azlām "), il tiro a sorte ricorrono in tutte le circostanze della vita pubblica e privata[227], per scrutare l'avvenire, per decidere un viaggio o una spedizione guerresca, per sapere a chi tocca pagare la composizione per il sangue, per dividere una proprietà comune, per repartire una cammella sgozzata ("maysir"), perfino per conchiudere un contratto; basti rammentare la quantità di vendite aleatorie (" munābaḏah, mulāmasah, bay' al-ḥaġar, muzābanah " ecc.); onde poi zuffe sanguinose ed inespiabili vendette, per cui la storia primitiva degli Arabi non è che una lunga battaglia.

L'Islām avversò tutte le forme di giuoco di azzardo, come quelle che sono « un abominio, opera di Satana », fomite di odii e d' inimicizie, e distolgono il fedele dal volgere l'animo a Dio e dal dedicarsi alla preghiera[228]; la giurisprudenza, sviluppando questi concetti, vieta il giuoco dei dadi (" nard "), e perfino quello degli scacchi (" šaṭranǵ), e dichiara incapace di essere testimone in giudizio chi abitualmente si dedica a quei giuochi; può essere tollerato il giuoco degli scacchi, ma solo se si giuochi raramente, senza interesse, non in pubblico, e purchè il credente non sia distolto dalle sue occupazioni temporali o dai doveri religiosi. È assolutamente vietata ogni forma di giuoco di azzardo o di scommessa a fine di lucro (" qimār ")[229].

Una sola categoria di giuochi fa eccezione al divieto[230], e sono le corse a piedi od a cavallo (" musābaqah "), le gare di tiro al bersaglio e altre che danno vigoría al corpo e sicurezza alla mano, le quali sono favorite come necessarie per addestrare i giovani alla Guerra santa e considerate lecite perchè la vittoria e il guadagno eventuale non vi dipendono da un avvenimento fortuito, ma dallo sforzo personale, dalla valentía e dalla resistenza dei contendenti.

E ad escludere anche meglio l'idea di azzardo e di lucro, si esige che il premio sia proposto non dai contendenti, ma da un terzo, detto " muḥallil " (colui che rende lecito), appunto perchè il suo intervento fa sì che la gara avvenga giusta le condizioni volute dalla legge[231].

---

[227] Ṭabarī, *Tafsīr*, V, 57; cf. Qasṭallānī, VII, 103.

[228] *Cor.*, V, 92–93; II, 216; XVII, 38; *Muwaṭṭa'*, IV, 194; Muslim, IX, 104; Buḫārī–Qasṭallānī, VII, 103; *P. C. T.*, a. 1681 sg.

[229] *Mud.*, XIII, 2; *Muwaṭṭa'*, IV, 194; Dasūqī, IV, 148; Ḫalīl, XXXV, § 81.

[230] *Cor.*, II, 216; V, 92, 94; VIII, 62; Ḫalīl, VIII, n. 27; Buḫārī–Qasṭallānī, V, 93–95; Muslim, VIII, 66–71, 123, 168; *Muwaṭṭa'*, II, 323 sg.; Abū Dā'ūd, II, 322 sg.

[231] Cf. *Cod.*, 22, 2, 5; 3, 43, 1; *Digest.*, 11, 5, 2 § 1, 3.

§ **43.** Anche quando non si tratta precisamente di giuochi d'azzardo, vi sono negozi in cui è tale la incertezza del risultato per uno dei contraenti o per ambedue, da risolversi in una specie di scommessa. Questi sono i contratti in cui domina l'alea (" ġarar ").

« Vi è alea, dice Ibn 'Arafah, ogni qualvolta è incerto se uno dei contraenti riceverà l'equivalente di ciò che ha dato o la cosa che si proponeva di ottenere conchiudendo il contratto » [232].

In tutti questi casi v'ha un lucro senza causa, cioè l'arricchimento di un contraente a spese dell'altro senza un motivo sufficiente che giustifichi e renda legittimo questo lucro. « Ciò che appartiene ad un Musulmano non è lecito per un altro, se il proprietario non vi consenta », dice il " ḥadīṯ ", e non si può parlare di consenso là ove il guadagno o la perdita dipendono dalla cieca sorte.

Per questo riguardo sono considerati aleatori, e quindi invalidi o viziati (" fāsid "):

I. I contratti la cui prestazione, che è oggetto dell'obbligazione, non è determinata con precisione sufficiente — poichè ogni incertezza si risolve necessariamente in un lucro senza causa a favore di un contraente e a danno dell'altro — ciò che avviene in varie forme di vendita e contratti affini [233].

II. I contratti commutativi (" mu'āwaḍāt ") aventi un oggetto futuro ed incerto, qualora questo sia la causa principale ed unica del contratto [234]. Invece l'alea incidente al contratto e che è difficile evitare, non vizia il contratto [235]. Nei contratti lucrativi l'incertezza dell' oggetto non nuoce alla validità [236] dell' obbligazione.

---

[232] Bannānī, V, 75; *P. C. T.*, a. 1686; cf. *Cod. Iust.*, 2, 3, 6; 5, 13, l. un. § 16.

[233] Compra–vendita di cosa non presente; o per un prezzo da determinarsi da un terzo; o di cosa non precisamente determinata; vendita al tatto (" mulāmasah "); cf. *Mud.*, X, 37–38; Buḫārī, *buyū'*, n. 62; Ḫalīl, X, n. 11–13, 26, 52, 54; Zurqānī, V, 76; VII, 23–24; Ḫiršī, V, 22; Ibn Farḥūn, II, 65; cf. *Maġallah*, a. 200–203.

[234] Compra del parto nascituro (*emtio spei*), di un raccolto futuro o ancora verde (*emtio aleae*), di un uccello nell'aria, di un pesce nell'acqua, di un diritto eventuale, e simili; cf. *Mud.*, X, 155; Buḫārī, *buyū'*, n. 61, 85–87; *Muwaṭṭa'*, III, 100, 106, 133; Ḫalīl, X, n. 55; Ibn Salmūn, I, 234; Zurqānī, V, 76, 80; Dardīr, III, 50; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 73, 90–91; *P. C. T.*, a. 71, 220, 668, 678.

[235] Ḫalīl, X, n. 59 [bis], n. 4 (4).

[236] Così il contratto di pegno, il quale, essendo considerato lucrativo per il creditore (Ḫalīl, XIII, n. 3; n. 4 nota; Zurqānī, V, 234, 236, 255; Ibn 'Āṣim, v. 236), ammette che il pegno consista in una cosa incerta e futura.

§§ **44.** III. *Il contratto di caparra* (" 'urbūn ", vocabolo d'origine semitica come il greco ἀρραβών) [237]. Vi sono due forme di caparra [238]:

a) quella data a conferma di un contratto già conchiuso, come segno della sua perfezione: Tizio compra o prende in locazione una cosa e, firmato che sia il contratto, rimette un oggetto od una somma all'altro contraente, come pegno dell'adempimento, da valere in deduzione di quanto deve al venditore o locatore, col patto che ciò dovrà essergli restituito qualora il contratto non avesse esecuzione. Si tratta in sostanza di un deposito che non ha nulla d'illecito, poichè si risolve in un'anticipazione eventuale di parte della somma dovuta;

b) ma v'ha una seconda forma di caparra: quella data col fine di assicurare una promessa di contratto, coll'intesa che, in caso di pentimento o di disdetta, colui che ha rimesso la caparra la perderà a profitto dell'altro contraente. Questo contratto è nullo. Il divieto risale alla più antica giurisprudenza malichita, poichè si trova nell'*al–Muwaṭṭa'*, sotto forma di un " ḥadīṯ " del Profeta, d'altronde assai debolmente autenticato: «Mālik riferisce, sulla fede di persone degne di fede, che lo riferiscono sulla fede di 'Amr ibn Šu'ayb, che lo riferisce sulla fede di suo padre, e questi sulla fede del suo avo, che l'Apostolo di Dio ha vietato la vendita con caparra » (*Muwaṭṭa'*, III, 94–95).

Mālik determina, nel suo commento a questo " ḥadīṯ ", il caso di *nullità* della caparra: «Mālik dice: Noi riteniamo che la vendita con caparra consista in ciò: una persona compra uno schiavo maschio o femmina, o prende in affitto una cavalcatura. Poi dice a colui dal quale ha comprato o locato: " Ti consegno un " dīnār " o un " dirham " . . . , a condizione che, se io prenderò la cosa venduta o cavalcherò la bestia, ciò che ti ho dato sarà computato in deduzione del prezzo o del fitto da me dovuto; se invece la vendita o la locazione non hanno effetto, quanto ti ho rimesso sarà tuo ". Questo (contratto) è assolutamente nullo ». La regola è rimasta nel diritto malichita, e Ḫalīl la registra nel suo Sommario. La nullità, dice az–Zurqānī commentando l'*al–Muwaṭṭa'*, dipende da due ragioni: 1° perchè il patto è aleatorio (e quindi nullo come tale); 2° perchè si risolve in

---

[237] La parola si trova in differenti forme: " 'arbūn ", " 'urbūn ", " 'urbān ", " 'urubbān ", " arabūn ", " urbūn ". Cf. S. Fraenkel, *Die aramäischen Fremdwörter im Arabischen*, Leiden 1886, p. 190.

[238] *Cor.*, II, n. 283; *Muwaṭṭa'*, III, 94 sg., (Peltier, *Mouwaṭṭa*, 1–2); Abū Dā'ūd, III, 199; Ḫalīl, X, n. 62; Zurqānī, V, 83; Ḫiršī, V, 78; Dasūqī, III, 55; Tasūlī, II, 8; *P. C. T.*, a. 345.

un arricchimento senza causa di uno dei contraenti a spese dell' altro [239].

La clausola penale, sotto forma di caparra, è colpita della stessa nullità, per gli stessi motivi, cioè in quanto si risolve in un arricchimento senza causa [240].

Quando non intervenga caparra, l'antica giurisprudenza ammette il contratto, considerandolo come una obbligazione condizionale: Si legge in al-Buḫārī (*šurūṭ*, n. 18): « Ibn ' Amr riferisce, sulla fede di Ibn Sīrīn, che un uomo disse ad un locatore d'animali: " preparami il tuo animale e, se non partirò con te nel tal giorno, ti darò cento dirham ". Egli non partì. Šurayḥ dice: Colui che spontaneamente, e senza esservi obbligato, s'impone una condizione, deve eseguirla» [241].

§ **45.** IV. *La costituzione di rendita vitalizia* [242]. — Anche questo contratto è aleatorio, « perchè, dice Ibn Salmūn, non si sa quanto possa durare la vita di un uomo, e questa incertezza costituisce un'alea », onde la nullità (rescindibilità) del contratto. Si legge nella *al-Mudawwanah* (XV, 111): « Mālik fu interrogato circa una persona che aveva donato la sua casa ad un altro, a patto che questi lo avrebbe mantenuto finch'egli fosse in vita. Mālik rispose: I frutti ch'egli (il donatario) ha percetti sono suoi e la casa viene restituita al proprietario (donante). Egli (donatario) fa suoi i frutti perchè ha i rischi (della casa), e quanto ha speso per mantenere il proprietario gli sarà restituito da quest'ultimo, che riprenderà la sua casa ». E lo stesso ripete Ḫalīl nel suo Sommario; il negozio è infatti nullo, perchè non si può determinare la durata della vita e quindi il prezzo effettivo per cui vien fatta la vendita o la locazione o altro negozio che costituisce la base del vitalizio.

Il caso sarebbe diverso se la rendita, invece di essere costituita per un periodo incerto, qual'è la vita dell'uomo, fosse costituita per un certo numero d'anni determinato nel contratto: in questa ipotesi, cessa ogni alea e quindi la ragione della nullità, ed il contratto sarebbe valido, purchè sia pattuito che, venendo a mancare il beneficiario della rendita, il suo erede gli succederà nel godimento, ed in man-

---

[239] *Muwaṭṭa'*, III, 95 e Zurqānī ad loc. (cf. Peltier, *Mouwaṭṭa*, 1–2); Ḫiršī, V, 78.

[240] Zurqānī, V, 83.

[241] Cf. Arin, *Rech.*, p. 133.

[242] *Mud.*, XIV, 155; XV, 111; IX, 37; cf. XIV, 161; Ḫalīl, X, 56; Zurqānī–Bannānī, V, 76, 77; Ḫiršī, V, 71–72; Ibn Salmūn, I, 215–216.

canza, il " Bayt al-māl " o Fisco, erede legale di tutte le eredità vacanti.

§ **46.** V. " *Ruqbà* " *o donazione reciproca causa mortis* [243]. — La " ruqbà " è la convenzione per cui due persone, di cui ciascuna è proprietaria di una casa di abitazione o di altro oggetto patrimoniale, convengono che, venendo a morte una di esse prima dell'altra, le due case o i due valori apparterranno al superstite. Il " ḥadīṯ " vieta questo contratto, in quanto fondato sull'aspettativa [244], e quasi sul desiderio della morte altrui, ed anche perchè aleatorio, riducendosi infatti ad una scommessa (*Mud.*, VII, 97) che si può così esprimere: « Se io ti sopravviverò, avrò la tua casa e la mia; se tu mi sopravviverai, avrai la mia casa e la tua ». Questa convenzione non ha effetto, e l'erede del contraente che ha perduto questa specie di scommessa potrà rivendicare quanto apparteneva al suo autore, se la convenzione ha avuto esecuzione.

Sono parimenti nulle, cioè rescindibili, certe forme di donazione che presentano qualche affinità colla " ruqbà ":

1° la donazione [245] di un palmeto di cui il donante si riserva il godimento per un certo numero di anni, stipulando che il donatario dovrà sostenere, nel frattempo, le spese di coltivazione: il contratto è nullo perchè aleatorio; infatti è incerto in quale stato saranno le piante dopo il termine convenuto, in cui la donazione avrà effetto, come è incerto l'ammontare della spesa che dovrà sostenere il donatario e che potrebbe anche assorbire il valore della piantagione; tutto ciò costituisce un'alea che annulla il contratto;

2° la donazione [246] di un cavallo, affinchè il donatario se ne serva nel " ġihād " (guerra contro gl'infedeli) per un certo tempo, col patto che dovrà mantenerlo e non potrà venderlo se non dopo scorso quel termine: la donazione è nulla per più ragioni: 1° perchè il donatario non può disporre della cosa donata prima dell'avverarsi della condizione; 2° perchè costituisce una vendita del cavallo mediante la somma necessaria al mantenimento dell'animale durante il tempo convenuto; 3° perchè, se il cavallo morisse nel frattempo, il donatario

---

[243] Buḫārī, *hibah*, 32; *Muwaṭṭa'*, III, 220; Ḫalīl, XXXIII, n. 20 e fonti in nota 67; Dardīr-Dasūqī, V, 97; Clavel, II, n. 683; Arin, *Rech.*, p. 134-137.

[244] " ruqbà " da " raqaba " « aspettare, sperare », onde " ruqbà " « aspettativa ».

[245] *Mud.*, XV, p. 116; Ḫalīl, XXXIII, 21 (a).

[246] Ḫalīl, XXXIII, n. 21 (b).

perderebbe tutta la somma spesa per mantenerlo, il che dà al contratto un carattere aleatorio.

§ **47.** VI. *Contratto di assicurazione.* — Le stesse ragioni si oppongono, nel diritto islamico, alla validità del contratto di assicurazione, sia che si tratti di assicurazione sulla vita umana, o di assicurazioni terrestri o marittime [247]. Prima che si conoscessero le leggi statistiche dei grandi numeri e il calcolo delle probabilità, questi contratti dovevano apparire quali mere scommesse, e si comprende che il diritto islamico, come da noi il diritto canonico, le abbia vietate [248].

Solo negli autori ḥanafiti più recenti si scorge una tendenza meno rigorosa: il *Radd al-muḥtār* (III, 345) ammette il contratto di assicurazione contratto da un Musulmano all'estero — cioè in paese non musulmano — per mezzo del suo agente non musulmano, con uno straniero ugualmente non musulmano, « poichè, dice l'autore, il contratto, pur essendo annullabile, è stato posto in essere tra due non musulmani in territorio sottratto all'impero della legge islamica, e il Musulmano riceve la somma promessa in caso di sinistro, col pieno consenso dell'altro contraente; nulla dunque gli vieta di ricevere questo pagamento ». Questo ragionamento sarebbe difficilmente ammesso dai Malichiti, poichè secondo loro il Musulmano non può, nè direttamente, nè per mandatario, stringere in alcun caso un contratto illecito.

SEZIONE II. — Lucro usurario (" ribā ") [249].

§ **48.** Filologicamente, la parola " ribā " significa eccedenza, *il di più* [250]. Nell'Arabia preislamica indicava genericamente l'aumento o lucro sul capitale che il debitore sborsava al suo creditore, a titolo

---

[247] Il nome non esiste affatto, ed è sotto la denominazione italiana di " sūkurtāh " che lo s'incontra in scritti moderni. Cf. Nallino, *Delle assicurazioni in diritto musulmano ḥanafita* (in *Oriente Moderno*, VII, 1927, 446-461), ove è posto in luce che i Ḥanafiti si basano sul principio del «divario dei due Territori» (" 'iḫtilāf ad-dārayn "), speciale della loro scuola.

[248] *Mud.*, IX, 28; cf. *Mud.*, IX, 133-134, 179 (assicurazione fatta col vetturale della merce da questi trasportata); *P. C. T.*, a. 1681 nota.

[249] J. Kohler, *Juristische Rechtsfragen bei islam. Juristen*, Würzburg, 1885; E. Cohn, *Der Wucher* (ribā) *in Qor'ân, Chadîth und Fiqh*, Berlin 1903; F. Arin, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et aléatoires en droit Musulman*, Paris 1909; Benali Fekar, *L'usure en droit musulman et ses conséquences pratiques*, Paris 1908; H. F. Amedroz, *The Hisbah jurisdiction*, nel *Journ. of the R. Asiatic*

(250) Per la nota [250] ved. p. seg.

di compenso per il capitale mutuato; e di questi compensi o eccedenze sul capitale l'antichità arabica conosceva tutte le varietà e tutti gli eccessi [251], come avviene sempre in una società povera, ove il commercio del danaro è monopolio di una oligarchia ristretta di capitalisti.

« Ribā " indica non solo la *eccedenza sul capitale mutuato*, cioè i frutti o interessi, ma anche una *differenza di qualità*, se migliore o più ricercata di quella dovuta, i *servigi* od opere prestate dal debitore in più della prestazione cui è tenuto [252], il *vantaggio sul tempo* del pagamento, quando il creditore è rimborsato sul suo credito prima della scadenza [253]. Tutte operazioni che si praticavano frequentemente prima dell'Islām e che davano luogo alle più svariate forme di usura. Oltre a queste varietà di " ribā ", si conosceva anche l'*aumento per concedere un termine* (" al-mazīd li -t-ta'ǧīl ") [254], come si diceva, cioè la novazione mediante un premio al creditore. Tizio deve 100 a Sempronio a sei mesi; giunto il termine, Tizio non può pagare; Sempronio consente a protrarre la scadenza ad un anno, purchè a quest'ultima data il debitore paghi 110 invece di 100. « Mālik riferisce che Zayd ibn Aslam ha detto: nei tempi d'ignoranza si praticava l'usura (" ribā ") in questo modo: un uomo, il quale aveva un credito a termine, diceva al suo debitore, quando la scadenza era giunta: Vuoi pagarmi, oppure vuoi tu fare un aumento (" ribā ")? Se il debitore pagava, il creditore prendeva quanto era dovuto; se no, il creditore aumentava il capitale del suo credito e concedeva una dilazione ». I giuristi considerano questo come una vendita di credito; il creditore vende al suo debitore quanto questo gli deve,

---

Soc., London 1916, 93, 299-314; 'Abdu 'r-Raḥīm (Cimino), § 268; Juynboll, § 59; Juynboll, *art.* Law (Muḥammadan) in Hastings, *Encycl. of Religion and Ethics*, vol. VII, p. 875 sg.; Aghnides, pp. 288 nota; Caetani, a. 7 H., § 38 (cf. Ibn Hišām, 759, 765; Ṭabarī, *Annales*, I, 1584).

[250] *Lisān al-'arab*, s. v. " ribā ", vol. XIX, p. 18; Nawawī ad Śīrāzī, p. 56; si dice anche " rimā " per la conversione frequente del *b* in *m* nel dialetto del Ḥiǧāz.

[251] Le fonti parlano di usura al cento per cento (" dīnār fī dīnār "), cf. Lammens, *Républ. marchande de la Mecque* (nel *Bull. Inst. Eg.*, V sér., t. IV, 1910), p. 37 e *passim*; ed il Corano parla di usure che aumentano di più doppi il capitale: " aḍ'āf^an muḍā' afat^an ".

[252] Usitato a Medina, cf. Buḫārī, *manāqib*, n. 19.

[253] Operazione di sconto (" ḍa' wa ta'aǧǧal " degli Arabi): *Mud.*, IX, 117-141; Ibn 'Āṣim, v. 314 e le note 221 e 694 ibid.; è il *commodum temporis* o *commodum repraesentationis*, cf. *Digest.*, 42, 8, 10 § 12, 17 § 2.

[254] Sāfi'ī, p. 64; Ḫalīl, X, n. 60; Mayyārah, I, 145; Ibn 'Āṣim, v. 314.

mediante un'obbligazione di somma maggiore: " fasḫ mā bi–'ḍ–ḍimmah fī mu'aḫḫar " (Zurqānī, V, 81).

§ **49.** Contro queste pratiche l'Islām tentò di reagire vietando il " ribā ". " Ribā ", nel concetto islamico, è il lucro non giustificato. Analogo al concetto dell'usura *lato sensu* dei nostri canonisti, ha in parte le stesse origini, poichè deriva dalle idee bibliche che sono tanta parte dell'Islām come del Cristianesimo, combinate colle tendenze personali del Profeta. Senza far di Maometto un socialista, nè un campione del socialismo [255], si può discernere chiaramente nella carriera del fondatore dell'Islām un primo periodo meccano, tutto compreso di fervore religioso e di aspirazioni ultra mondane, pervaso da un alto concetto di fratellanza ideale tra gli associati in una stessa fede, avverso all'ambiente capitalistico imperante alla Mecca. Molti passi del Corano e del " ḥadīṯ " condannano aspramente la ricchezza ed i ricchi, esaltano l'austerità della vita e più coloro che « riconoscono al povero ed all'orfano un diritto sui loro beni » e « sono larghi di quanto è stato loro largito da Dio », ripetono quanto sia difficile conciliare la salute eterna e la sincerità della fede colla ricerca dei beni terreni e l' oppressione dei poveri [256].

Per un animo così disposto, ogni speculazione sulle necessità del povero deve apparire odiosa, ed il beneficio che se ne ritrae è un arricchimento indebito a spese di un fratello.

I precetti relativi al " ribā " fanno parte di questo programma etico–religioso, argine ben fragile invero a proteggere le classi più bisognose contro gli abusi della plutocrazia [257], ma che pure non è rimasto senza efficacia sull'etica e la giurisprudenza musulmana.

Tant'è, il Corano proibì formalmente le usure sul mutuo [258]; il " ḥadīṯ ", a sua volta, pose al commercio delle derrate alimentari

---

[255] Cf. Grimme, *Mohammed*, Münster i. W. 1892–1895, I, 16–23; Caetani, anno 23 H., §§ 522–533; 33 H., § 23.

[256] *Cor.*, II, 172, 211, 264, 267, 274, 277, 280; III, 125, 126; IV, 9; XIII, 22; XVII, 28; XXVIII, 54, 77; XXX, 37; XXXII, 16; XXXV, 26; XXXVI, 47; LI, 19; LXIX, 34; LXX, 24–25; XC, 14–16; XCII, 5–6; Ibn Sa'd, VI, 187, 9–15; Lammens, *Mo'āwia Ier*, Beyrouth 1908, 171, 409; Grimme, *Mohammed*, I, 14 n. 1.

[257] I banchieri qurayšiti esigevano compensi straordinari per il loro denaro: si parla del cento per cento, " dīnār " per " dīnār ". Anche a Medina il danaro fruttava assai. Cf. *Cor.*, III, 125; Buḫārī, *manāqib*, 19; Ibn Ḥanbal, *Musnad*, I, 109, 6; Lammens, *Mo'āwia*, 171, 409; Lammens, *Républ. march.*, 37; Ibn Sa'd, VI, 187, 9–15. Anche ai giorni nostri in Siria e in Arabia, cf. Doughty, II, 355, 388.

[258] *Cor.*, II, 276–277; III, 125; IV, 159; XXX, 38; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 23; cf. Peltier, *Ventes*, pp. 40–45.

(" ṭa'ām ") ed al cambio (" ṣarf ") dei metalli preziosi[259] certe restrizioni intese ad impedire la speculazione e i monopoli su queste materie; la teologia pose il " ribā " tra i peccati capitali (" mūbiqāt "). Fedele allo spirito del fondatore dell'Islām, se pure, come sempre avviene, lo esageri, la giurisprudenza estende questi concetti, perseguendo con rigore minuzioso, come viziati da " ribā ", i negozi ove si noti una sproporzione notevole tra i vantaggi ottenuti o sperati da un contraente e quelli ottenuti dall'altro. La dottrina del " ribā " si sviluppa così di buon'ora, e già nella prima metà del II secolo dell'Egira appare formata nelle sue parti essenziali.

Mālik[260] riferisce nell'*al-Muwaṭṭa'* le parole di un liberto di as-Saffāḥ (il primo Califfo 'abbāside, m. 136 H., 754 E. C.): «Vendei ad alcuni abitanti di Dār Naḫlah certe stoffe; il prezzo era pagabile a termine. Volendo poi partire per Kūfah, i compratori mi proposero di pagarmi in contanti quanto dovevano, se avessi fatto loro una riduzione sul prezzo. Interrogai su ciò Zayd ibn Ṯābit. Zayd mi disse: " Non ti consiglio di mangiare di quel danaro, nè di farne mangiare altri " »; in altri termini, dichiara l'operazione illecita. In un altro caso, riferito da Mālik, un altro Compagno autorevole, ' Abd Allāh ibn 'Umar, dichiara illecita la stessa operazione.

Nell'*al-Muwaṭṭa'* il divieto prende forma definitiva; Mālik dice: « Fra noi (a Medina) si riprova senz'altro l'operazione seguente: Taluno, avendo un credito a termine non ancora scaduto, concede una riduzione parziale al suo debitore, il quale gli paga il resto in contanti. Secondo noi, egli è come se, dopo la scadenza, il creditore concedesse una dilazione mediante un aumento del suo credito (cioè consentisse ad una novazione mediante un premio); questa è, senza dubbio, un'operazione usuraria (" ribawiyyah ") ».

§ **50.** Ma se il concetto del " ribā " è ammesso da tutte le scuole, le applicazioni sono piuttosto divergenti da una scuola all'altra. « " Ribā ", dice un po' confusamente l'autore di una specie di Enciclopedia scientifica musulmana[261], o *soprappiù*, tecnicamente è il sopravanzo pattuito in favore di uno dei contraenti nello scambio di un

---

[259] Abū Dā'ūd, III, 208; Buḫārī, *buyū'*, n. 20, 23, 24, 76–80; Muslim, VII, 2–4 e Nawawī ad loc.; *Mud.*, IX, 126–135.

[260] *Muwaṭṭa'*, III, 139 e Zurqānī ad loc. (Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 104 sg.); *Mud.*, XI, 6; Qayrawānī, II, 129.

[261] *Dictionary of technical terms*, p. 593, cit. da Aghnides, p. 288 nota; in nota ibid. *Fatḥ al-Qarīb*, p. 314; Qudūrī, p. 45; Ibn Rušd, vol. II, p. 106; Dardīr, II, p. 14.

valore patrimoniale (" māl ") per un altro valore (" māl "), senza (che questo vantaggio sia giustificato da) un corrispettivo (" 'iwaḍ "). Questo vantaggio può consistere nella concessione di una dilazione (" nasī'ah ") per la consegna, o in un soprappiù di volume (" kayl ") o di peso (" wazn ") in una permuta di materie omogenee. La permuta di oro per oro o argento da consegnarsi più tardi, e la permuta di oro per oro o di argento per argento in quantità disuguali sono atti usurari. L'usura (" ribā ") è proibita nella " Sunnah " rispetto a sei articoli determinati, che vengono interpretati diversamente. I Ḥanafiti con ciò intendono le materie che si vendono a misura (" makīl ") o a peso (" mawzūn "); gli Sciafiiti vogliono che ciò significhi l'oro e l'argento e le materie alimentari (" maṭ'ūmāt "); secondo i Malichiti, finalmente, la disuguaglianza di qualità è vietata rispetto all'oro e all'argento ed alle sostanze che servono al vitto (" muqtāt "), e vengono conservate per farne uso più tardi (" muddaḫar "); è vietato lo scambio con patto di consegna futura rispetto all'oro, all'argento e ai commestibili ».

§ **51.** Quello che risulta da questo riassunto, che si potrebbe desiderare meglio ordinato, è che non in tutti i negozi è vietato il " ribā ": i negozi usurari (" ribawiyyah "), cioè nei quali è vietato il " ribā ", sono i contratti commutativi (" 'aqd mu'āwaḍah ") che hanno per oggetto le materie alimentari solide o liquide (" maṭ'ūm wa mašrūb "), nonchè i metalli preziosi (oro ed argento): in questi è canone fondamentale la assoluta uguaglianza delle parti; quando in uno di questi contratti, una parte ottiene un vantaggio sull'altra, sia rispetto alla *quantità*, sia rispetto al *tempo* della consegna, i giuristi ravvisano un *lucro illecito* (" ribā ") che, a seconda dei casi, può essere ragione di nullità o d'invalidità del contratto [262].

I negozi detti usurari sono:

1° *Il contratto di cambio* (" ṣarf ")[263]: lo scambio delle monete o dei metalli preziosi (oro e argento), che sono oggetto del contratto, deve farsi per *quantità uguali* ed *in ipso congressu* (dalla mano alla mano), se si tratta degli stessi metalli (oro per oro, argento per argento), o senza dilazione se si tratta di metalli diversi (cambio di oro per argento, di argento per oro). Ogni differenza di quantità

---

[262] Ḫalīl, X, n. 22 sg., 44 sg.: Ibn Farḥūn, II, 327; Šīrāzī, pp. 56–57: Ġazālī, I, 136 sg.

[263] *Mud.*, IX, 77; Ḫalīl, X, n. 165; Zurqānī, V, 171; Dardīr–Ṣāwī, II, 68; Ḫiršī, V, 169.

nel primo caso ed ogni intervallo di tempo tra una prestazione e l'altra darebbe al contratto un carattere usurario[264].

2° *La permuta e la vendita* (la parola " bay' " comprende i due concetti) di certe sostanze alimentari: « Permutate grano per grano, orzo per orzo, datteri per datteri, sale per sale, per quantità e qualità uguali, e da una mano all'altra (*in ipso congressu*) », dice un " ḥadīṯ " attribuito al Profeta. Ogni dilazione tra una prestazione e l'altra, come ogni diversità tra le quantità o qualità permutate, costituisce usura (" ribā "). Malichiti e Sciafiiti intendono compresi nel precetto tanto i liquidi quanto i solidi che possono servire a scopo alimentare; ne parleremo più distesamente trattando della permuta nel Libro VIII, titolo II.

3° *La risoluzione per mutuo dissenso* (" iqālah ") di una vendita di derrate alimentari; il prezzo ricevuto dal venditore e la derrata consegnata al compratore debbono essere restituiti senz'altra dilazione salvo il tempo necessario per andare a prendere il danaro o la merce; poichè altrimenti il venditore rimasto in possesso del danaro si troverebbe ad esserne debitore e ad averne frattanto il godimento, mentre il compratore si troverebbe nella identica posizione rispetto alle derrate comprate: avverrebbe ciò che si chiama in diritto musulmano « vendita di un credito per un altro credito », operazione vietata siccome usuraria.

4° *La cessione* per lo stesso prezzo del contratto di acquisto di derrate alimentari (" tawliyah ") o l'associazione in partecipazione avente per oggetto un contratto di quella specie; il prezzo dev'essere pagato dal cessionario o socio partecipante all'atto stesso del contratto, o al più tardi il giorno dopo, poichè altrimenti il cedente verrebbe a cedere un credito in derrate alimentari da lui non ancora ricevute per un credito che egli avrebbe contro il cessionario o partecipante, operazione vietata siccome usuraria.

5° *La risoluzione amichevole* di una vendita di cose mobili (" 'urūḍ ") non comporta termini, per le stesse ragioni, cioè che non si può cedere un credito a termine per un credito a termine; il prezzo ricevuto dal compratore dev'essere restituito il giorno stesso o al più tardi il giorno dopo.

6° *Il contratto di " salam "*, cioè la vendita a termine di una quantità determinata di prodotti mediante una somma anticipata subito; questa anticipazione dev' essere fatta all'atto del contratto, per

---

[264] Sulle origini storiche cf. Ibn Hišām, 765, 769; Caetani, a. 7 H., § 38.

evitare appunto questa coincidenza di due crediti – credito del venditore per il prezzo, credito del compratore per i prodotti – coincidenza che il diritto islamico considera usuraria.

§ **51bis.** Nei negozi sopra citati, si considera " ribā " (lucro indebito). non solo l'*eccedenza nella quantità* restituita, ma anche una *differenza di qualità* (una qualità migliore o più ricercata invece di quella dovuta), la *diversità del luogo di pagamento* (se è più comodo o più vantaggioso pel creditore), i *servigi* o le opere prestate o promesse dal debitore in più della prestazione che è l'oggetto dell'obbligazione, il *vantaggio sul tempo* del pagamento, cioè il rimborso fatto al creditore prima della scadenza o la proroga concessa al debitore mediante un premio o compenso dato da quest'ultimo. Tutto ciò è vietato allo stesso titolo [265].

Dovremo tornare più particolarmente sulla dottrina del " ribā ", secondo Malichiti e Sciafiiti quando diremo della permuta (" mu'āwaḍah ") e del contratto di cambio (" ṣarf ") dei metalli preziosi (Lib. VIII, tit, II, § 58–69); basti qui averne accennato i concetti principali.

SEZIONE III. — Ripetizione d' indebito.

§ **52.** Il principio, posto dal Corano e dalle Tradizioni, che nessuno può trarre vantaggio da quanto appartiene ad un altro, se il proprietario non vi acconsente (§ 41), si estende ai casi in cui, indipendentemente da ogni rapporto contrattuale, taluno trae profitto dall'opera o dai beni altrui, ad insaputa del proprietario o di chi presta l'opera. Questo arricchimento è ingiusto (" ẓulm "), perchè manca di causa, ed impone un vincolo a chi si è così locupletato a spese altrui [266]. Così nel nostro diritto moderno si parla di obbligazioni quasi contrattuali, che derivano *ex re ipsa*, dalla equità naturale per cui *iniquum est aliquem ex alterius damno fieri locupletiorem*.

Analizziamo questo concerto. Esso implica:

1° un arricchimento, cioè un aumento di patrimonio od un risparmio di spesa;

2° che l' arricchimento sia avvenuto a spese altrui, cioè diminuendo il patrimonio altrui sia col sottrarne alcunchè, sia gravandolo di un onere cui non è tenuto;

---

[265] *Mud.*, IX, n. 126–135; Ḫalīl, X, n. 22, 24, 26–29, 40 e le note 127, 129.

[266] *Cor.*, IV, 33; Buḫārī, *maẓālim*, 3; Ostrorog, p. 140; *Mud.*, XV, 60 pr.; *'Amaliyyāt*, 209–210; Zurqānī, V, p. 8; *P. C. T.*, a. 76 sg.

3° che l'arricchimento non sia legittimato dal consenso del proprietario; è quanto significa, secondo i Giuristi, la espressione coranica " bi–'l–bāṭil " (IV, 33) (letteralmente: *invano*, *inutilmente*, e anche « senza giustizia, fuori delle vie del diritto »).

Ogni qualvolta pertanto concorrono questi tre estremi:

a) un arricchimento;

b) a spese altrui;

c) senza causa che lo giustifichi;

i giuristi islamici concedono, contro colui che si è così locupletato, un'azione diretta a restituire quanto è venuto ad accrescere il suo patrimonio.

Questo caso si può avverare:

a) quando la causa che ha determinato il consenso al pagamento o altro sacrifizio di patrimonio risulta inesistente (è il caso della *condictio indebiti* o *condictio sine causa* del diritto romano);

b) quando la causa futura che ha determinato il consenso non si avvera (è la *condictio causa data, causa non secuta* dei Romani);

c) nel caso che i Romani chiamavano *in rem versio*.

§ **52bis.** I. *Ripetizione d'indebito.*

Chi ha pagato, credendo di essere debitore, può ripetere quanto ha pagato, dimostrando l'inesistenza del debito; il che suppone [267]:

a) un pagamento effettivo;

b) l'animo di estinguere un debito, mediante quel pagamento, poichè chi paga, sapendo di non dovere, fa una liberalità;

c) che il debito non esista in realtà, o sia dovuto da persona diversa da colui che paga.

E pertanto ha la ripetizione d'indebito:

a) chi, avendo commesso un delitto involontario, paga la totalità del risarcimento dovuto, credendo di esservi tenuto, mentre è un caso in cui il risarcimento è dovuto da lui assieme alla sua *gens* (" 'āqilah "), non dovendo egli che una quota virile (cf. Ḫalīl, XXXVI, n. 99–101);

b) una donna ripudiata e creduta incinta ottiene dal giudice gli alimenti dovuti alle donne gestanti (" nafaqat al–ḥaml "); se la

---

[267] *Mud.*, XVI, 114; Ḫalīl, XXXVI, n. 96; Ḫirši, V, 244; Zurqānī, V, 242, l. 6 sg.; VIII, 153; Ibn 'Āṣim, v. 624–626; *'Amaliyyāt*, p. 72, 6 dal b.; *P. C. T.*, a. 78, 79, 82; Tasūlī, II, 92; Ibn Farḥūn, I, 257–258; II, 34. La stessa regola in diritto ḥanafita: « Chi paga, credendo di dover pagare, ha il diritto di ripetere quanto ha pagato, se risulta che non era debitore »; *Radd al–muḥtār*, VI, 471; Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, I, 194 not. 5.

gravidanza risulta apparente, il marito potrà ripetere quanto ha pagato per quel titolo;

c) Tizio riceve per sentenza del giudice un'indennità per un colpo ricevuto e che si crede abbia prodotto un'amaurosi; risulta poi che l'occhio è perfettamente sano; il risarcimento pagato per quella lesione è ripetibile;

d) un padre transige, come tutore, sopra un diritto spettante alla figliuola, benchè il diritto non fosse dubbio e non vi fosse ragione di accettare una transazione; la figliuola può, quando che sia, ripetere quanto è stato pagato di più del dovuto in virtù della transazione.

Invece chi paga, sapendo di non dovere, fa una liberalità[268]. Il pagamento fatto per un ufficio di pietà o per ragione di un vincolo di parentela, benchè legalmente non dovuto, non è ripetibile; così, per esempio, gli alimenti somministrati dalla moglie al marito caduto in miseria. Non sono ripetibili il debito pagato da chi sapeva di avere la prova del pagamento, ma non l'ha prodotta, perchè non l'aveva sotto mano; nè il debito pagato al figlio sulla sola testimonianza del padre; nè il debito pagato, quando sia sorretto dalla testimonianza di un teste unico, che com'è noto, non ha efficacia legale.

Un secondo caso di ripetizione è quello in cui il pagamento viene effettuato, o la obbligazione assunta, in vista di una causa futura la quale non si avvera (è il caso detto dai Romanisti *causa data causa non secuta*, ed anche *condictio ob causam datorum*), o di una causa esistente effettivamente, ma che ha poi cessato di esistere.

Questa causa può essere una prestazione od un fatto promesso dal ricevente, o da altri per lui: è chiaro che, se il fatto, o la prestazione, non viene effettuato, il ricevente avrà lucrato ingiustamente quanto è stato sborsato solo in vista del fatto promesso.

Così negli esempi seguenti[269]:

una moglie rinuncia in parte al dono nuziale (" mahr ") dovutole dal marito, in considerazione della promessa che le fa il marito di non condurla a risiedere fuori del luogo ove ambedue sono stabiliti, o di non sposare un'altra moglie; se il marito vien meno a questa promessa, la moglie avrà diritto di ripetere la parte del dono nuziale cui aveva rinunciato, « perchè, dice ad-Dardīr, la moglie aveva

---

[268] Ibn Farḥūn, I, 257–258; Tasūlī, II, 92.

[269] Dardīr, II, 273; Dasūqī, II, 220; Ḫiršī, III, 204; Bannānī, V, 115; Ibn ʿĀṣim, v. 421; *P. C. T.*, a. 80 nota.

abbandonato un diritto già acquisito, in contemplazione di un fatto che non è stato compiuto »;

un padre garantisce e paga in parte un dono nuziale per il figlio, in vista del futuro matrimonio di quest'ultimo; se il matrimonio è sciolto appena conchiuso, il dono nuziale fa ritorno al padre, perchè la garanzia e il pagamento sono stati assunti in vista del matrimonio e, mancato questo, manca la causa per cui il garante si è obbligato: decisione che si ritrova pure nelle nostre fonti romane (*Digest.*, 23, 1, 10). Nello stesso ordine d'idee sono ripetibili i regali fatti dallo sposo alla fidanzata, se il matrimonio non avviene o è dichiarato inesistente.

§ **53.** La ripetizione d'indebito ha per scopo di riporre le parti nella condizione in cui sarebbero se l'indebito arricchimento non fosse avvenuto; quindi due obbligazioni reciproche: quella diretta del ricevente, e quella eventuale di colui che reclama l'indebito pagato [270].

1. Colui che ha ricevuto indebitamente vien costituito nella posizione del depositario; egli deve restituire quanto gli è pervenuto senza diritto, cioè una quantità e qualità di cose uguali, trattandosi di cose fungibili, ed inoltre i frutti e le accessioni; con questa distinzione però, che egli dovrà solo i frutti a lui pervenuti dal momento in cui la sua buona fede è cessata, cioè in cui ha saputo che quanto riceveva non era dovuto, mentre lucra i frutti e le accessioni riferibili al tempo anteriore, perchè, rispondendo della cosa nel frattempo, ha diritto ad averne i vantaggi (" al-ḫarāǧ bi-'ḍ-ḍamān ") [271]. Qualora la cosa ricevuta sia perita per sua colpa, egli ne dovrà il valore; e ne risponde sempre, se era in mala fede quando l'ha ricevuta.

2. Colui al quale la cosa vien restituita deve rifondere le spese necessarie od utili effettuate eventualmente da colui che restituisce l'indebito. « Quando la spesa necessaria od utile è stata fatta, scrive al-Bannānī, ed ha lasciato traccia, colui che ha fatto la spesa ha sempre il diritto di ripetizione; se però la cosa non esiste più (per es. lo schiavo ricevuto è fuggito), la questione è controversa, ma Ibn al-Qāsim concede la ripetizione delle spese fatte, e questa è anche l'opinione prevalente (nella dottrina) ».

---

[270] al-Bannānī, V, 24; az-Zurqānī, V, 77; Tasūlī, II, 91, 92; cf. *P. C. T.*, a. 80, 85, 87.

[271] Mentre in diritto romano doveva i frutti e le accessioni dal momento in cui aveva ricevuto l'indebito pagamento.

CAPITOLO III.

Fatti illeciti come fonte di obbligazione.

SEZIONE I. — Fatti illeciti in generale.

§ **54** [272]**.** Chiunque col suo fatto ha cagionato altrui un danno (" ḍarar "), cioè una diminuzione di patrimonio od una lesione personale, è tenuto a risarcirlo. A curare quest'obbligo occorre pertanto:

1° che il fatto dannoso sia stato volontario;

2° che sia stato compiuto senza diritto ("ẓulm[an]" = *iuinria*) [273].

§ **55.** Esaminiamo questi due requisiti.

I. Il fatto dev'essere *volontario*, il che deve intendersi *lato sensu*. Può provenire da intenzione maliziosa, da premeditazione (" 'amd, ta'ammud " = dolo), cioè essere fatto colla intenzione di nuocere, ed in questo caso la responsabilità del suo autore è evidente.

Ma non sempre la volontà è diretta a far danno, non sempre si riscontra il dolo (" ta'ammud "); spesso avviene che si rechi danno altrui senza volerlo o senza saperlo: e allora si parla di *colpa* (" ḫaṭa' ") [274]. « La colpa, dicono le fonti, è ciò che viene fatto senza intenzione ». Abū Yūsuf ne dà un esempio (*Ḫarāǵ*, p. 93, l. 10): « È colpa il fatto di colui che prende di mira una certa cosa e ne colpisce un'altra; al-Muġīrah dice: è colpa colpire un oggetto, quando si aveva l'intenzione di colpirne un'altro » [275]. È la nostra *colpa aquiliana*.

È colpa la mancanza di quelle cautele che ogni uomo, anche non eccezionalmente avveduto, usa praticare o, come dice al-Burzulī, « è colpa quando non si fa ciò che fanno ordinariamente gli uomini »

---

[272] Buḫārī, *maẓālim*, n. 34, 35; Abū Dā'ūd, III, 214; *Muwaṭṭa'*, IV, 47 in f., 48; III, 213, 241; *Mud.*, XI, 134, 158, 194; XV, 178 in f., 179; Ša'rānī, II, 90; Ibn Farḥūn, II, 299, 300, 146 sg.; Ḫalīl, XXIV, n. 3 sg.; Zurqānī, VIII, 201; *P. C. T.*, a. 89, 114, 267, 987.

[273] Il concetto dei danni morali non è contemplato dal diritto islamico; *Mud.*, XIV, 47, 64. Cf. *Digest.*, 39, 2, 3: *Damnum ab ademptione et quasi deminutione patrimonii.* Il danno morale è considerato penalmente ed è compreso nella repressione della calunnia.

[274] *Cor.*, IV, 94-95.

[275] Cf. Ḥamawī, I, 355.

(diligenza *in abstracto* dei nostri giuristi). A cagion d'esempio [276], il fatto di chi appicca il fuoco in un campo in un giorno ventoso; di chi accende un focolare presso un mucchio di paglia o di fieno o un campo seminato; di chi scava un fosso attraverso una strada frequentata; di chi, uscendo da una stalla, ne lascia aperta la porta, per modo che gli animali ivi rinchiusi riescono a fuggire. È in colpa chi, trovando uno schiavo legato, ne scioglie i vincoli, senza accertarsi dei motivi pei quali è stato legato; chi affida un cavallo alla custodia di un bambino, se l'animale, con un calcio, uccide il bambino [277]. Anche quando il fatto non ha in sè nulla d'illegittimo, è in colpa chi, esercitando un suo diritto, trascura quelle provvidenze che valgono ad evitare un danno al vicino o ad altri.

È pertanto volontario ogni fatto dovuto all'azione spontanea dell'uomo; volontarietà è, in questa materia, sinonimo di spontaneità. Nel diritto civile islamico, la distinzione tra fatto intenzionale e fatto non intenzionale, tra *dolo* (" 'amd, ta'ammud ") e *colpa* (" ḫaṭa' ") si attenua singolarmente. Ha certo grande importanza in materia penale, segnatamente quando si tratta di reati di sangue (" dimā' "); il diritto civile invece, pur distinguendo nettamente in certi casi il dolo dalla colpa, considera in generale la distinzione quale indifferente in materia patrimoniale. « Quando si tratta dei beni altrui, la colpa (" ḫaṭa' ") è equiparata al dolo (" 'amd "), dicono Malichiti e Sciafiiti [278]. In altri termini, quando dal fatto è derivato danno ad altri, la responsabilità ha per fondamento l'attività spontanea di colui che ne è autore, dolosa o colposa che sia [279].

La qualità di causa efficiente, piuttosto che la volontarietà in senso proprio, è dunque la ragione della imputabilità in questa materia; perciò non importa che l'autore del danno abbia creduto che la cosa da lui danneggiata gli appartenesse. Il suo errore non lo esime dal rispondere del danno; la lesione del patrimonio altrui essendo certa, chi ne è stato causa, sia pure involontaria, è tenuto a ripararla [280].

---

[276] *Mud.*, X, 194, 246; Ḫalīl, XXXVII, n. 104; Dasūqī, IV, 316; Tasūlī, II, 289; Ibn Farḥūn, I, 342; II, 70–71, 297.

[277] Cf. *Digest.*, 9, 2, 30 § 3.

[278] *Mud.*, XVI, 108; 243, 5 dal b.; Zurqānī, V, 124; VI, 138; VIII, 7–8, 120, 201; Dardīr–Dasūqī, III, 368; IV, 210; Tasūlī, II, 289; Abū Dā'ūd, III, 214; *P. C. T.*, a. 89, 267.

[279] Cf. *Digest.*, 9, 2, 44: *In lege Aquilia et levissima culpa venit.*

[280] Così Malichiti, *Mud.*, XV, 185, e Ḥanafiti, *Maǵallah*, a. 914; diversamente il diritto romano: Windscheid, II^5, 712, not. 13.

Per la stessa ragione, lo stato di ebrietà non vale ad esimere l'autore del fatto dannoso dalle conseguenze del suo atto[281]; « nè si obietti, dice az-Zurqānī, la nullità delle obbligazioni contratte dall'ubriaco; questa nullità è introdotta nel suo interesse, affinchè non si possa abusare del suo stato per fargli contrarre obblighi rovinosi; invece, la responsabilità (*civile*) *ex delicto* dell'ubriaco è introdotta nell'interesse generale, poichè altrimenti tutti simulerebbero la ubriachezza per sottrarsi alle conseguenze dei loro misfatti ». Inoltre, aggiungono i giuristi, l'ubriaco deve imputare a se stesso le conseguenze del suo atto; essendo causa dello stato in cui si è ridotto, egli è già in colpa *ab initio*[282].

Nello stesso ordine d'idee vengono dichiarati responsabili l'impubere, anche se infante, ed il semplice deficiente (" safīh "), per il danno derivante dal fatto loro. *Essi rispondono* non già in quanto sono causa volontaria del danno, ma in quanto ne sono origine o causa efficiente, poichè vi hanno dato occasione[283]. Il diritto musulmano ignora la responsabilità del padre e del tutore o curatore per le persone sottoposte alla loro autorità, ma esige che comunque il danno sia risarcito; la legge pone pertanto il fatto dannoso a carico di colui che ne è stato la causa prima od occasionale, anche se a rigore non si possa parlare d'imputabilità.

§ **56.** II. Non basta che il fatto dannoso sia volontario; per dar luogo a responsabilità civile il fatto deve inoltre essere ingiusto o illegittimo, cioè ledere altrui senza diritto (" ẓulm[an] " = *iniuria*). Mancando la lesione ingiusta del diritto altrui (" ẓulm "), non è a parlare di danno (" ḍarar ") nè di risarcimento. Non risponde pertanto:

1° Chi ha compiuto un atto che aveva diritto di fare, nel limite di quanto gli spettava. *Damnum non facit, nisi qui facit quod ius non habet facere* è massima che è anche di diritto islamico[248].

Infatti anche l'esercizio del diritto ha un limite: chi esercita il suo diritto non allo scopo di provvedere al proprio interesse, ma col fine di nuocere altrui, non ne fa uso legittimo. L'esercizio malizioso

---

[281] *Mud.*, XVI, 108; Zurqānī, V, 8.

[282] Altri distinguono, con Ibn Rušd, la ebrietà completa, che esclude la responsabilità, e la semi ebrietà (cf. Lib. IV, § 13).

[283] *Mud.*, XIII, 105–106; Ibn'Āṣim, v. 1352; Zurqānī, VII, 136; Mayyārah, II, 210; Tasūlī, II, 286; Ibn Farḥūn, II, 299.

[284] Buḫārī, *širb*, 3; *Muwaṭṭa'*, IV, 47 in f., 48; Muslim, VII, 264; *Mud.*, XI, 158, l. 10 dal b.; XVI, 245–246, 254; Zurqānī, VIII, 9, 120; Bannānī, VIII, 92; *P. C. T.*, a. 114, 987; cf. 642–644; cf. *Maǵallah*, a. 912.

del diritto può costituire un *danno*, nel senso giuridico di questa parola. " Lā ḍarara wa lā ḍirāra ", dice un " ḥadīṯ " del Profeta, ed è in regola di procedura islamica che: « è ufficio del giudice far cessare ogni danno ingiusto » (cf. sopra, Lib. VI, § 40–42).

2° Chi eseguisce gli ordini legalmente dati dall'autorità legittima.

Ho detto gli ordini legalmente dati, poichè, se l'autorità costituita eccede i suoi poteri legittimi e prescrive quanto è manifesta violazione della Legge, cioè un atto contrario alla legge divina in materia di religione, od ai principî etico–religiosi che si riferiscono agli atti umani, l'ordine è *ingiusto* (" ẓulm "), e l'obbedirvi costituisce una partecipazione nel reato, di cui l'esecutore risponde al pari del mandante, poichè è regola che « l'autorità del giudice non basta a render *lecito* (" ḥalāl ") quello che in sè è *peccato* (" ḥarām ") ». Si legge infatti nel " ḥadīṯ ": " lā ṭā'ah li-maḫlūq fī ma'ṣiyat al–ḫāliq " « nessuna obbedienza (è dovuta) alla creatura (all'uomo) nel disobbedire al Creatore » [285].

3° Chi è nel caso di legittima difesa, cioè colui che aggredito ha dovuto difendersi [286]. « Si può, dice Ḫalīl, respingere colla forza l'aggressore. . . ed è lecito ucciderlo, qualora la difesa non sia possibile in altro modo ». Il giureconsulto raccomanda però d'intimargli di desistere, se l'aggressore sia in grado di comprendere (non sia cioè demente, un animale ecc.), e ad ogni modo, di cercare, potendo, lo scampo nella fuga, per evitare di uccidere.

Si considera che sia nello stato di legittima difesa:

a) chi sorprende la moglie in flagrante ed uccide il complice;

b) la donna che uccide colui che tenta di farle violenza;

c) chi uccide il ladro da lui sorpreso in casa propria, se quello tenta di far uso delle armi.

SEZIONE II. — Colpa contrattuale.

§ **57.** La colpa assume un aspetto particolare quando consiste nella inosservanza dei doveri derivanti da una obbligazione. Questa inosservanza è talvolta volontaria e cosciente (" ta'ammud, ġurūr ") [287],

---

[285] Ibn Nuġaym, II, 258, 289; I, 387, 119; Ibn Farḥūn, II, 126; Ḫalīl, XXXV, n. 59; Dasūqī, IV, 139; 'Ilayš, II, 139 in f.; *P. C. T.*, a. 114, 117, 124 not.; cf. *Digest.*, 9, 2, 29 § 7.

[286] *Muwaṭṭa'*, III, 213; Ḫalīl, XXXVII, n. 106; Zurqānī, VIII, 118; Ḫiršī, VIII, 112; *P. C. T.*, a. 116–117; Ibn Farḥūn, II, 169–170.

cioè dolosa; altra volta è semplicemente involontaria ed ha per causa un difetto di diligenza, una *colpa* (" ḫaṭa' "); da noi si chiama colpa contrattuale.

Tanto in un caso che nell'altro, questa inadempienza della obbligazione costituisce una lesione del diritto altrui, ed è pertanto un fatto illecito (" ta'addī "), di cui è dovuta riparazione, senza distinguere se si tratti di dolo o di colpa, per applicazione della regola: « la colpa è uguale al dolo, quando si tratta dei beni altrui » " al-ḫaṭa' ka-'l-'amd fī amwāl an-nās ". Il depositario, che per inavvertenza si lascia cadere di mano la cosa depositata, ne risponde, se quella si spezza, come l'avesse fatto dolosamente [288].

§. **57 bis.** La colpa contrattuale può consistere sia *in faciendo* sia *in omittendo*: cioè nel fare ciò che non si dovrebbe, o nel non fare ciò che si dovrebbe. La colpa *in omittendo* è detta " taqṣīr " (deficienza, insufficienza, il venir meno), " tafrīṭ " (omissione, trascuranza), " taḍyī' " (il disperdere per trascuranza o negligenza). La colpa *in faciendo* si dice " ta'addī " (usurpazione, prevaricazione) [289].

Alcuni esempi gioveranno a meglio chiarire questi concetti [290]:

Mandato, deposito: È colpa (" ta'addī ") il contravvenire alle istruzioni precise del *dominus negotii*.

È colpa (" ta'addī ") nel mandatario, anche in difetto d'istruzioni, agire in modo non conforme alla consuetudine o alla pratica ordinaria del commercio.

È colpa (" ta'addī ") nel mandatario o nel depositario esporre a rischio le cose a lui affidate, se il rischio non era inerente al mandato o deposito, od era evitabile.

È colpa (" ta'addī ") sostituirsi senza autorizzazione un'altra persona nell'esecuzione dell'incarico avuto; così, per esempio, è in colpa il depositario se affida il deposito ad altri, anche se di sua fiducia.

È in colpa (" tafrīṭ ") il depositario che restituisce il deposito senza bene accertarsi della persona cui lo consegna, se risulta che il ricevente non aveva il diritto di riceverlo.

---

[287] Ḫalīl, XXIX, n. 37; XVIII, n. 28.

[288] Dardīr, III, 368; cf. *Digest.*, 9, 2, 44: « *in lege Aquilia et levissima culpa venit* ».

[289] *Mud.*, X, 29; XI, 81, 83, 86, 120–122, 132–135, 158; XV, 164; Ḫalīl, XXIX, n. 36; Tasūlī, II, 13, 259, 262; *Maǵallah*, a. 601; *P. C. T.*, a. 89.

[290] *Mud.*, XI, 33–34, 72, 133, 137, 139, 140, 168; XIV, 64; XV, 155; Ḫalīl, XIII, § 19; XX, § 17; XXII, § 5; XXIX, n. 36, 56; XXXVII, § 103; Zurqānī, VI, 140, 147, 246; VII, 43; *'Amaliyyāt*, p. 342; Ibn 'Āṣim, v. 1278, 1289; Tāwudī, II, 262, 161–162; A. M., XV, 326–343.

È in colpa (" tafrīṭ, taqṣīr ") il mandatario che paga un debito del mandante senza procurarsi la prova della liberazione del debitore.

È colpa (" tafrīṭ ") nel tutore o nel mandatario il trascurare di far fruttare, quanto possono, i beni da loro amministrati.

È colpa (" ta'addī ") maltrattare o battere l'animale preso a nolo o imporgli un carico eccedente le sue forze, se ne risulti un danno per la bestia.

È colpa (" ta'addī ") nell'affittuario seminare il fondo locato dopo spirato il termine o seminarvi prodotti diversi da quelli pattuiti.

È colpa nel vetturale il dare a nolo una bestia di cui conosce il vizio (il tirar calci, l'inciampare ecc.), se con ciò sia impedito il godimento pattuito o vengano danneggiate le cose trasportate.

È pure colpa contrattuale l'imperizia o l'errore professionale. Ne sono esempî:

a) la responsabilità del giureconsulto (" muftī ") che dà un responso erroneo su una questione di diritto su cui è stato richiesto il suo parere [291];

b) la responsabilità del padrone di nave per la falsa manovra a lui imputabile per cui va perduta la nave od il carico [292];

c) la responsabilità del pastore per i maltrattamenti o gli eccessi di correzione inflitti al gregge affidato alle sue cure [293];

d) la responsabilità del chirurgo o del flebotomo pei danni imputabili alla sua imperizia nell'esercizio della sua arte [294].

§ **58.** Nel valutare e nel giudicare la colpa, sia che si tratti di difetto di diligenza, o di errore professionale, si deve andare assai cauti. I Malichiti ci danno, al riguardo, regole eccellenti, parlando del deposito. «Nel deposito, dice l'*al-Mi'yār*, la consuetudine è criterio decisivo . . . , talchè, se il depositario ha fatto od omesso di fare alcunchè per modo che si possa dire: " Questo è quel che nessun uomo di senno farebbe per le cose proprie ", il depositario sarà responsabile, altrimenti non lo sarà. Così dice al-Laḫmī nella sua *Tabṣirah*. Ma questi casi differiscono grandemente secondo i paesi, secondo che una persona si trovi in città od in campagna, secondo i tempi, i luoghi, la maggiore o minore sicurezza che regna nel paese, il maggiore o

---

[291] Zurqānī, VI, 138 (questione controversa).

[292] *Mud.*, XI, 137, cf. 135; Zurqānī, VII, 28, 29; Dardīr-Dasūqī, IV, 25-26; *P. C. T.*, a. 89.

[293] *Mud.*, XI, 140; *Tuḥfat al-Quḍāh* (A. M., XV, pp. 308-315, 326-343).

[294] Ibn Farḥūn, II, 297-298.

minore valore delle cose depositate, la loro rarità, e tante altre circostanze che non si possono determinare *a priori*, sicchè il giudice dovrà porre ogni diligenza nello studio della questione, esaminare con cura le circostanze caso per caso, interrogare la gente del luogo per accertarsi se tale o tal altro fatto possa, in quel luogo, considerarsi quale colpa . . . » [295].

Comunque, la colpa contrattuale non si presume (" al–aṣl 'adam at–tafrīṭ wa 'l–'adā' ")[296] e chi ne sostiene l'esistenza deve provarla. D'altra parte, il patto che escludesse la responsabilità di un contraente in caso di colpa sarebbe ragione di nullità (" fasād " = vizio o rescindibilità) del contratto [297].

§ **59.** Come ogni fatto che lede gl'interessi altrui, la colpa, tanto contrattuale che non contrattuale, ha per conseguenza l'obbligo di risarcire il danno che ne deriva. Quest'obbligo di risarcimento (" ġurm ") comprende tanto il danno prodotto quanto quelli che immediatamente vi sono connessi [298].

Quindi, in caso di perimento o deterioramento grave, l'autore del fatto risponde del valore calcolato al giorno e nel luogo in cui è avvenuto il danno. Su questa base si computa, per esempio, quanto è dovuto dal locatore di un animale, se contravviene al contratto locando un animale che abbia un difetto grave, per cui avviene il perimento della merce trasportata, quanto è dovuto dal pastore, se contravviene alle istruzioni ricevute, per modo che l'animale affidato alla sua custodia perisca.

Trattandosi di cose fungibili, si deve restituire una quantità e qualità di cose uguali a quelle perite o deteriorate; se di cose infungibili il loro valore. Secondo la dottrina della *al–Mudawwanah* [299] (a quanto riferisce Ibn Farḥūn) il risarcimento sarebbe sempre dovuto in danaro.

§ **60.** *Quid iuris* se la colpa sia imputabile alle due parti? [300] «Mālik disse, nel caso di due uomini che portano ciascuno un'anfora

---

[295] Mayyārah, II, 188.

[296] « Di regola (si presume) la mancanza di negligenza e di colpa »: Tasūlī, I, 158; *Tuḥfat al–Quḍāh* (A. M., XV, 326, 330, 331, 341–342).

[297] Ḫiršī, V, 129; *Tuḥfat al–Quḍāh*, l. c., 346.

[298] *Mud.*, XI, 83, 121, 122, 124; XV, 178–180, 181 in f., 194; XVI, 247–248; Buḫārī, *maẓālim*, n. 34–35; Abū Dā'ūd, III, 214; Ḫalīl, XXIV, n. 3; Ibn Farḥūn, II, 298.

[299] Ibn Farḥūn, I, 342; II, 71.

[300] Ḫalīl, XXXVI, n. 25; Zurqānī, VIII, 11–12; Ḫiršī, VIII, 11–12; Dasūqī, IV, 219, 221; *P. C. T.*, a. 123.

od altro oggetto, che, avvenendo uno scontro tra loro per modo che una delle anfore si spezzi, colui la cui anfora non si è rotta risponde verso l'altro; se ambedue si spezzano, ciascuno di essi (portatori) risponde verso l'altro. E così se sopra due cavalli vi siano due cavalieri e avvenga uno scontro e muoiano tanto i cavalli quanto i cavalieri, il valore di ciascuno dei cavalli è dovuto dal patrimonio di chi lo montava al patrimonio dell'altro e il prezzo del sangue (" diyah ") è dovuto per ciascuno dalla famiglia (" āqilah ") dell'altro; se uno perisce, mentre l'altro è scampato, colui che è scampato deve il valore dell'altro cavallo, e il prezzo del sangue di chi è perito sarà pagato dalla famiglia di chi è scampato. Io dissi a Mālik: se tra due navi avviene una collisione, per modo che esse affondano e perisce quanto le navi portavano, che cosa pensi tu (che si debba decidere ?) Mālik rispose: questo caso non somiglia secondo me a quello dei cavalli, perchè il vento è la cagione della collisione e prevale sui marinai per modo che non riescono a deviare la nave o a dirigerla; ritengo quindi che in questo caso nulla sia dovuto, tranne che risulti che il capitano avrebbe potuto, volendo, dirigere la nave e impedire la collisione e non lo abbia fatto; in questo caso, sarà responsabile » [301].

§ **61.** *Forza maggiore*. La colpa, e quindi ogni obbligo di risarcimento, sono esclusi quando il fatto avviene per una causa cui, malgrado ogni diligenza, l'uomo non può ovviare: si chiama questo un caso di forza maggiore e in arabo *un fatto celeste* (" amr samāwī ") [302]; di questi fatti nessuno può essere chiamato a rispondere [303]: ne sono esempî la grandine, un uragano improvviso, la siccità, le pioggie eccessive, le inondazioni, il vento caldo, il gelo, i danni prodotti dalle locuste, dalle arvicole, dai vermi, da certe malattie delle piante, ed anche quelli derivanti dal fatto dell'uomo, quando sia impossibile resistervi, quali un passaggio di truppe o i danni prodotti dai combattenti durante una guerra civile. Pertanto non rispondono gli arti-

---

[301] *Mud.*, XI, 134–135; cf. ibid., XVI, 246–247.

[302] Cf. *Digest.*, 19, 2, 25 § 6–7 : « *vis maior, quam Graeci* θεοῦ βίαν (*vim divinam*) *appellant* ».

[303] Abū Dā'ūd, III, 193; *Mud.*, XI, 134 in f., 135, l. 4–6; 139, 172; XII, 32, 37, 38; XV, 194; XVI, 246 in f.; Ḫalīl, X, n. 147, 185, 188; XXII, n. 2, 19; XXIII, n. 6, 7 e not. 704, 870, 889; XXIX, n. 87, 36 (*a*) (ε); XXXVI, n. 25 e not. 81; XXXVII, n. 105; Ibn 'Āṣim, v. 729; Tasūlī, II, 259, 31; Mayyārah, I, 302; Zurqānī, VI, 31; V, 161; Zurqānī–Bannānī, VII, 26, 28; *'Amaliyyāt*, 162, 336, 341; Ibn Farḥūn, II, 299; *P. C. T.*, a. 312, 1037; Dardīr–Dasūqī, IV, 219–220; III, 368.

giani cui sono affidati certi oggetti per un lavoro relativo alla loro arte, se, per un incendio o un'invasione nemica, sono periti i depositi che debbono restituire (cf. *Mud.*, XI, 34); del pari, se sospinta dalla violenza del vento e senza colpa del capitano, la nave fa naufragio (*Mud.*, XI, 134). Tutti questi sono casi di forza maggiore che escludono la colpa contrattuale e quindi la responsabilità [304].

È invalido, ed annulla il contratto, il patto che l'operaio o il locatore d'opera risponderà del caso fortuito o di forza maggiore [305].

La prova della forza maggiore spetta all'obbligato che l'invoca.

Di questa prova sono dispensate le persone che il diritto musulmano chiama *fiduciari* (" umanā' "). Il fiduciario (" amīn ") non risponde se allega il perimento o la perdita, per caso fortuito o di forza maggiore, della cosa che deve restituire; in altri termini, basta la sua affermazione senza ch'egli sia tenuto di fare la prova della forza maggiore ch'egli allega. È controverso se debba anche giurare a conferma di quanto asserisce, ma l'opinione prevalente lo esime da questo giuramento. Tra i fiduciari il diritto musulmano annovera il depositario ed il gerente (" 'āmil ") dell' accomenda [306].

SEZIONE II. — Danno prodotto dalle persone o dalle cose di cui si deve rispondere.

§ **62.** Il diritto islamico non conosce la responsabilità del capo di famiglia pel fatto delle persone da lui dipendenti (moglie, figli): questa categoria di quasi delitti si riferiscono ad un concetto della comunità familiare che nell'Islām assume una figura diversa assai da quella del diritto romano. L'impubere, ed anche l'infante, risponde sempre personalmente sui beni propri dei danni e dei fatti illeciti da lui prodotti; il padre e il tutore non sono mai chiamati a risponderne, perchè la responsabilità del minorenne ha per fondamento non l'imputabilità, ma il danno arrecato ai beni altrui (cf. Lib. V, § 21 in f.) [307]. La donna maritata è, rispetto al marito, nello stesso caso, perchè

---

[304] *Mud.*, XI, 34; Ḫalīl, XXIII, n. 6; Zurqānī, V, 161; *'Amaliyyāt*, 336, 337, 338.

[305] *Tuḥfat al-quḍāh* (A.M., XV, 298–299); Ḫalīl, XXII, n. 6; XXIII, n. 6; Ibn Farḥūn, II, 285.

[306] *Mud.*, XV, 148; Ibn 'Āṣim, v. 1294, 1299 e la nota 1208; Ḫalīl, XXII, n. 19, 22; XXIX, n. 35; Dardīr–Dasūqī, III, 377; Tasūlī, II, 265; Mayyārah, II, 190; *P. C. T.*, a. 311.

[307] *Mud.*, XIII, 105–106; cf. Ibn 'Āṣim, v. 1352; Tasūlī, II, 286; Mayyārah, II, 210; Ibn Farḥūn, II, 299.

l'indipendenza economica dei coniugi e il concetto diverso dell'unione coniugale fanno sì che il marito musulmano non sia mai chiamato a rispondere dei danni e dei fatti delittuosi della moglie: questa risponde personalmente e sui propri beni, tanto in via civile che in via penale, dei reati che commette (cf. Lib. V, § 16).

I. *Danni prodotti dagli animali e dagli schiavi.*

§ **63.** Gli schiavi e gli animali sono classificati nella stessa categoria; in quanto parte del patrimonio ("māl") sono cose patrimoniali, con questa differenza che gli schiavi sono beni animati, cioè animali dotati di ragione, gli animali ne sono privi. Riguardo ai danni da loro prodotti, conviene distinguere gli schiavi dagli animali.

A) Come già nell'Arabia preislamica, così in diritto musulmano, quando il danno è prodotto da uno schiavo [308], l'azione di risarcimento si dirige contro il padrone, in quanto questi è ritenuto responsabile; lo schiavo, essendo privo di personalità giuridica, non risponde civilmente. Il padrone ha facoltà, tuttavia, di esonerarsi da questa responsabilità, consegnando lo schiavo colpevole al danneggiato a titolo di risarcimento [309]; se nel frattempo aliena lo schiavo, la responsabilità civile si trasferisce nel nuovo proprietario, il quale ha, come il suo autore, la stessa facoltà di pagare quanto è dovuto per risarcimento o di consegnare lo schiavo. Se lo schiavo muore, l'azione si estingue. In tutto ciò lo schiavo vien considerato come pegno, in quanto la sua persona è vincolata al risarcimento del danno, ed è l'oggetto sul quale il danneggiato può soddisfarsi del suo credito (*noxa caput sequitur*). Siamo dunque nell'ordine d'idee che ha ispirato la procedura romana della *noxae datio*, benchè non si possa dire che questa l'abbia suggerito, perchè, ripetiamo, si trova già nell'antica Arabia.

B) Il danno è prodotto da un animale.

I danni prodotti dagli animali domestici o mansueti per indole non inducono responsabilità per il proprietario; " al–'aǵmā' ǵubār " « (il fatto) dell'animale bruto è impunito », dice un " ḥadīṯ " attribuito al Profeta [310].

---

[308] *Muwaṭṭa'*, III, 241, 242; *Mud.*, XIV, 18; XVI, 128 sg., 159, 167, 172, 214, 245, 249; Ḫalīl, XIII, 34; X, 6–6 bis; Zurqānī, VIII, 203, 166; V, 20; cf. *P. C. T.*, a. 105.

[309] Salvo la " umm walad " (schiava madre), la quale non può essere consegnata *pro noxa*, non potendo essere alienata; il padrone deve pagare il risarcimento eventualmente dovuto da questa schiava. *Mud.*, XVI, 160.

[310] Buḫārī, *širb*, 3; *diyāt*, 28; Muslim, VII, 265; *Muwaṭṭa'*, IV, 46; III, 212–213; Abū Dā'ūd, III, 214–215; Ḫalīl, XXXVII, n. 107; *Mud.*, XI, 158, 134;

Da ciò la conseguenza che il proprietario di api, di colombe, di pecore, di polli non risponde del danno prodotto da questi animali, « poichè, dice az-Zurqānī, non si può impedire a nessuno di tenerne, e, se fanno danno, spetta ai vicini difendersene ». Se un gregge ha invaso il campo altrui, il padrone del gregge non risponde, benchè il gregge non avesse guardiano, se il danno è avvenuto di giorno ed il gregge sia stato posto a pascolare in luogo lontano dal seminato, « perchè ognuno deve guardarsi i propri campi di giorno ». Se il gregge era affidato ad un guardiano, questi risponde del danno, perchè deve rispondere della mancata sorveglianza, non il padrone, perchè a questi non si può imputare colpa.

Non risponde il proprietario o il conducente di un animale del danno prodotto dall'animale, se al conducente non si possa imputare colpa [311].

La responsabilità del padrone incomincia quando nel danno prodotto dall'animale si possa riscontrare una sua colpa, e cioè [312]:

1° Nel caso dell'animale feroce o pericoloso, il proprietario risponde del danno prodotto dall'animale, se a lui si possa imputare colpa; così chi ha un cane feroce o mordace risponde, qualora il cane abbia morso o ferito una persona, se l'abbia tenuto in un luogo di passaggio o altro ove non avrebbe dovuto tenerlo. Il fondamento della responsabilità del proprietario è quindi, come in diritto romano (*actio de pauperie*), il difetto di sorveglianza o la mancanza di quelle precauzioni che sarebbero state necessarie nel caso.

2° Il proprietario del gregge o di altri animali domestici risponde del danno prodotto dall'invasione di questi nel fondo altrui, quando il danno sia avvenuto di notte, od anche di giorno, quando in quest'ultimo caso gli animali siano stati posti a pascolare presso il seminato. Nei casi qui indicati, la responsabilità del padrone deriva da sua colpa, cioè dal difetto di sorveglianza, avendo lasciato vagare i suoi animali di notte, o da difetto di cura, avendoli fatti pascolare in vicinanza del seminato.

XVI, 244, 247; Zurqānī-Bannānī, V, 33; VIII, 119; Ibn Farḥūn, II, 252, 300-301; Dardīr-Dasūqī, IV, 316, 318; *P. C. T.*, a. 105; cf. Abū Yūsuf, 13, l. 6-8; *Maġallah*, a. 929 sg.; Qasṭallānī, X, 72-73; *Digest.*, 9, 1, 1 § 4-7.

311 *Mud.*, XI, 134.

312 *Muwaṭṭa'*, IV, 48; Abū Dā'ūd, III, 215; Ḫalīl, XXXVI, n. 17; XXXVII, n. 107; *Mud.*, XI, 158; XVI, 245-254; Ibn Farḥūn, II, 296, 302; Ibn ar-Rāmī, p. 188; Zurqānī-Bannāni, VIII, 119; Dardīr-Dasūqī, IV, 216, 316, 318-319.

La procedura di risarcimento pei danni prodotti dagli animali è del tutto simile a quella pel danno cagionato dallo schiavo: il padrone risponde del risarcimento dovuto, qualora non preferisca abbandonare al danneggiato l'animale causa del danno.

§ **64.** Il proprietario risponde[313], senza distinguere se l'animale sia feroce o mansueto:

1° quando abbia provocato il danno, irritando o altrimenti aizzando l'animale;

2° quando, potendo prevenire il danno (per es., avendo veduto l'animale a lui appartenente entrare nel fondo del vicino), non ha fatto nulla per impedirgli di far danno.

In questi casi, egli non ha più facoltà di abbandonare l'animale al danneggiato per esonerarsi dal risarcimento, ma risponde direttamente del danno come del fatto proprio. Così il diritto romano concedeva, nei casi analoghi, l'azione aquiliana o di danneggiamento, non quella *de pauperie* (cf. *Digest.*, 9, 1, 1 § 5; 9, 2, 8 § 1; 9, 1, 1 § 11, 14).

II. *Danni prodotti dalle cose.*

§ **65.** Il diritto musulmano prende le mosse dal principio generale che il proprietario non risponde del danno prodotto dalle cose che gli appartengono. Pertanto, non risponde[314] chi ha un pozzo nel proprio fondo, se taluno cadendovi, vi perda la vita: " al–bi'r ǵubār " è massima attribuita al Profeta dalla Tradizione (« il pozzo è impunito », cioè non dà luogo a risarcimento). Il proprietario che fa scavare un fosso od un pozzo sul suo non risponde se una frana uccide l'operaio addetto al lavoro, « perchè, dicono i giuristi, non è imputabile di nessuna colpa chi fa scavare sul suo ». Il proprietario di miniera non risponde, per la stessa regola, dell'infortunio occorso durante i lavori di sfruttamento: " al–ma'din ǵubār " dice il " ḥadīṯ " testè citato. Chi accende in modo normale un forno nella sua proprietà non risponde dell'incendio prodottosi in conseguenza. Non risponde il proprietario di casa se un comignolo del tetto o un tubo della conduttura, staccatosi per la violenza del vento, cade sopra un passante;

---

[313] *Mud.*, XI, 134 in f., 135, 139; XVI, 244, 245–247; Ibn Farḥūn, II, 300, 301; Ḫalīl, XXXVII, n. 107–108; Zurqānī–Bannānī, VIII, 119; Ḫiršī–'Adawī, VIII, 112–113; Dardīr–Dasūqī, IV, 318–319.

[314] *Muwaṭṭa'*, IV, 46–48; Buḫārī, *širb*, n. 3; *diyāt*, n. 28, 29; Muslim, 264; *Mud.*, XI, 158; XVI, 245, 247, 254; Ḫalīl, XXXVII, n. 105; Zurqānī–Bannānī, VIII, 120; Dardīr–Dasūqī, IV, 216, 317.

nè colui che, avendo acceso un fuoco nel suo campo in una giornata calma, vede il fuoco propagarsi nel campo vicino per causa di un vento violento levatosi all'improvviso.

In tutti i casi suaccennati, non si può imputare colpa al proprietario, finchè egli si limiti a far uso del suo diritto in modo normale. La responsabilità del proprietario incomincia quando si possa far risalire a lui l'evento dannoso [315]. Così il proprietario risponde del danno prodotto dall'immobile suo, se il fatto dipende da vizio di costruzione o da difetto di manutenzione o di sorveglianza. Di regola, nessuno può esser tenuto a conservare le cose proprie o a ripararle; ma, se da questa incuria debba risultare per altri pericolo o danno, al proprietario non è più lecita questa negligenza. I vicini, ed anche qualunque interessato ad evitare la rovina della costruzione o la caduta della pianta, hanno il diritto d'intimargli di provvedere e, se il danno avviene o per difetto dei provvedimenti necessari o prima che questi abbiano potuto eseguirsi, il proprietario ne risponde. Anzi la dottrina ritiene che il proprietario sia tenuto a rispondere del danno prodotto dalla cosa sua, anche senza previo avvertimento, se la cosa era in condizioni tali che egli non poteva non accorgersi del pericolo.

Le scuole concordano generalmente in questi concetti. Esponendo la dottrina malichita, Ibn Farḥūn (II, 297) scrive: « Ibn Rāšid dice: se un muro è inclinato (cioè strapiomba) fin dall'origine, il proprietario risponde (dei danni che ne derivano); se il muro invece è stato costruito diritto e poi incomincia a strapiombare e di ciò sia stato dato avvertimento al proprietario, in presenza di testimoni, ed egli abbia trascurato di fare le riparazioni in tempo opportuno, egli deve rispondere dei danni prodotti dal crollo del muro. Se non gli è stato dato avvertimento, è controverso se sia responsabile o non lo sia. Ibn al-Qāsim dice: Egli non risponde se non siano stati assunti testimoni contro di lui, anche se il muro minacciasse di cadere. Ašhab dice: Se il muro era in tale stato che al padrone non era più lecito trascurarlo, poichè assolutamente fuori di piombo, il proprietario è responsabile, anche se non siano stati assunti testimoni contro di lui (per constatare l'avvertimento a lui dato) ».

I Ḥanafiti seguono lo stesso ordine d'idee: « se un muro crolla e produce danno ad altri, non v'ha responsabilità. Ma se il muro

---

[315] *Mud.*, XVI, 247; Ḫalīl, XXXVII, n. 104; Zurqānī-Bannānī, VIII, 117; Ḫiršī-'Adawī, VIII, 111; Ibn Farḥūn, II, 297; Ibn ar-Rāmī, 106; *P. C. T.*, a. 108.

già minacciava rovina e sia stato dato avvertimento al proprietario da qualcuno che gli ha detto: " Demolisci il tuo muro ", e sia trascorso il momento in cui si poteva demolire (per impedire la rovina), la responsabilità è di diritto. Però si richiede che colui il quale ha dato l'avvertimento sia persona avente diritto di darlo. Così, se il muro cade sulla casa dei vicini, occorre che colui il quale ha dato l'avvertimento sia uno degli abitanti di quella casa; l'avvertimento dato da un estraneo non ha valore. Se il muro cade sopra un vicolo privato, l'avvertimento dev'essere dato da uno di coloro che hanno il diritto di passarvi; se cade sulla via pubblica, l'avvertimento può essere dato da qualunque persona »[316]. Questa procedura si chiama " taqaddum " presso i Ḥanafiti e rammenta la *operis novi nunciatio* del diritto romano. « Il " taqaddum ", dice l'*al–'al-Maġallah* (a. 889), è l'avviso preventivo e la raccomandazione di evitare un danno previsto e di prevenirlo prima che avvenga ». È il concetto stesso della *nunciatio*.

TITOLO III.

Adempimento dell'obbligazione (" qaḍā' ").

CAPITOLO I.

Dell' adempimento in generale.

Adempiere l'obbligazione significa per il debitore fare quanto gli è prescritto dal vincolo ch'egli ha assunto; adempiendolo, egli si libera (" barā'ah " = liberazione).

In qual modo deve avvenire l'adempimento affinchè si possa dire che il debitore è liberato (" barī' ") ?

§ **66.** In generale, la obbligazione dev'essere eseguita nel modo prescritto dalla sua natura[317]. Nella obbligazione contrattuale, il contratto è la legge delle parti, in virtù del " ḥadīṯ ": « I Musulmani debbono stare ai loro patti » (" al–muslimūn 'inda šurūṭihim "), onde l'assioma legale: « La convenzione domina » (" aš–šarṭ amlak "); in altri termini, quando esiste una convenzione, questa è la norma

---

[316] *Maġallah*, a. 928; cf. Qāḍī Ḫān, II, 283.

[317] *Mud.*, XI, 116, 117; cf. *Digest.*, 19, 1, 11 § 1.

che deve, di preferenza ad ogni altra, regolare i rapporti tra le parti e gli effetti del negozio giuridico[318].

In mancanza di convenzione, si deve stare all'*uso* [" 'urf, 'ādah, sunnah " (in senso stretto)], cioè a quanto è consuetudine sia del commercio, sia della vita civile, nel luogo ove la obbligazione deve essere adempiuta. « Per noi (Malichiti) l'uso ha l'efficacia di una stipulazione », dice Ḫalīl. « La consuetudine ha forza di legge », dicono a loro volta i Ḥanafiti. Di ciò si è già detto in altro luogo (Lib. II, § 12).

§ **67.** Qualunque sia la natura dell'obbligazione, tuttavia, la regola suprema dell'adempimento è la buona fede, che deve sempre dominare nei rapporti tra Musulmani, cioè tra fratelli (cf. Lib. I, § 3; VII, § 41). La distinzione romana dei negozi di stretto diritto e quelli di buona fede è ignota al diritto islamico: tutti i negozi, infatti, sono di buona fede[319].

« I Musulmani debbono stare ai loro patti », dice il " ḥadīṯ " già citato, cioè non solo a quanto hanno formalmente promesso, ma a quanto, giusta l'equità e la buona fede, essi sono tenuti a fare verso l'altra parte[320]. Sono molti i " ḥadīṯ " in questo senso: « Colui che c'inganna non è dei nostri; ogni perfidia ed ogni astuzia andrà nel fuoco (eterno) »; « Non è cosa conveniente alla dignità virile (" murū'ah ") lucrare a spese dei fratelli . . . », cioè dei Musulmani; « Colui che vende un oggetto che ha un difetto senza dichiararlo, sarà sempre in odio (a Dio) e gli angeli non cesseranno di maledirlo »; « Il mercante leale e probo sarà coi Profeti e coi giusti in Paradiso »; « Colui che acquista una veste per dieci dirham, di cui un dirham sia illecito (cioè guadagnato con mezzi illeciti), non sarà esaudito nella sua preghiera, finchè indosserà quella veste »; « Ciò che appartiene ad un Musulmano non è lecito per un altro Musulmano se non col consenso del proprietario ».

A questi ed altri " ḥadīṯ " assai numerosi[321] corrisponde la insistenza con cui il Corano inculca il dovere della probità negli affari

---

[318] Abū Dā'ūd, III, 221; *Mud.*, XI, 7; *'Amaliyyāt*, 334; *P. C. T.*, a. 265, 280, 281, 291, 292.

[319] Cf. Ġazālī, *Iḥyā'*, II, 38 sg., 58 sg.; Ibn Taymiyyah, pp. 12–13, 74.

[320] Abū Dā'ūd, III, 172, 189; Muslim, VII, 46. Discorso d'addio, Ibn Hišām, 970.

[321] Buḫārī, *buyū'*, n. 11, 12, 19, 22, 27, 60, 64, 70, 71; *šurūṭ*, n. 4, 6, 7, 8, 11, 12; *istiqrāḍ*, n. 3; *ḥiyal*, n. 1; (Qasṭallānī, X, 102); Abū Dā'ūd, III, 189; Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 124; Muslim, I, 449, 499, 500; cf. Buḫārī, *iġārah*, n. 1; *istiqrāḍ*, 4, 6, 7, 17; *buyū'*, n. 6, 7; *hibah*, n. 25; Muslim, VII, 36; *Muwaṭṭa'*, III, 146, 147; *Mud.*, VIII, 134; Buḫārī, *aymān*, 17; Ḫalīl, X, not. 188; *P. C. T.*, a. 266.

e condanna ogni frode: « Dio vi prescrive di rendere a cui spetta ciò che vi è stato affidato . . . »; « Siate osservanti dei patti, poichè degl'impegni presi sarà chiesta ragione (da Dio); siate giusti nella misura quando misurate e pesate con giusto peso »; « Beati i Credenti . . . i quali restituiscono i depositi e osservano la fede data » [322]. Questo debito di lealtà è da osservare anche verso il nemico[323].

Su questi principî si fondano le regole d'interpretazione dei contratti:

a) la inesattezza delle espressioni adoperate dai contraenti non ha importanza, se risulti chiaramente la loro volontà [324];

b) quando il nome dato dalle parti al contratto differisca dalle stipulazioni in questo contenute, si dovrà stare a quanto risulta dal contenuto del contratto [325];

c) il contratto deve interpretarsi secondo la esecuzione che gli è stata data dai contraenti, anche quando questa esecuzione differisca dalle espressioni adoperate dai contraenti [326];

d) quando la ragione della nullità è solo nei termini impiegati, mentre il negozio considerato in se stesso è valido, non si deve por mente ai termini adoperati e l'atto sarà da considerare valido [327];

e) in caso di dubbio, e cioè quando fra i contraenti vi sia contestazione intorno agli elementi dell'atto e, stando alla tesi dell'uno, l'atto sarebbe valido, mentre, secondo la tesi dell'altro, l'atto sarebbe nullo, il giudice deve attenersi alla soluzione secondo la quale l'atto verrebbe ad essere convalidato [328].

Queste nozioni era opportuno premettere prima di rispondere alle domande principali in cui si riassume la dottrina dell'adempimento: Che cosa si deve prestare perchè si abbia a ritenere adempiuta la obbligazione ? Chi deve eseguire la prestazione ? A chi dev'essere fatta ? Quando e dove deve farsi ?

---

[322] *Cor.*, III, 70; IV, 61; V, 1; VI, 153; XVI, 92; XVII, 36–37; XXIII, 1–8; XXVI, 181, 183; LXX, 32; cf. III, 155; IV, 33, 134 sg.

[323] Ḫalīl, VIII, n. 7.

[324] Tasūlī, II, 207; *Mud.*, IV, 69; VIII, 119; XI, 153; XIV, 95, 102; *P. C. T.*, Intr. p. V, not. 1–2.

[325] *P. C. T.*, a. 600–603.

[326] 'Adawī ad Ḫiršī, V, 218, l. 3 dal b.

[327] *Mud.*, XI, 191 (131 ?).

[328] Ḫalīl, X, n. 198; XXVII, n. 41; XXVIII, n. 28; Ibn 'Āṣim, v. 866; Tāwudī–Tasūlī, II, 86; Mayyārah–Raḥḥāl, II, 26.

§ **68.** I. *Oggetto dell'adempimento* [329]. — Il debitore deve l'oggetto stesso determinato dall'obbligazione. Se taluno ha venduto una certa quantità di libbre di carne da prendersi da un animale determinato, egli non potrà dar la carne di un altro animale, per la differenza che esiste nella qualità della carne tra un animale ed un altro, nè può offrire l'equivalente in danaro od oggetti mobili. E pertanto dovrà oro, se il debito consisteva in oro, lino, se consisteva in lino, e via dicendo. Se desse *aliud pro alio*, e per esempio, oro, quando deve lino, si avrebbe una vendita di credito, e non un pagamento; se desse oro per argento, si avrebbe un contratto di cambio (" ṣarf "). Si chiama *pagamento* (" iqtiḍā' ") in senso proprio l'atto con cui il creditore riceve dal debitore una cosa della stessa natura di quella che gli è dovuta e che estingue la obbligazione. " Qaḍā' " (pagamento) è invece ogni atto da cui risulti la liberazione del debitore.

§ **69.** Dovrà ritenersi adempiuta la obbligazione quando il creditore consente a ricevere una cosa diversa da quella dovuta ? [330]. Chi deve, per esempio, una quantità determinata di grano di una certa qualità e consegna grano di qualità diversa col consenso del creditore, chi deve oro e consegna grano, o viceversa, estingue la obbligazione come se avesse pagato quanto aveva promesso ? La *datio in solutum* equivale al pagamento ? Sono note le controversie dei giuristi romani su questa materia; in diritto islamico, la *datio in solutum* (" taṣyīr ") non è un pagamento, poichè pagamento (" qaḍā' ") è solo quella prestazione per cui il debitore rimette effettivamente al creditore quanto è contenuto nell'obbligazione; la *datio in solutum* (" taṣyīr ") è una vendita, e precisamente una vendita di credito, disciplinata come tale, specie per quanto riguarda la regola relativa all'usura (" ribā ").

§ **70.** Quando l'oggetto della obbligazione è stato indicato genericamente (per esempio, un cavallo, dieci staia di grano ecc., senz'altra determinazione), il debitore deve la qualità media delle cose appartenenti a quel genere [331].

---

[329] Ibn 'Āṣim, v. 715, 770–771, 780, 786; Ḫalīl, X, n. 14 (8) e n. 39; XI, n. 26; Tasūlī, II, 44; Mayyārah, I, 316, 320 in f., 321; *P. C. T.*, a. 388 sg.

[330] *Mud.*, VIII, 110; Ibn 'Āṣim, v. 331, 776–777, 780, 1011 sg.; Zurqānī, V, 81–82; Mayyārah, I, 320–321; Tasūlī, II, 45 sg., 142 sg.; cf. *Digest.*, 50, 16, 47, 176; 42, 1, 4 § 7; 46, 3, 49.

[331] *Mud.*, VII, 83; IV, 68; Ḫalīl, IX, n. 50; XI, n. 12; XXXIX, n. 45; Dardīr, II, p. 264; Ḫiršī, VIII, 183; Zurqānī, VIII, 191; IV, 4; *'Amaliyyāt*, p. 38; Mayyārah, I, 159; cf. *Digest.*, 21, 1, 19, 4; *de Legat.*, I (30), 37 pr.

§ **71.** La obbligazione consistente in numerario dev'essere pagata nella specie di moneta (oro o argento) indicata nell'obbligazione stessa [332]. È però lecito al debitore di una somma in oro di liberarsi pagando in argento, e viceversa, compiendo, nei due casi, la differenza di cambio tra l'uno e l'altro metallo, al corso del giorno.

Se nel paese abbiano corso varie monete, di valore diverso [333], aventi il nome della moneta indicata nell'obbligazione, l'obbligazione sarebbe nulla per l'incertezza dell'obietto, salvo che la consuetudine del commercio o l'uso locale permettano di determinare la moneta, cui si applica l'obbligazione, o che le parti ne abbiano concordata la determinazione.

Quando non sia indicata la qualità della moneta, ma soltanto la somma, e nel paese abbiano corso varie monete di valore uguale, il debitore può pagare in quella moneta che più gli piace. Se invece le monete siano di valore diverso, il contratto è rescindibile quando non sia ancora avvenuta la esecuzione; se sia stato già eseguito da una parte (" fawāt "), si deve pagare nella moneta che ha maggior corso [334].

Se la moneta è divenuta fuori corso dopo costituita l'obbligazione od è scomparsa dalla circolazione, se ne dovrà l'equivalente in monete aventi corso, calcolate al valore che aveva la moneta scomparsa il giorno della scadenza o, secondo altri, il giorno della sentenza [335].

Quando il valore o corso della moneta stipulato nell'obbligazione è variato – in più o in meno – il debitore si libera consegnando la stessa quantità e qualità di monete indicate nella obbligazione, qualunque ne sia il valore intrinseco al momento del pagamento [336].

§ **72.** *Imputazione dei pagamenti* [337]. — Quando il creditore ha più crediti verso lo stesso debitore, il pagamento viene imputato sul debito indicato dal debitore all'atto del pagamento; in mancanza di questa indicazione, si seguono le regole seguenti:

---

[332] *Mud.*, VIII, 125 in f., 129 in f., 130, 161.

[333] Ibn Farḥūn, II, 52, 65; Tasūlī, II, 11; Zurqānī, V, 24; *P. C. T.*, a. 284–287; cf. *Digest.*, 13, 3, 4.

[334] Tasūlī, I, 51.

[335] Ḫalīl, X, n. 41 e not. 147; Tasūlī, II, 12; Zurqānī, V, 60; Dardīr–Dasūqī, III, 40; Ḫiršī, V, 55; *P. C. T.*, a. 286.

[336] *Mud.*, XIV, 27; Tasūlī, Zurqānī, Dasūqī, ll. cc.

[337] *Mud.*, XIII, 106; XIV, 16; Ḫalīl, XIII, n. 38; Dardīr–Dasūqī, III, 227–228; Ḫiršī, V, 261; Zurqānī–Bannānī, V, 261; *P. C. T.*, a. 390.

a) se una delle obbligazioni è garantita da pegno o cauzione, e l'altra non lo è, il pagamento viene imputato metà sul debito garantito e metà sul debito sprovvisto di garanzia;

b) se i due debiti sono a scadenza diversa, farà fede l'affermazione di colui che dichiara che il pagamento è da imputare sul debito più prossimo a scadere;

c) se una delle obbligazioni è già scaduta, e l'altra no, s'imputa il pagamento sul debito scaduto.

§ **73.** L'oggetto dell'obbligazione dev'essere prestato integralmente; un adempimento *pro parte* non vale adempimento ed il creditore non è tenuto a riceverlo, ancorchè l'obbligazione sia divisibile[338].

L'obbligazione di consegnare una cosa non si ritiene adempiuta se, insieme alla cosa, non siano consegnati gli accessori che ne fanno parte, secondo la natura della cosa o la consuetudine, salvo patto contrario [339].

Quando nel frattempo, cioè nel periodo che intercede tra la costituzione dell'obbligazione e la sua esecuzione, l'oggetto ha avuto un accrescimento o subíto una diminuzione, a chi spetta questa differenza in più o in meno (per esempio, accessioni alla cosa venduta, frutti prodotti nel frattempo, deteriorazione o perimento per caso fortuito ?)

In questi casi i giuristi islamici applicano la regola enunciata da un " ḥadīṯ " del Profeta: « Colui che ha i vantaggi ha i rischi, e colui che ha i rischi ha i vantaggi » [" al-ḫarāǵ bi-'ḍ-ḍamān wa 'ḍ-ḍamān bi-'l-ḫarāǵ " = *qui habet lucrum, et periculum* (*habere debet*), *et qui habet periculum, et lucrum* (*habet*)] [340], la quale, in sostanza, non è che un'altra forma della regola che vieta il lucro senza causa; colui che, avendo i vantaggi, venisse sottratto ai rischi ed agli oneri, e reciprocamente, farebbe un lucro ingiustificato, si arricchirebbe senza motivo a spese di un altro, contro ogni ragione di equità; « *secundum naturam est, commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda* » (Paul., nel *Digest.*, 50, 17, 10; cf. *Cod.*, VI, 2, 22 § 3; IV, 66, 2; *Instit.*, III, 23 § 3).

---

[338] Ḫalīl, XXXVIII, n. 83, 91; Zurqānī, VIII, 157; Dardīr, IV, 354; *P. C. T.*, a. 280–281; cf. pei Ḥanafiti *ad-Durr al-muḫtār*, III, 183; *Muršid al-ḥayrān*, 215; *Digest.*, 46, 3, 9 § 1; 22, 1, 41 § 1.

[339] *Mud.*, XIV, 40; Ḫalīl, X, n. 173 e not. 814; Ḫiršī, V, 180, 181; Zurqānī, V, 181–182; Dardīr-Dasūqī, III, 148.

[340] Abū Dā'ūd, III, 201; *Mud.*, X, 166; *Muwaṭṭa'*, III, 240; Ḫalīl, XXIV, n. 25; XXVII, n. 23; cf. X, n. 69; Bannānī, V, 134, l. 2–3; Ibn 'Āṣim, v. 1291, 1502; Tasūlī, II, 64, 263; Mayyārah, II, 258; Ibn Nuǵaym, I, 182.

Conviene quindi, per risolvere il quesito, considerare la natura dell'obbligazione, esaminare caso per caso a chi spetti la proprietà dell'oggetto quando l'obbligazione è perfetta. Se, per la natura del vincolo, la cosa si trasferisce giuridicamente nel patrimonio del creditore dal momento in cui l'obbligazione si perfeziona, al creditore, ormai divenuto domino, si trasferiranno altresì i vantaggi ed i pericoli inerenti alla cosa (*casum sentit creditor*); così nella compra-vendita di cosa individualmente determinata e negli altri contratti consensuali che hanno ad oggetto una specie (*res certa*) [341]. Se invece la perfezione della obbligazione non ha per effetto di trasferire giuridicamente l'oggetto nel patrimonio del creditore, i rischi ed i vantaggi spetteranno al debitore fino al momento in cui egli avrà effettivamente eseguito l'obbligazione (*casum sentit debitor*); si pensi, ad esempio, alla compra-vendita od alla locazione di cosa genericamente determinata (" kirā' maḍmūn "), alla vendita di cose fungibili in genere; altro esempio ne è il contratto di società; in questo il vincolo acquista carattere obbligatorio solo quando abbia avuto un principio di esecuzione[342], ond'è, per esempio, che il pericolo della quota conferita dal socio nella società spetta a lui finchè non l'abbia effettivamente confusa colle quote degli altri soci, nè basta che la società sia già perfetta per il consenso delle parti; infatti la società è un contratto che si perfeziona *non verbis sed facto seu re* (" bi-'l-'amal, lā bi-'l-lafẓ ", come dicono i giuristi arabi).

§ **74.** II. *Chi deve adempiere l'obbligazione.* — Di regola, l'obbligazione deve essere adempiuta dall'obbligato stesso.

Ma ciò non è sempre essenziale; la obbligazione può essere adempiuta anche da un terzo, se questi agisce nell'interesse del debitore ed allo scopo di estinguerne il debito, anche se non abbia veste di rappresentante o mandatario[343]. È infatti indifferente per il creditore che la obbligazione sia eseguita da una persona o da un'altra, purchè sia adempiuta nel modo previsto, quando si tratta di un pagamento di numerario, della restituzione di un deposito o di comodato e via dicendo.

---

[341] Ḫalīl, X, n. 69, 143, 145; Zurqānī, V, 77, 92 in f., 93; Ḫiršī, V, 85; Ibn Salmūn, I, 280; *P. C. T.*, a. 711.

[342] Ḫalīl, XIX, n. 4, 5; Ḫiršī, VI, 41; Dasūqī, III, 306; *P. C. T.*, a. 264, 274-276.

[343] *Mud.*, XIII, 68; cf. *Digest.*, 3, 5, 39; 46, 3, 23, 40, 72 § 2 pr.; *Inst.*, III, 29.

Se invece, per la natura speciale della obbligazione, la persona del debitore costituisce un elemento essenziale dell'adempimento, per modo che il creditore abbia interesse che sia eseguita dal debitore medesimo e non da un altro, la obbligazione non potrà essere adempiuta che dal debitore. Si pensi, per es., ai numerosi contratti in cui l'opera del debitore e le sue qualità personali sono una delle ragioni che hanno determinato l'altro contraente a stringere la convenzione, ad es., la società agricola (" muzāra'ah "), il contratto di piantagione (" muġārasah "), la colonía parziaria (" musāqāh "), la locazione di opere (*locatio operarum*), l'accomenda (" qirāḍ "), il deposito. In tutti questi casi, il fatto del debitore non può essere surrogato da quello di un altro, appunto perchè il creditore ha avuto in vista le qualità personali dell'obbligato [344].

§ **75.** III. *A chi deve essere fatto l'adempimento.* — Di regola, la prestazione che è oggetto dell'obbligazione dev'essere fatta al creditore stesso.

Ma ciò non è essenziale; è anzi indifferente, agli effetti dell'adempimento, che sia fatto in propria persona al creditore. L'obbligazione si ha ugualmente per adempiuta quando è fatta a chi rappresenta il creditore in virtù di mandato o per legge, od alla persona che il creditore indica per riceverlo in sua vece. Vale mandato, in questo caso, anche la ratifica posteriore (" iġāzah ") al pagamento [345].

Non importa che il mandatario sia un incapace; la capacità del mandante è la sola che importi per la validità del pagamento [346]; chi prova di aver pagato ad un minorenne, regolarmente incaricato dal creditore di ricevere per lui, è pienamente liberato, perchè il creditore che affida i suoi interessi ad un incapace deve imputare a se stesso il danno eventuale che ne risente. Ma è necessario che il pagamento sia fatto a chi era autorizzato a ricevere; l'adempimento fatto a chi non ha facoltà di rappresentare il creditore non ha effetto liberatorio. Così il pagamento del dono nuziale fatto al padre della sposa

---

344 *Mud.*, XII, 103, 104; XV, 144–145; Ḫalīl, XXII, n. 7; XXVII, n. 22; Dasūqī, III, 371–372; Ḫiršī, VI, 112; Zurqānī, VI, 117; *'Amaliyyāt*, 329; cf. *Digest.*, 46, 3, 31.

345 *Mud.*, IV, 10 (pagamento al tutore testamentario); *Lāmiyyat az-Zaqqāq*, 52 (pagamento al curatore giudiziale d'un assente); Ḫalīl, XX, n. 6 (pagamento al mandatario incaricato di vendere); cf. *Digest.*, 46, 3, 59; 50, 17, 180; *Cod.*, VIII, 43, 19.

346 *Mud.*, XV, p. 155; Ibn 'Āṣim, v. 276; Tāwudī–Tasūlī, I, 190–191; Mayyārah, I, 131.

non libera il marito, se la sposa era già emancipata dalla potestà paterna; il pagamento fatto al mandatario *ad litem* [347] non libera il debitore, se il mandatario non aveva anche facoltà espressa di ricevere il credito. Tuttavia ha effetto liberatorio il pagamento fatto in buona fede al creditore apparente, cioè a chi, essendo in possesso del credito, risulti poi non essere il vero domino. L'affittuario di un fondo, che per più anni ha pagato l'affitto al possessore apparente, può validamente, in caso di evizione del fondo, opporre all'evincente i pagamenti fatti al suo predecessore nel possesso fino al momento della sentenza che pronunzia la evizione. È valido il pagamento della decima fatto ad un percettore (" 'āmil ") che risulti più tardi incapace di esercitare l'ufficio perchè schiavo o tributario protetto (" ḏimmī ") [348].

§ **76.** Per essere pienamente efficace, l'adempimento dev'essere fatto al creditore *capace di ricevere* [349].

L'adempimento fatto a chi sia incapace per ragioni di età o per vizio di mente è nullo se il tutore o curatore dell'incapace non lo ratifica, salvo che l'incapace ne abbia effettivamente tratto profitto, e nel limite del lucro ritratto (cf. Lib. IV, § 10 = vol. I, p. 100–101).

§ **77.** IV. *Luogo dell'adempimento.* — Dove si deve eseguire l'obbligazione? [350].

Il luogo dell'adempimento può essere determinato:

a) dalla natura dell'obbligazione; per esempio, quando questa ha per oggetto una tradizione di beni immobili. È evidente in questo caso che la obbligazione non si può adempiere in luogo diverso da quello ove si trovano i beni;

b) dal contratto; la esecuzione deve farsi di regola nel luogo ove la obbligazione è stata contratta. In altri termini, il debitore non può essere tenuto a pagare nè il creditore a ricevere se non in quel luogo. Le parti non hanno facoltà d'indicare un altro luogo per la esecuzione, quando si tratta del rimborso di un mutuo, della restituzione d'un comodato o d'un deposito, della tradizione d'un

---

[347] *Mud.*, IV, 10; cf. *Digest.*, 46, 3, 86.

[348] Ḫalīl, XXIV, n. 33; Māwardī, p. 125; Ibn Nuǵaym, II, 103 (Ḥanaf.); cf. *P. C. T.*, a. 278.

[349] *Mud.*, XIII, 71, 74; Ḫalīl, XV, n. 2; Dardīr–Dasūqī, III, 257; Ibn 'Aṣim, v. 1353; cf. *P. C. T.*, a. 279; *Digest.*, 46, 3, 15, 66; *Inst.*, II. 8 § 2.

[350] *Mud.*, IX, 46, 96–97; Ḫalīl, XI, n. 28; XII, n. 5; Dardīr–Dasūqī, III, 194, 198; Zurqānī, V, 226, 230; Ḫiršī, V, 229, 232; Ibn 'Āṣim, v. 704; Tasūlī, II, 149; Mayyārah, I, 293; *P. C. T.*, a. 289; cf. *Digest.*, 13, 6, 12 § 1; 45, 1, 122 pr.; *Cod.*, VIII, 43, 9; *Inst.*, IV, 6 § 33.

oggetto comprato o locato e via dicendo; infatti la esecuzione in un luogo diverso costituirebbe una forma di lucro ingiustificato (" ribā "), poichè il creditore risparmia le spese ed i rischi del trasporto facendosi consegnare il debito in altro luogo [351]. La stessa regola vale per le obbligazioni *ex delicto*: il risarcimento dovuto è pagabile nel luogo ove il fatto delittuoso è stato commesso.

Tuttavia, quando si tratta di numerario, di pietre preziose e di altre cose di facile trasporto, il debitore ha facoltà di pagare in qualunque luogo trovi il creditore, e questi è tenuto a ricevere il pagamento, purchè non sia in luogo e tempo inopportuno [352], oppure abbia legittimo motivo di rifiutare il pagamento, per es. per la poca sicurezza della strada dovuta ai disordini civili o ad altra causa simile.

§ **78.** V. *Quando si deve adempiere la obbligazione* (termine = "aǵal "). — La obbligazione è esigibile subito, quando non vi sia stato apposto un termine (" aǵal "), cioè una data prima della quale non si può chiedere la esecuzione. Questa data può risultare sia dalla natura dell'obbligazione, sia dalla consuetudine (" 'urf "), sia dalla convenzione [353]. In alcuni casi è la legge stessa che determina la data della esecuzione, escludendo il termine o abbreviandolo singolarmente, quando si tratti di convenzioni che possono servire a palliare un'operazione usuraria (" ribā "), nel senso attribuito a questa espressione dal diritto musulmano [354]. Così nel contratto di cambio (" ṣarf ") la permuta dei due metalli scambiati deve effettuarsi *in ipso congressu*, prima ancora che i contraenti si siano separati; in altri contratti si prescrivono termini più o meno brevi [355], sempre allo scopo di prevenire il " ribā ".

Il termine non sospende l'esistenza della obbligazione, ma solo ne differisce o ne limita l'esistenza, indica cioè il punto di partenza o quello di estinzione (" ġāyah ") [356].

Il termine si presume quindi apposto nell'interesse del debitore [357] (*diei addictio pro reo est*). Il creditore non può chiedere la esecuzione

---

[351] Cf. *Digest.*, 13, 4, 9, 2 § 7; 5, 1, 38; 10, 4, 11 § 1.

[352] Cf. *Digest.*, 46, 3, 39.

[353] Ḫalīl, XI, nota 39; XII, n. 5: *P. C. T.*, a. 154–167; cf. a. 295–296; *Digest.*, 50, 16, 213 pr.; 50, 17, 14, 186; 45, 1, 41 § 1–42.

[354] *Mud.*, IX, 77–80; Ḫalīl, X, n. 165.

[355] Vedasi la enumerazione in Ḫalīl, 165; cf. *Mud.*, IX, 77–80.

[356] *Ḥuṣūl al-ma'mūl*, p. 120–121.

[357] Buḫārī, *istiqrāḍ*, n. 17; Dardīr–Dasūqī, III, 198, 290; IV, 354; Ḫiršī, V, 232; *P. C. T.*, a. 154.

dell'obbligazione prima della data stabilita, mentre il debitore, dice Ibn 'Arafah, può rinunciare al beneficio del termine e pagare anche prima, purchè non sia in tempo o luogo inopportuno. Si eccettuano tuttavia il " salam " (vendita con anticipazione del prezzo) e la vendita a termine; in questi contratti il venditore non ha facoltà di consegnare la cosa venduta prima della scadenza, perchè con ciò verrebbe ad ottenere un lucro indebito, sottraendosi alla garentía del rischio che a lui incombe nel frattempo, garentía che è inerente a quei contratti [358].

Il termine comincia dalla data dell'atto o fatto che dà origine all'obbligazione, quando non sia altrimenti determinato dal contratto o dalla legge.

Se l'obbligazione deriva da delitto o quasi delitto, il termine comincia dal giorno in cui il risarcimento dovuto è liquidato dal giudice [359].

Il giorno in cui si comincia a contare non viene computato nel termine; quando questo viene computato per giorni, esso spira colla fine dell'ultimo giorno, e cioè alla sera dopo il tramonto, giusta l'abitudine araba di computare per notti, cioè da una notte ad un'altra.

§ **79.** VI. *Adempimento delle obbligazioni bilaterali.* — Nei contratti bilaterali, le obbligazioni dei contraenti sono correlative; quindi:

a) Uno dei contraenti [360] non può chiedere la controprestazione dell'altra parte prima di aver eseguito od offerto di eseguire quanto egli deve, salvo che l'ordine nel quale ciascuno dei contraenti deve eseguire la sua parte del contratto sia determinato dalla consuetudine o dalla convenzione delle parti.

Ad esempio, nel contratto di compra-vendita il venditore ha il diritto di chiedere che il prezzo gli sia pagato prima della consegna della cosa venduta o all'atto stesso della consegna [361]; nel matrimonio, contratto per tanti riguardi affine alla vendita, la moglie ha diritto al pagamento del dono nuziale prima di essere tenuta a concedersi

---

[358] *Mud.*, IX, 43; XIII, 67; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 148; Ibn 'Āṣim, v. 1307, 1308; Mayyārah, II, 196; Ḫiršī, V, 232; cf. *Digest.*, 46. 3 39; 45, 1, 38 § 16, 42; *Inst.*, III, 15 § 2.

[359] Zurqānī, VIII, 47; Ibn Salmūn, I, 254; Ibn Farḥūn, I, 150.

[360] *Mud.*, XI, 129; Ḫalīl, X, 146; Zurqānī, V, 161; Dardīr-Dasūqī, III, 127; *'Amaliyyāt*, p. 152-153; *P. C. T.*, a. 271-272; cf. *Digest.*, 44, 4, 5 § 4; *Cod.*, VIII, 45, 5.

[361] Salvo i contratti di cambio e di permuta, in cui le prestazioni debbono farsi simultaneamente.

al marito [362]. Invece nella locazione–conduzione, salvo consuetudine contraria, il prezzo di locazione è dovuto solo dopo il godimento della cosa locata [363].

b) La parte che ha eseguito il contratto acquista *ipso facto* il diritto di esigere la controprestazione promessa dall'altro contraente [364].

Colui che chiede la esecuzione del contratto deve provare di avere, da parte sua, eseguito quanto doveva, e di averlo eseguito nel modo prescritto dal contratto, salvo che per legge o consuetudine egli fosse tenuto ad eseguire la sua parte del contratto solo dopo l'altro contraente.

c) Il contraente, che ha adempiuto alla obbligazione per quanto a lui spettava, potrà, in caso d'inadempienza dell'altra parte, ripetere quanto ha già dato? Il diritto romano concedeva, in questi casi, sia l'azione *praescriptis verbis* sia la *condictio*. Non sembra dubbio che nella specie la ripetizione sia di diritto, secondo i Malichiti e le altre scuole, giusta le regole dell'indebito arricchimento(vedi sopra, Lib. VII, Cap. II) [365].

CAPITOLO II.

Ritardo nell' adempimento ("maṭl").

§ **80.** Il diritto musulmano è largo d'indulgenza verso il debitore; i precetti del Corano in questa materia rammentano quelli del Deuteronomio e formano un contrasto singolare col rigore del diritto romano, contrasto che non è certo a vantaggio di quest'ultimo: « s'egli (il debitore) è in strettezze, (dategli) una proroga, finchè sia in grado (di pagare); e, se ne farete elemosina (a lui), sarà anche meglio . . . » (*Cor.*, II, 280). La mitezza verso il debitore fa parte non solo dell' etica islamica, ma delle regole del diritto positivo [366].

---

[362] Ḫalīl, IX, § 50; Dardīr–Dasūqī, II, 265.

[363] *Mud.*, XI, 129.

[364] Ḫalīl, IX, n. 51; Dardīr–Dasūqī, II, 265; Ibn Farḥūn, I, 220; *P. C. T.*, a. 271; cf. *Digest.*, 21, 2, 31.

[365] *Mud.*, IV, 48.

[366] Buḫārī, *buyū'*, n. 5, 16, 18, 50: *aymān*, n. 9; *istiqrāḍ*, n. 4, 5, 19; Ibn Māǵah, II, 41; Muslim, VI, 429–435, 439 e Nawawī ad loc.; *Muwaṭṭa'*, III, 154; *Mud.*, XIII, 54–55; Ibn 'Āṣim, v. 1426–1427, 1430, 1436, 1440; Ḫalīl, XXXVIII, n. 85; Mayyārah, II, 236–238 e Raḥḥāl ad loc.; Ibn Farḥūn, I, 39, 15 dal b.; Rāzī, II, 543–544; *P. C. T.*, a. 295–296; 300–302.

Ma a questa sollecitudine della legge ha diritto solo il debitore sfortunato e di buona fede. Invece l'inadempienza, quando è più o meno volontaria, vien considerata con severità. È un peccato grave non pagare un debito o protrarne la soluzione, avendo i mezzi di pagare; " maṭl al-ġanī ẓulm ", dice il " ḥadīṯ ": è un'usurpazione del diritto altrui (" ta'addī "), una ingiustizia (" ẓulm "), poichè si riduce in sostanza ad una forma di appropriazione indebita, analoga alla rapina [367].

Il " ḥadīṯ " riferisce [368] che, trovandosi il Profeta seduto in una piazza di Medina, un corteo funebre venne a passare per quel luogo ed un amico della famiglia pregò il Profeta di pregare per il defunto. Il Profeta domandò se avesse lasciato debiti, ed essendogli stato risposto che il defunto non doveva niente, pregò pace per lui. Poco dopo passò un altro corteo ed al Profeta fu fatta la stessa richiesta; egli ripetè la domanda: « Ha egli lasciato debiti ? ». Gli fu risposto che era morto oberato; il Profeta rifiutò di pregare per chi moriva defraudando i suoi creditori. Un'eco dello spirito positivo del mercante qurayshita e della sua sollecitudine per la puntualità commerciale si conserva in queste tradizioni, come nelle lodi tributate al debitore fedele ai suoi impegni [369] (vedi sopra, § 66).

Su queste premesse si fonda la dottrina della giurisprudenza islamica in materia d'inadempienza.

§ **81.** Quando il debitore lascia trascorrere il termine stabilito dalla legge o dalla convenzione senza soddisfare a quanto deve, egli è detto " mumāṭil " (ritardatario); " maṭl " (ritardo) corrisponde quindi filologicamente alla *mora* del diritto romano, benchè assai ne differisca nel concetto essenziale e negli effetti.

La mora o ritardo nell'adempimento (" maṭl ") non va intesa con quel rigore con cui s'intenderebbe in diritto romano; un lieve ritardo dopo il termine è scusabile e non si considera " maṭl ".

A costituire la mora non occorre che il debitore sia stato richiesto di pagare; il ritardo in diritto musulmano si verifica *ex re*, senza necessità d'interpellazione da parte del creditore; basta che:

---

[367] Buḫārī, *ḥawālāt*, n. 1; *istiqrāḍ*, n. 12; *hibah*, n. 25; Muslim, VI, 439 e Nawawī ad loc.; *Muwaṭṭa'*, III, 140; Abū Dā'ūd, III, 162–164; cf. *Mud.*, XI, 81 (è " ta'addī " trattenere l'animale locato, dopo spirato l'affitto).

[368] Buḫārī, *ḥawālāt*, n. 3.

[369] Buḫārī, *hibah*, n. 25; avversione del Profeta per i debiti: Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 146; Buḫārī, *istiqrāḍ*, n. 10.

1° il debitore abbia lasciato trascorrere il termine senza fare quanto doveva;

2° che l'obbligazione sia valida e liquida.

Il debitore non è ritardatario se non paga, avendone giusto motivo [370]. Tra questi casi la dottrina annovera [371]:

1° la inopia del debitore, poichè commette già ingiustizia chi, sapendo che il debitore è inabile a pagare, lo chiama in giudizio (cf. *Cor.*, II, 280);

2° il ritardo del debitore che, sapendo di esser chiamato dinanzi ad un giudice ingiusto, che lo condannerà contro equità, si studia di evitare il giudizio e di protrarre il pagamento.

§ **82.** Qual'è l'effetto della mora (" maṭl ") ?

La dottrina malichita non annette alla inadempienza l'effetto di aggravare la obbligazione. Il debitore inadempiente è certo colpevole dinanzi alla legge religiosa, cioè alla sua coscienza, ma giuridicamente egli non deve altro che la prestazione che è oggetto dell'obbligazione, e nulla più. È questo il concetto della *al-Mudawwanah*, di al-Qarāfī, di Ibn Lubb, ed in generale della giurisprudenza classica [372]. « La mora (" maṭl ") del debitore, dice al-Qarāfī, non induce aumento nel debito, poichè (il creditore) può portarlo (il debitore) in giudizio ed esigerlo da lui (quanto deve). Infatti, nel contrarre con lui (il creditore) si è impegnato ad esigere il suo credito quale l'aveva sborsato ed (anche al rischio) che egli (il debitore) lo trascinasse in lungo o morisse o divenisse insolvente o morisse in stato d'insolvenza... Ed il debitore moroso non dev'essere trattato con maggior rigore di chi ha commesso una rapina ("ġāṣib "); infatti, il rapinatore è tenuto a restituire una quantità uguale a quella che ha preso, trattandosi di cose fungibili, anche se siano cresciute di prezzo . . . ».

Tuttavia, una dottrina autorevole, e prevalente specialmente nel Maġrib (al-Wānūġī, al-Mašaddālī, Ibn Ġāzī ecc.), sostiene che, se la mora ha prodotto danno al creditore, questi dev'esserne risarcito dal debitore moroso. Applicando questo concetto al deprezzamento della moneta avvenuto dopo la mora, quei giuristi ritengono [373] che il creditore debba esser pagato secondo il valore che la moneta

---

370 Ḫalīl, XXII, 21; *P. C. T.*, a. 295-296.

371 Ibn Farḥūn, I, 276; cf. *Digest.*, 22, 1, 24 pr.; 45, 1, 127; 12, 1, 5, 17 § 3; 50, 17, 63.

372 Zurqānī, V, 60; Ḫiršī, V, 55.

373 Zurqānī, l. c.; cf. Ḫalīl, XXIV, n. 15 e 20.

aveva prima che si verificasse la mora, perchè «il debitore è ingiusto ("ẓālim") differendo il pagamento», in base al "ḥadīṯ": «Chi protrae (il pagamento), potendo pagare, commette ingiustizia (" ẓulm ")». La più recente giurisprudenza accede a questa opinione: «Questa specie, dice at-Tasūlī [374], è analoga alla usurpazione semplice (" ta-'addī ") e non alla rapina o usurpazione violenta (" ġaṣb ") [375]. L'usurpatore non violento (" muta'addī ") deve riparare le conseguenze del (suo) fatto. E per esempio, chi ha usurpato la utilità di una cosa (*furtum usus*) garentisce la sostanza " ḏāt " = *corpus*), se questa poi perisce. La mora (" maṭl ") appartiene a questa categoria (di fatti), perchè (il debitore) trascina in lungo (il suo debito) per trarne profitto... finchè (la cosa dovuta) perisce in tutto od in parte. E noi sappiamo che le regole applicabili alla usurpazione " ta'addī " = *furtum usus*) non sono quelle della rapina ("ġaṣb")». Il testo della *al-Mudawwanah*, prosegue il giureconsulto, è concepito, veramente, in termini generali, ma che si debba intendere in senso più ristretto lo prova l'analogia con altri casi: «Non vedi tu — continua at-Tasūlī — che il debitore moroso (" mumāṭil ") è causa, colla sua mora, della perdita totale o parziale della somma dovuta per chi doveva riceverla?... Quando il convenuto pervicace (" mulidd ") costringe l'attore a pagare le spese d'usciere, quando il tutore differisce la restituzione del patrimonio del pupillo giunto alla pubertà, finchè quel patrimonio perisce, quando il depositario tarda a restituire il deposito a lui richiesto dal proprietario, in (tutti) questi casi chi ha cagionato il danno deve risarcirlo. Anzi, as-Suyūṭī dice che l'amministratore del " waqf ", il quale ha riscosso l'affitto degli immobili appartenenti al " waqf " e differisce a pagarlo in tempo debito a cui spetta, benchè possa pagare (e perseveri nell'indugio), finchè le monete subiscono un deprezzamento, risponde di questo deprezzamento, perchè ha commesso una usurpazione (" ta'addī "). . . » [376].

Stando a questi concetti, che rappresentano la più recente dottrina, possiamo determinare come segue gli effetti della mora (" maṭl "):

L'effetto della mora musulmana (" maṭl ") è, non di aggravare o estendere gli effetti dell'antica obbligazione, ma di creare una nuova

---

[374] II, 12.

[375] È evidente che qui si vuol rispondere alla dottrina di al-Qarāfī citata dianzi.

[376] Tasūlī, II, 13; cf. Ḫiršī, V, 55 e 'Adawī ad loc.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

obbligazione, che ha per fondamento il fatto illecito e che si aggiunge all'obbligazione originaria.

Il debitore moroso deve pertanto:

1° *a*) eseguire quanto formava obietto della primitiva obbligazione; *b*) ed inoltre, risarcire il danno derivato dall'inadempienza, per modo da riporre il creditore nella condizione in cui sarebbe, ove l'obbligazione fosse stata debitamente adempiuta [377];

2° qualora l'obbligazione sia divenuta ineseguibile (" fawāt "), perchè l'obietto è perito o deteriorato, il debitore subisce le conseguenze di questa impossibilità, ed in caso di perimento dovrà prestare l'equivalente in generi od in numerario: in altri termini, il debitore ha il rischio e, in compenso, avendo il rischio, può ritenere i frutti percetti nel frattempo [378].

Se l'obietto della obbligazione è deprezzato, il debitore deve il maggior valore raggiunto dalla cosa tra il momento in cui la mora si è verificata e quello in cui adempie la obbligazione [379].

La obbligazione di *fare* si risolve nei danni derivanti direttamente dalla inadempienza [380], e cioè nel pregiudizio effettivo subíto dal creditore per non aver ricevuto quanto gli era dovuto.

In tutti questi casi, i danni non comprendono i frutti civili o interessi del debito (usura), che in diritto musulmano non sono mai dovuti, perchè non possono essere oggetto di obbligazione (Lib. VII, Tit. II, Cap. II, Sez. II).

§ **83.** *Mora del creditore* [381].

La mora può verificarsi anche da parte del creditore, sia perchè egli rifiuti, senza causa legittima, il pagamento che gli viene offerto, sia perchè egli si trovi assente o sia legalmente incapace di ricevere, per modo che il debitore, pur essendo pronto a pagare, non sappia a chi rivolgersi per effettuare il pagamento.

---

377 Ḫalīl, XXII, n. 15; XXIX, n. 69; Zurqānī, V, 60–61; cf. *Digest.*, 6, 1, 17 § 1; 21, 1, 8; *de leg.*, I, 39 § 1, ecc.

378 Dimašqī, I, 99; Zurqānī, V, 60; Tasūlī, II, 13; *P. C. T.*, a. 308–310; cf. *Digest.*, 12, 1, 5; 16. 3, 12 § 3; 13, 1, 8 § 1.

379 Zurqānī, V, 60; Ḫiršī, V, 55 e 'Adawī ad loc.; Tasūlī, II, 12–13; cf. *Digest.*, 19, 1, 3 § 3; 17, 1, 37.

380 Bannānī, VII, 25.

381 *Muwaṭṭa'*, III, 267; *Mud.*, VII, 93, 94, 99; Zurqānī, III, 84; VIII, 157; Tasūlī, II, 13; Dasūqī, IV, 25; Ḫalīl, XXIV, n. 33; XXIX, n. 22, 38; XXXVIII, n. 85; XI, n. 23; XIII, n. 33; *P. C. T.*, a. 313–327, 392–396; cf. *Digest.*, 24, 3, 26; 45, 1, 73 § 2; *Cod.*, IV, 32, 6.

In questi casi il creditore è colpevole di una ingiustizia (" ẓulm ") e non può farne ricadere le conseguenze sul debitore, il quale si può liberare, rivolgendosi al giudice e facendo il deposito della cosa dovuta sia presso il " bayt al-māl ", sia presso il giudice o presso la persona indicata dal giudice per ricevere il pagamento [382].

Il credito è determinato sulla base del valore che aveva il giorno della scadenza. « Se taluno deve delle derrate (" ṭa'ām ") e il creditore rifiuti di riceverle e queste siano poi cresciute di prezzo, il creditore non ha diritto che al valore (che le derrate avevano) il giorno del suo rifiuto e della ingiustizia (" ẓulm ") da lui commessa. . . (rifiutando ingiustamente) » [383].

Il perimento della cosa depositata è a rischio del creditore.

TITOLO IV.

Modi di assicurare le obbligazioni.

I modi di assicurare le obbligazioni indicati nelle fonti malichite e sciafiite sono :

1° Il giuramento (" yamīn, ḥilf ").
2° La ritenzione (" ḥabs ").
3° La revocazione (" radd ").
4° Il pegno (" rahn ").
5° La fidejussione (" kafālah, ḍamān").

Del pegno e della fidejussione si dirà nella parte speciale. Rimangono quindi, come modi di assicurare le obbligazioni, il giuramento, la ritenzione, la revocazione.

§ **84.** I. *Giuramento* (" yamīn, ḥilf ").

Il giuramento è una promessa o dichiarazione solenne fatta al cospetto di Dio e invocando il Suo nome e che ha per scopo di assicurare l'esecuzione di una obbligazione contratta o da contrarre.

Il giuramento, che è fondamentale in materia di procedura, è poco usitato in altri casi, salvo che nel ripudio e nell'affrancamento

---

[382] *Mud.*, VII, 94, 99 in f.; cf. Ḫalīl, VII, 39; XI, 23; XIII, 33; Zurqānī, III, 84; in mancanza d'altro si può ricorrere alla « comunità dei Musulmani », cioè a due Musulmani probi e idonei a stare in giudizio.

[383] Dasūqī, III, 41.

di schiavo, ove ha per fine di confermare la volontà di sciogliere il vincolo coniugale o il vincolo di servitù, ed obbliga chi lo ha proferito a fare quanto ha enunciato [384] e, in caso di violazione, a compiere una espiazione (" kaffārah ") [385] consistente: *a*) nell'affrancamento di uno schiavo; *b*) in difetto, a digiunare per due mesi; *c*) e ove non si possa nè l'una cosa nè l'altra, a distribuire a 60 poveri un " mudd " (misura) e due terzi di grano o altra derrata alimentare per ciascuno.

La stessa espiazione è dovuta se il giurante ha proferito il giuramento per errore [386].

Il giuramento, come ogni dichiarazione di volontà, è rescindibile se sia stato proferito sotto l'influsso della violenza o del dolo [387].

§ **85.** II. *Ritenzione* (" ḥabs, iḥtibās ").

Il diritto di ritenzione è la facoltà di trattenere la cosa, che taluno è tenuto a rimettere ad un altro, fino al pagamento di quanto è dovuto a chi esercita la ritenzione da colui al quale la cosa dev'essere consegnata.

Il diritto di ritenzione non può essere esercitato se non in virtù di un credito valido e scaduto, e quando il creditore corra rischio di perdere il credito o il debitore sia insolvente.

Il diritto di ritenzione è di stretta interpretazione e si può esercitare solo nei casi in cui la legge espressamente lo concede.

La legge concede la ritenzione [388]:

a) a chi ha trovato una cosa smarrita, per il rimborso delle spese di conservazione da lui fatte;

b) al creditore pignoratizio, per il rimborso delle spese straordinarie da lui fatte e senza le quali la cosa sarebbe perita; per esempio, per i lavori d'irrigazione o per la riparazione del pozzo necessari a salvare il raccolto, per il riscatto dello schiavo delinquente, ed anche per le spese ordinarie, se è così pattuito col pignorante;

---

[384] *Mud.*, VII, 5–7, 10, 18; Ḫalīl, IX, n. 111–112, 121, 123, 150–153; XXXVIII, n. 5–7.

[385] *Cor.*, LVIII, 4–5; *Muwaṭṭa'*, III, 247, 249 sg.; Ḫalīl, IX, n. 178, 179 e fonti cit.; Buḫārī, *kaffārah*, n. 1, 2, 4, 6; Ibn Sa'd, III, 1, 94–95.

[386] Ḫalīl, l. c.

[387] Ḫalīl, IX, n. 109 in f.; Dasūqī, II, 329; Ḫiršī, IV, 36.

[388] *Muwaṭṭa'*, III, 218–219; *Mud.*, XVI, 253; X, 137; XI, 90, 137, 146; Zurqānī, V, 254, 1–2, 159–160; Ḫalīl, XIII, n. 32; XXXIII, n. 33; XIV, n. 41, 43; X, n. 145 e not. 698; Bannānī, V, 254; Ibn 'Āṣim, v. 1459; Mayyārah, II, 242; Tasūlī, II, 214; *'Amaliyyāt*, 152, 155; Dasūqī, IV, 103.

c) al venditore, sulle cose vendute, se dopo la vendita il compratore è dichiarato insolvente o è inabile a pagare, ed in genere finchè il prezzo non sia pagato;

d) all'artigiano, sulla cosa a lui affidata per un lavoro della sua arte, per il pagamento della mercede a lui dovuta;

e) a chi ha fatto una donazione remuneratoria, finchè il donatario non abbia soddisfatto alla condizione imposta dal donatore;

f) in favore del vetturale sulla cosa da lui trasportata, per il prezzo di trasporto;

g) a chi ha subíto un danno prodotto da una cosa od un animale appartenente ad un altro, per il risarcimento dovuto.

Non hanno il diritto di ritenzione[389]:

a) il mandatario;

b) il depositario;

perchè quei contratti si fondano sulla pura fiducia.

Il creditore che esercita il diritto di ritenzione è nella condizione del creditore pignoratizio rispetto al pegno e ne risponde secondo le regole stabilite per questo[390].

§ **86.** III. *Revocazione* (" radd ").

Oltre alle regole generali relative alla insolvenza (si veda Lib. IV, § 15), intese a tutelare gl'interessi dei creditori, il diritto malichita concede al creditore, anche nel periodo che precede la dichiarazione dell'insolvenza, la facoltà di far revocare atti di alienazione posti in essere dal debitore e che hanno per effetto sia di renderlo inabile a pagare quanto deve, sia di diminuire le garanzie generali che il patrimonio del debitore offre ai suoi creditori.

Il creditore può pertanto far revocare in tutto od in parte gli atti di liberalità (fidejussione, donazione, affrancamento di schiavo, costituzione di " waqf " ecc.) posti in essere dal debitore[391]. Non si richiede, come nella nostra azione paulliana, l'intenzione frodolenta del debitore; basta che effettivamente l'atto da lui posto in essere

---

[389] Ḫalīl, XXII, not. 86 in f.; *Mud.*, X, 85; *P. C. T.*, a. 1292.

[390] *Mud.*, X, 137, 138; XI, 111–112, 138; Ḫalīl, X, n. 145; Zurqānī, V, 159 in f., 160 e Bannānī ad loc., 160; *'Amaliyyāt*, 155–156; controversia riguardo al venditore che esercita la ritenzione: *'Amaliyyāt*, 155; Bannānī, V, 160.

[391] Ḫalīl, XXXVIII, n. 1 e not. 4 e fonti cit.; Zurqānī–Bannānī, VIII, 121; Ḫiršī, VIII, 114–115; Dardīr–Dasūqī, IV, 319–320; Ibn 'Āṣim, v. 1456; Mayyārah, II, 241; Tasūlī, II, 213; *P. C. T.*, a. 531 sg.; cf. 2283–2286, 2288.

diminuisca il suo patrimonio per modo da rendere impossibile il soddisfacimento integrale dei creditori [392].

Sono soggetti a revocazione solo quegli atti per cui viene diminuito il patrimonio, non quelli con cui il debitore non lo accresce: ad esempio, non sarà revocabile la rinuncia del debitore ad una liberalità che gli vien fatta od il fatto ch'egli omette di fare quanto occorre per acquistare una donazione che potrebbe acquistare volendo.

TITOLO V.

Estinzione delle obbligazioni.

§ **87.** « La obbligazione (" dayn "), dicono i Ḥanafiti, è un modo di essere giuridico (" waṣf šar'ī ") la cui efficacia si manifesta mediante l'azione » [393]: in altri termini, l'azione è il mezzo con cui il debitore può essere legalmente costretto ad eseguire quanto deve; quando il vincolo non ha più questa efficacia coattiva, l'obbligazione si reputa estinta.

Questa estinzione può avvenire sia perchè il creditore ha ottenuto quanto doveva ricevere, sia perchè, pur non essendo adempiuta l'obbligazione, l'azione è paralizzata nella sua efficacia.

Sicchè due sono i modi di estinzione, secondo i Ḥanafiti [394]:

1° Estinzione che investe il contenuto o sostanza della obbligazione, in quanto il creditore riceve la prestazione dovutagli (*obligatio tollitur*): è quello che si dice *pagamento* ("wafā', qaḍā' " = *solutio*).

2° Estinzione che investe il solo vincolo obbligatorio, senza che la prestazione sia avvenuta; ne è tipo la remissione del debito (" ibrā' ").

Questa distinzione ḥanafita può da noi essere seguíta, non solo perchè le fonti malichite vi accennano spesso senza esprimere dissenso [395], ma perchè collima in sostanza colla dottrina propria della scuola.

---

[392] Gli atti frodolenti sono revocabili in virtù della dichiarazione d'insolvenza, cf. Lib. IV § 15; cf. *Mud.*, XIII, 96; Ibn 'Āṣim, v. 1160.

[393] " ad-dayn waṣf šar'ī yaẓhuru aṯruhu fī 'l-muṭālabah ".

[394] Ibn Nuǵaym, II, 209–210; Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, II, 209 not. 6; II, 8 not. 1; II, 44 not. 2; cf. *Digest.*, 40, 12, 20 § 3; 50, 16, 55; 50, 17, 66, 112.

[395] Ḫalīl, X, n. 39–42; Mayyārah, I, 320 in f.

CAPITOLO I.

Pagamento (" wafā', qaḍā' ") [396].

§ **88.** La estinzione dell'obbligazione è la conseguenza dell'adempimento. Quando il creditore ha ricevuto la prestazione ch'era oggetto del vincolo, nel modo da questo determinato, il debitore è liberato [397], il vincolo è sciolto; " barī' " (*solutus*) si dice del debitore che ha così pagato; il pagamento è il modo per eccellenza di estinzione, perchè risolve la obbligazione in tutti i suoi effetti (cf. Tit. III, Cap. I).

A) *Dazione in pagamento* ("taṣyīr ").

§ **89.** L'obbligazione si ha per adempiuta se il creditore consente a ricevere, invece della somma in numerario a lui dovuta, una prestazione diversa (un altro valore patrimoniale o il godimento di un fondo o una prestazione di lavoro) [398]. In questo caso si ha una dazione in pagamento (*datio in solutum*), la quale estingue la obbligazione, come se il creditore avesse ricevuto il numerario che ne era oggetto. Gli Arabi lo chiamano " taṣyīr " (trasferimento, trasporto) e lo considerano come una varietà della vendita, poichè infatti si riduce allo scambio di un valore patrimoniale e di una somma di danaro. Ne parleremo quindi nei contratti speciali, sotto la rubrica della compra-vendita.

CAPITOLO II.

Compensazione (" muqāṣṣah ").

§ **90.** « Tu hai un credito verso taluno e questi, dal canto suo, ha un credito della stessa specie verso di te. Tu rinunci (abbandono " isqāṭ ") a quanto ti è dovuto dal tuo debitore in contemplazione

---

[396] " wafā', qaḍā' " è il pagamento considerato rispetto al debitore che paga quanto deve; " iqtiḍā', istīfā' " è il pagamento considerato rispetto al creditore che riceve; cf. *P. C. T.*, a. 386, 390.

[397] " al-iqtiḍā' huwa an yaqbiḍa rabb ad-dayn min al-madīn min ǵins ad-dayn alladī lahu 'alayhi " (Mayyārah, I, 320); cf. Ḫalīl, X, § 39-42; Ibn Nuǵaym, II, 209 in f.; *Maǵallah*, a. 673; *Digest.*, 46, 3, 49; 50, 16, 176; *Inst.*, III, 29 pr.

[398] *Mud.*, VIII, 110; *P. C. T.*, a. 388-389.

(o in corrispettivo, in confronto, " fī naẓīr ") di quanto egli ti deve »[399]. È questa la definizione che i Malichiti danno della compensazione, definizione che rammenta quella del diritto romano classico, giunto solo più tardi al concetto dell'*ipso jure compensari* [400].

La compensazione si opera quindi per convenzione delle parti, le quali si oppongono *hinc inde* i loro crediti fino ad estinzione del loro avere rispettivo; egli è come se ciascuna di esse pagasse se stessa mediante quanto deve all'altra parte. « È la convenzione mediante la quale due persone, che sono creditrici l'una dell'altra di un credito dello stesso genere, convengono che ognuna di esse farà suo ciò che deve in confronto di quanto è a lei dovuto dall'altra » [401].

La compensazione può avvenire anche *officio iudicis*: quando il debitore, richiesto di pagare quanto deve, oppone a sua volta la compensazione e il creditore vi si rifiuti, il giudice interviene; se riconosce che i due crediti per la loro qualità sono suscettibili di compensarsi tra loro, il Giudice sostituisce la propria volontà a quella del creditore recalcitrante ed opera la compensazione. Anche in questo caso si tratta di un contratto in cui il giudice agisce come rappresentante legittimo del contraente.

La compensazione si presenta quindi quale contratto commutativo (" 'aqd mu'āwaḍah "); i Malichiti lo equiparano alla vendita o permuta ("bayʿ ") [402].

« La compensazione – dice ad-Dardīr – è la rinuncia di un creditore a quanto gli è dovuto da una persona in contraccambio (" fī naẓīr ") di ciò che egli deve al suo debitore » [403].

Stando quindi al metodo della scuola, ne tratteremo parlando dei contratti assimilati alla vendita.

---

[399] Vedi anche Mayyārah, I, 325: " al-muqāṣṣah ṣūratuhā an yakūna laka dayn 'alà insān wa lahu 'alayka dayn miṯluhu, fa-tatruku mā laka 'alayhi fī muqābalat mā lahu 'alayka wahwa ka-ḏālika yatruku mā lahu 'alayka fī muqābalat mā laka 'alayhi ".

[400] Cf. Gai., IV, 61–68; *Digest.*, 16, 2, 2, 10 § 1, 13 in f.; *Cod.*, IV, 31, 18 § 1; Windsch., II, 319 nota 2, 321 sg.

[401] Tasūlī, II, 48.

[402] Buḫārī, *istiqrāḍ*, n. 9; *Mud.*, IX, 117, 141–147; Ḫalīl, XII, n. 6 sg.; Ḫiršī, V, 233; Dardīr-Dasūqī, III, 198 sg.; Zurqānī-Bannānī, V, 230 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 783 sg., not. 700 sg.; Mayyārah, I, 324 sg.; Tasūlī, II, 48 sg.; *P. C. T.*, a. 419–427; Zeys, I, p. 195.

[403] Dardīr, III, 198: " isqāṭ mā laka min dayn 'alà ġarīmika fī naẓīr mā lahu 'alayka ". Cf. Tāwudī, II, 48, che definisce la compensazione " taṭāruḥ al-mutadāyinayni daynahumā al-muttafiq al-ġins 'alà an ya'ḫuḍa kull minhumā mā

CAPITOLO III.

Confusione.

§ **91.** Quando la qualità di debitore e di creditore si congiungono nella stessa persona, la obbligazione si estingue, senza effettivo pagamento, per la impossibilità di esercitare l'azione.

Ciò può avvenire tanto nel caso di successione singolare, quanto di successione *causa mortis*; eccone alcuni esempi tratti dalle fonti:

I. Tizio, affittuario di un fondo, lo compra dal proprietario durante il corso della locazione; la obbligazione derivante da questa si estingue per confusione [404].

II. Tizio debitore di Caio muore; Caio gli succede; o viceversa, Caio creditore muore e Tizio suo debitore gli succede; la obbligazione si estingue, perchè nessuno può pagare a se stesso. Un esempio singolare è il seguente: Tizio ha ucciso il proprio padre; deve quindi il talione per l'omicidio al proprio fratello, unico erede con lui del patrimonio paterno. Il fratello muore; Tizio, divenuto solo erede del patrimonio e quindi anche del diritto al talione, si trova liberato per effetto della confusione [405].

Per effetto della confusione, il debitore vien liberato e l'obbligazione estinta, come se fosse stato effettuato il pagamento [406], in proporzione della quota del debito per la quale è avvenuta la confusione.

CAPITOLO IV.

Novazione.

§ **91** bis**.** La novazione è la sostituzione, concordata tra le parti, di una nuova obbligazione all'antica, la quale viene considerata estinta.

---

fī ḏimmatihi fī muqābalat mā lahu fī ḏimmat ṣāḥibihi " « l'atto con cui due persone che sono reciprocamente debitori e creditori di un debito della stessa specie si liberano reciprocamente, convenendo che ciascuno prenderà (farà suo) quanto è da lui dovuto in confronto (o in corrispettivo) di quanto è a lui dovuto dall'altra parte ».

[404] Ibn Salmūn, I, 280; cf. *Maǵallah*, a. 442; *P. C. T.*, a. 429, 430, 913.

[405] Ḫiršī, VI, 27; Dardīr-Dasūqī, III, 295; Zurqānī, VI, 28; VIII, 26.

[406] Zurqānī, VIII, 26 e Bannānī ad loc.; cf. *Digest.*, 13, 7, 20 § 3, 29; 19, 2, 906 ecc.

Ciò può avvenire in due modi [407]:

a) quando le parti convengono di sostituire una nuova obbligazione all'antica, la quale può essere identica a questa e solo differirne per la forma, oppure esser diversa rispetto ad uno degli elementi costitutivi, cioè sia per l'obietto, sia per le modalità ecc.;

b) quando, per accordo delle parti, un nuovo creditore o un nuovo debitore vengono sostituiti ad uno dei subietti dell'antica obbligazione; è questo il caso della delegazione (" ḥawālah ").

A) Il primo caso è quello che gli Arabi chiamano « pagamento di un debito mediante un altro debito » (" qaḍā' ad-dayn bi-'d-dayn "); è la novazione obiettiva dei nostri giuristi europei. Questa sostituzione di un'obbligazione ad un'altra, allo scopo di estinguere la prima, trova gravi difficoltà nel diritto islamico, date le regole relative al " ribā " (vedi Lib. VII, Cap. II). Infatti la nuova obbligazione si sostituisce all'antica in quanto presenta un elemento diverso, per esempio in quanto alla prima scadenza concordata tra le parti viene sostituita un'altra, od all'antica prestazione una prestazione di genere diverso, e via dicendo; che tutto ciò offra un mezzo assai agevole di palliare le operazioni usurarie, vietate dal diritto islamico, è quanto i dottori hanno veduto chiaramente fin dai primi tempi. E ciò ha indotto la scuola malichita ad escludere senz'altro questo modo di novazione, come quello che può servire di pretesto a dissimulare, e spesso costituisce per se stesso un negozio giuridico contrario alla legge [408].

B) Rimane quindi, sola forma possibile di novazione in diritto malichita, la sostituzione di un nuovo creditore o di un nuovo debitore ad uno degli antichi subietti della obbligazione; in altri termini la *delegazione* (" ḥawālah " lett. trasporto, trasferimento) [409], la quale viene definita: « La rinuncia ad un credito, mediante l'acquisto di un credito uguale verso un'altra persona ».

Dal che si vede che i Malichiti considerano la novazione non sotto il suo aspetto liberatore, cioè quale modo di estinzione di un'obbligazione, ma quale modo di acquisto, in quanto è il trasferimento

---

[407] Ḫalīl, X, n. 60; *P. C. T.*, a. 404-414; cf. *Maǵallah*, a. 648, 659, 669.

[408] *Mud.*, XI, 192; Ḫalīl, X, n. 60; XI, 27 e not. 131; XVI, n. 1-2, 13 e not. 80; XXXVI, n. 62.

[409] Muslim, VI, 439; *Muwaṭṭa'*, III, 140-141; *Mud.*, IX, 140; XIII, 66, 138 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 795 sg.; Mayyārah, I, 329 sg.; Tasūlī, II, 52; Ḫalīl, XVIII, n. 1 sg.; Ḫiršī, VI, 16; Zurqānī-Bannānī, VI, 16; Dardīr-Dasūqī, III, 285; cf. Zeys, I, 233 sg.

di un credito da una persona ad un'altra, ossia come cessione di credito. E per questo riguardo annoverano la *delegazione* tra le varietà della vendita (" bay' "). Dobbiamo quindi rimetterne la trattazione alla parte speciale, nel trattato della vendita (" bay' "), ove infatti la collocano i manuali malichiti.

CAPITOLO V.

Remissione del debito (" ibrā' ").

§ **92.** La remissione del debito da parte del creditore (" ibrā' " = liberazione) [410], cioè la dichiarazione con cui il creditore riconosce (" iqrār " = confessione) di non aver nulla da pretendere dal debitore e lo libera senz'altro, estingue la obbligazione per la sola volontà del creditore e senza ch'egli sia effettivamente soddisfatto del suo credito. È quindi una liberalità e, come tale, sottoposta alle condizioni di validità delle donazioni, di cui dovremo parlare nella parte speciale delle obbligazioni (Lib. XII, Cap. III).

Altre volte, quella dichiarazione è fatta dopo che il creditore ha ricevuto quanto doveva avere ed ha per scopo di constatare la estinzione del credito e la liberazione del debitore che ha adempiuto la obbligazione. Essa prende ugualmente il nome di " iqrār " (*confessione* o *dichiarazione*, cioè di non aver più nulla da pretendere), ed equivale alla nostra *quietanza* ed all'*acceptilatio* romana [411].

CAPITOLO VI.

Consenso contrario (" iqālah ").

§ **93.** Quando coloro che hanno conchiuso un contratto, convengono, appena iniziata la esecuzione ed anche prima, di sciogliere il negozio già stretto tra loro, si forma un vero contratto, in senso opposto al primo (*contrarius dissensus*, *mutuus dissensus*) [412] che, risolvendo il vincolo già stretto, estingue le reciproche obbligazioni. Questa

---

[410] *'Amaliyyāt*, 220, 271; *P. C. T.*, a. 397-403; *Maǵallah*, a. 1536; Ibn 'Āṣim, v. 836; *Digest.*, 46, 3, 54, 80; 50, 16, 47, 176; 42, 1, 4 § 7.

[411] Cf. *Digest.*, 46, 4, 19 § 1; 2, 14, 40 pr.; *Cod.*, VIII, 43, 6, 13.

[412] *Digest.*, 2, 14, 58; 18, 5, 3.

risoluzione per mutuo consenso si chiama " iqālah " (è il *distratto* della nostra antica giurisprudenza). Essa ha per effetto di riporre le parti nella identica condizione in cui si trovavano l'una e l'altra prima di aver conchiuso l'obbligazione; il negozio riveste, nella specie, la natura di un vero contratto commutativo, in quanto una parte restituisce all'altra quanto da questa aveva ricevuto, e reciprocamente. Sicchè i dottori malichiti, ravvisandovi gli estremi della vendita o permuta (" bay' "), pongono la " iqālah " tra le varietà del " bay' ", anzichè considerarla quale forma di estinzione delle obbligazioni. Rimettiamo pertanto al trattato della vendita quanto dovremmo dire sulla " iqālah ".

CAPITOLO VII.

Morte del debitore o del creditore.

§ **94.** La morte del debitore o del creditore non ha, di regola, influenza sulla esistenza della obbligazione; gli eredi del defunto sottentrano, attivamente o passivamente, nelle obbligazioni del defunto, nel limite delle loro quote ereditarie [413] (cf. Lib. XV).

Tuttavia la persona del debitore è spesso elemento essenziale della obbligazione, sicchè in quei casi la sua morte non può non influire sulla esistenza del vincolo [414]. Questo pertanto si estingue:

a) quando la obbligazione è strettamente personale; così la obbligazione di prestare gli alimenti si estingue colla morte della persona che è tenuta a prestarli; del pari certi contratti, in cui la considerazione della persona del debitore o delle sue qualità speciali è stata per l'altra parte causa principale o determinante della convenzione, per esempio, la colonía parziaria (" musāqāh "), il contratto di piantagione (" muġārasah "), l'accomenda (" qirāḍ "), il comodato, il mandato. Queste obbligazioni non passano agli eredi del colono, dell'accomandatario ecc., salvo per quanto riguarda la liquidazione e le conseguenze delle operazioni già poste in essere dal loro autore [415];

---

[413] *Mud.*, IX, 6, 14, 58 pr.; X, 75; XI, 116, 117; Ḫalīl, XXIX, n. 40; XXXVI, n. 49; Dasūqī, II, 424; IV, 374; Zurqānī, V, 120; cf. Zeys, I, p. 236 not. 2; *P. C. T.*, a. 264.

[414] Cf. *Mud.*, XII, 130.

[415] *Mud.*, XII, 17; Ḫalīl, XX, n. 28 e not. 121; XXVII, n. 37; XXVIII, n. 16; Ḫiršī, VI, 223.

b) non passano agli eredi del debitore le obbligazioni *ex delicto*, se non in quanto essi ne abbiano ritratto profitto [416];

c) non passano agli eredi certe obbligazioni che sono il corrispettivo non di un valore patrimoniale (" 'iwaḍ mālī ") dato dal creditore, ma di un fatto (" 'iwaḍ fi'lī ") o diritto personale che questi ha rinunciato ad esercitare (*pacta personalia*). Un esempio chiarirà meglio questa regola. Una donna si obbliga a pagare una certa somma (" ḫul' " = prezzo di riscatto) al marito per ottenere che questi le dia ripudio (cf. Lib. V, § 35). La moglie muore, dopo ottenuto il ripudio, ma prima di aver pagato il riscatto; il marito, che avrebbe avuto azione contro la moglie in vita per ottenere la somma promessa, non ha più questa azione contro gli eredi della moglie defunta, perchè il ripudio da lui dato non rappresenta una prestazione da lui fatta, per la quale egli potrebbe chiedere un corrispettivo patrimoniale (" 'iwaḍ mālī "), ma è invece un fatto o diritto personale (" 'iwaḍ fi'lī ") cui egli ha rinunciato [417] e che, non essendo un incremento del patrimonio, non obbliga gli eredi a dare un corrispettivo.

CAPITOLO VIII.

Impossibilità di adempimento.

§ **95.** La obbligazione si estingue se la prestazione dovuta è diventata impossibile, fisicamente o giuridicamente, senza dolo o colpa del debitore [418], per esempio, se lo schiavo oggetto del legato è morto di morte naturale, se la cosa oggetto del pegno, del deposito, della vendita, e di cui si deve fare la consegna, periscono per forza maggiore.

Così nel giuramento: Tizio ha giurato d'infliggere al suo schiavo una certa punizione; lo schiavo muore nella notte; Tizio non deve espiazione (" kaffārah ") per aver mancato al giuramento [419]. Tizio giura che non rimarrà in una certa casa nemmeno per un giorno, ma il timore dei briganti o altro legittimo motivo gl'impedisce di uscirne per più giorni; Tizio non verrà considerato spergiuro e sarà esente da espiazione.

---

[416] Ḫalīl, XXIV, n. 26, 34 e not. 145; Tasūlī, II, p. 330; cf. *Digest.*, 39, 1, 22; 4, 3, 26; 48, 19, 20; *Inst.*, IV, 12 § 1.

[417] Ḫiršī, VI, 17; Zurqānī, VI, 17; Zeys, I, 236, n. 352.

[418] *Mud.*, X, 29; XI, 34, 135; XIII, 104; Zurqānī, V, 161; *'Amaliyyāt*, 336–338; Ḫalīl, X, n. 147 e not. 704; XIII, n. 33; XVIII, n. 17; XXIX, n. 40; *P. C. T.*, a. 295, 392; cf. *Digest.*, 46, 3, 107; 19, 2, 9 § 4; *Cod.*, IV, 24, 5.

[419] Zurqānī, III, 69–70, 79, 94.

La prova dell'impossibilità spetta all'obbligato che l'allega; spetta poi al giudice desumere dalle circostanze se il contegno del debitore sia stato tale da escludere ogni sua responsabilità nella mancata esecuzione.

CAPITOLO IX.

Prescrizione estintiva (" suqūṭ bi-murūr az-zamān ") [420].

§ **96.** Un " ḥadīṯ " attribuito al Profeta: « il diritto di un Musulmano non si estingue per decorso di tempo » [421] ha sempre costituito un ostacolo grave all'accoglimento della prescrizione estintiva nel diritto musulmano. I giuristi malichiti, anche recenti, negano che l'obbligazione (" dayn ") possa estinguersi per prescrizione, « perchè il possesso (contrario), che è causa di decadenza del diritto, non si verifica rispetto al debito; infatti, tra i requisiti del possesso (acquisitivo) sono gli atti di disposizione (" taṣarruf ") (contrari), atti che non sono possibili trattandosi di debito [422]. E Ibn Rušd aggiunge a sua volta: « I diritti, acquistati che siano dai titolari, non si perdono se non per una causa valevole a produrne la perdita, come ad esempio la vendita, la donazione, la dazione in elemosina ed altro simile » [423]. In altri termini, chi è investito di un diritto non può perderlo, se non per effetto di un negozio giuridico od altra causa legittima che ne operi il trasferimento ad altro titolare.

Tuttavia vediamo in pratica affermarsi in varie forme il concetto della prescrizione estintiva: prescrizione di due mesi o di un anno per esercitare il diritto di retratto (" šuf'ah ") [424], prescrizione di dieci anni per esercitare l'azione di deposito contro gli eredi del depositario [425] e contro quelli del gerente (" 'āmil ") della commenda [426], di un anno per chiedere la rescissione per causa di lesione tra i condi-

---

[420] Juynboll, § 67, p. 201 trad. ital.; *P. C. T.*, a. 431, 449, 732, 785; cf. Tornauw, ZVRW, V, 165 (che nega la prescrizione in diritto islamico).

[421] Tasūlī, II, 12; Zurqānī. VII, 225.

[422] 'Ilayš, II, 113, 273; Tasūlī, II, 12; Zurqānī, VII, 225; cf. Ibn Manẓūr ap. Wanšarīsī, A.M., XIII, 34.

[423] Ibn Rušd, II, 223-224; " al-ḥuqūq iḏā taqarrarat li-arbābihā lā tasquṭu illā bimā yaṣiḥḥu bihi isqāṭuhā min bay' aw hibah aw ṣadaqah wa mā ašbaha ḏālika ".

[424] *Mud.*, XIV, 110 pr.; *Muwaṭṭa'*, III, 174; Ḫalīl, XXV, n. 13 (f); Dasūqī, III, 425.

[425] Ḫalīl, XXII, n. 11.

[426] Dasūqī, IV, 472.

videnti in una comunione [427], di dieci, o secondo altri, di venti anni, per l'azione nascente dalla tutela [428], di venti anni o di sedici, in generale, per i crediti non rappresentati da titolo scritto [429].

Secondo un'altra dottrina, la prescrizione estintiva dovrebbe esser rimessa al prudente arbitrio del giudice, cui spetta valutare, a seconda dei casi e delle circostanze, se l'azione sia estinta come tardiva [430]. « Quanto alle obbligazioni od azioni relative ai debiti personali, gli uni, come Muṭarrif, dicono che si prescrivono in venti anni, altri, come Mālik, dicono in trenta, altri, come Ibn Rušd, che non si prescrivono . . . L'opinione più plausibile è che la soluzione debba rimettersi, caso per caso, al prudente arbitrio del giudice, il quale avrà riguardo alle varie circostanze di tempo, di persona e di natura del credito. Sicchè dieci anni o meno, rispetto a certe persone, richiedono che si passi oltre e si dichiari decaduto l'esercizio del diritto, mentre quindici anni, in altri casi, non basterebbero . . . » (ad–Dasūqī, l. c.).

§ **97.** Queste incertezze erano male conciliabili colle esigenze del commercio; ed infatti la pratica le ha superate; la prescrizione estintiva si può dire entrata nella legislazione di tutti i paesi islamici. Il periodo di quindici anni, stabilito dai Sultani ottomani nel secolo XVI e rimasto nella legge turca di rito ḥanafita (*Maǵallah*, a. 1660), è ormai riconosciuto da tutte le scuole musulmane come termine estintivo delle obbligazioni [431].

La prescrizione estintiva delle obbligazioni si fonda sia sopra una presunzione di pagamento, sia, in certi casi, sopra una presunzione di rinuncia, avvalorata dalla inazione e dal silenzio del titolare del diritto [432]; così nel caso della " šuf'ah " (retratto), della rescissione per causa di lesione, dell'azione redibitoria (Lib. VIII, § 36, in fine).

La prescrizione dev'essere opposta da colui che l'invoca; non estingue l'obbligazione, estingue solo l'azione.

Le regole relative alla sospensione ed alla interruzione della prescrizione, in materia immobiliare, si estendono alla prescrizione delle obbligazioni (cf. Lib. VI, § 25–27).

---

[427] Ibn 'Āṣim, v. 379; Tāwudī–Tasūlī, II, 126.

[428] Zurqānī, VIII, 203; 'Adawī–Ḫiršī, VIII, 205; Tasūlī, II, 246.

[429] *'Amaliyyāt*, 279.

[430] Dardīr–Dasūqī, IV, 210; Zurqānī, VII, 225; Tasūlī, II, 12; Ibn Manẓūr ap. Wanšarīsī, A. M., XIII, 34.

[431] Ḫalīl, XXXV appendice; *P. C. T.*, a. 431 e nota ivi; *Maǵallah*, a. 1660.

[432] *Mud.*, XIV, 109 in f., 125 pr.; Zurqānī, VIII, 203; *'Amaliyyāt*, p. 118.

LIBRO VIII

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI

I. – CONTRATTI COMMUTATIVI DI PROPRIETÀ

TITOLO I.

La compra-vendita (" bayʿ ").

CAPITOLO I.

Concetto ed elementi costitutivi [1].

§ 1. La parola " bayʿ " si applica *lato sensu* ad un gruppo di contratti di cui la vendita è il tipo, e che comprende la vendita propriamente detta, la permuta, il contratto di cambio ed in generale ogni convenzione con cui la proprietà di un valore patrimoniale viene trasferita mediante un corrispettivo: questi contratti si chiamano contratti commutativi (" ʿaqd muʿāwaḍah ").

In senso proprio, la parola " bayʿ " è, dice Ibn ʿArafah, « un contratto commutativo che non ha per oggetto la sola utilità della cosa od il godimento che se ne può trarre », in altri termini, che ha per oggetto di trasferire il diritto di proprietà, o diritto di disporre di una cosa, e non il solo godimento temporaneo; ed in ciò si distingue dalla permuta (" mubādalah, muʿāwaḍah, muqāyaḍah "). « La parola " bayʿ " significa, filologicamente, la permuta (" mubādalah ") in genere; giuridicamente, è lo scambio di un valore patrimoniale valutabile in danaro contro un (altro) valore patrimoniale valutabile in danaro (" mubādalat al-māl al-mutaqawwim bi-'l-māl al-

---

[1] Ḫalīl, X, n. 1; Buḫārī, *buyūʿ* (Krehl, II, 4 sgg.); *Mud.*, X, 2 sg.; Mayyārah, I, 277 sg.; II, 8 sg.; ʿIlayš, II, 78 sg.: Ibn ʿĀṣim, v. 343 sg.; Šaʿrānī, *Mīzān*, II, 9 sg.; Ġazālī, *Wuǵīz*, I, 32 sg.; Šīrāzī e Nawawī, p. 54; *P. C. T.*, a. 658–659; *Taʿrīfāt*, s. v. *bayʿ*.

mutaqawwim "), a scopo di trasferimento e d'acquisto della proprietà (" tamlīk[an] wa tamalluk[an]) » (*Ta'rīfāt*).

Nella vendita i due oggetti del contratto sono il prezzo e la cosa. *Vendere* significa cedere la proprietà di una cosa mediante un equivalente determinato in danaro o in altra cosa fungibile, e, reciprocamente, *comprare* significa dare una certa quantità di danaro o di cose fungibili per acquistare la proprietà di una cosa.

Nell'arabo classico la parola " bay' " esprime questi due lati del contratto e significa tanto *vendere* quanto *comprare*; corrisponde alla *emptiovenditio* dei Latini [2]. Sembra però che nel dialetto qurayšita la parola " bay' " indicasse più specialmente la vendita e " širā' " la compra; i giuristi hanno seguíto quest'uso; la parola " bay' " nella lingua giuridica significa propriamente *vendita*.

§ **2.** Gli elementi costituitivi (" arkān " = colonne) del contratto di compra-vendita sono [3]:

I. *I contraenti* (" al-muta'āqidāni "), cioè il venditore e il compratore.

II. *L'oggetto del contratto* (" al-ma'qūd 'alayhi "), cioè la cosa venduta e il prezzo.

III. *La forma* (" ṣīġah "), cioè il consenso espresso dalle parti.

SEZIONE I. — Dei contraenti (" al-muta'āqidāni ").

§ **3.** Tutti coloro che hanno la piena capacità di contrarre (" rašīd, mukallaf ") sono capaci di comprare e vendere [4]; quindi contrae validamente la compra-vendita il libero, pubere, sano di mente, non inabilitato (" maḥġūr "), cioè non limitato rispetto alla capacità [5].

La legge pone certi limiti a questa capacità per ragioni d'interesse generale:

a) il tutore e gli altri amministratori legali dei beni altrui non possono comprare o vendere a se stessi le cose di cui hanno la gestione (arg. *Corano*, VI, 153; XVII, 136), salvo che la vendita avvenga al pubblico incanto, nè possono vendere le cose proprie all'incapace

---

[2] Cf. Zurqānī, V, 3. " Bay' " nel *Corano* ha il senso generico di *commercio, negozio*; cf. *Cor.*, II, 276; LXII, 9; II, 282; II, 255; XIV, 36; XXIV, 37; cf. IX, 112.

[3] Ḫalīl, X, not. 1; Zurqānī, VIII, 3.

[4] Ḫalīl, h. l., n. 2; *P. C. T.*, a. 660 sg.; Širāzī, 54; *Minhāǧ*, I, 349.

[5] Sul " haǧr " in generale Lib. IV, § 5; per il malato e la donna maritata Lib. IV, §§ 11, 14; per il cieco ed altri infermi Lib. IV, § 12; per l'ubriaco Lib. IV, § 13; cf. *Digest.*, 26, 8, 5 § 2-4; 18, 1, 34 § 7, 46; 41, 4, 2 § 8.

di cui hanno la tutela o curatela. Questa regola non si applica al padre dell'incapace (vedi Lib. V, §§ 42, 45);

b) il giudice non può comprare dal tutore da lui nominato i beni pupillari di cui questi ha la gestione;

c) il mandatario non può comprare per sè le cose che ha incarico di vendere, salvo che il mandante sia presente od approvi questa operazione;

d) al cittadino o residente in una città è vietato dal "ḥadīṯ" di vendere per il campagnolo ("badawī"), cioè farsi intermediario nella vendita che il campagnolo fa dei suoi prodotti [6].

Questo divieto *d*) può aver la sua ragione nell'interesse del campagnuolo, il quale può facilmente essere ingannato dal cittadino mediatore. Ma, secondo la maggioranza degli esegeti, il divieto è stabilito nell'interesse degli abitanti della città e tende ad impedire il rincaro della vita, poichè l'intermediario cittadino acquista sempre i prodotti dal campagnolo per poco prezzo e li rivende più cari, guadagnando la differenza a spese tanto del produttore quanto del consumatore, mentre il campagnolo cederebbe i suoi prodotti a prezzo più mite, se li vendesse direttamente.

Per lo stesso motivo il "ḥadīṯ" vieta [7] di andare incontro alle carovane, allo scopo di acquistarne i prodotti prima che giungano in città; s'intende con ciò d'impedire gli accaparramenti ed i monopoli a danno delle agglomerazioni urbane, ed anche di prevenire la speculazione del cittadino che compra dai campagnoli i quali ignorano i prezzi del mercato.

Sezione II. — Oggetto del contratto ("al-maʿqūd ʿalayhi").

§ **4.** Oggetto del contratto è tanto la cosa venduta quanto il prezzo, poichè infatti ciascuno di questi elementi è causa del contratto per una delle parti. « Nella vendita, dice al-Bannānī (V, 104), ognuna delle due prestazioni è il corrispettivo dell'altra. La cosa è venduta per il prezzo e il prezzo è venduto per la cosa ».

---

[6] Buḫārī, *buyū'*, n. 58, 64, 68–70; *iġārah*, n. 14; *'uqūd*, n. 8–11; Ḫalīl, X, n. 67 e not. 319; Peltier, *Ventes*, p. 130; Arin, *Rech.*, 89–91; *Minhāǧ*, I, 364. Il divieto è assoluto per i Malichiti; gli Sciafiiti richiedono che si tratti di articoli di grande necessità e che il cittadino si proponga come mediatore.

[7] Ibn Māǧah, II, 4–5; *Muwaṭṭa'*, III, 149; Buḫārī, *buyū'*, n. 49, 71, 72; Ḫalīl, X, n. 68 e not. 322; *Minhāǧ*, I, 364; Arin, *Rech.*, 83 sg.

A) *La cosa venduta*[8]. Tutte le cose aventi valore patrimoniale e che sono in commercio possono essere oggetto di vendita, qualunque ne sia la natura, mobile[9] od immobile, cose singole od un assieme di cose (una successione, il peculio di uno schiavo), un diritto (per esempio, una servitù di passaggio [" ḥaqq al-mamarr "], una servitù *aquae hauriendae*, la colonna d'aria che sovrasta ad un edificio o ad un'area, una quota di successione considerata in massa o come un tutto unico [" muġāzafah "]).

Nel Medioevo islamico, come nel nostro, i diritti, anche incorporei, tendono ad acquistare un carattere reale, e si crea quella figura giuridica, quasi ignota al diritto romano, del possesso o quasi possesso applicato a certi diritti che per loro natura sono personali. Così l'esercizio di certi uffici amministrativi, i gradi della milizia, prendono figura di diritti patrimoniali, capaci di trasmissione tra vivi e di successione. Onde la controversia tra le scuole[10]. I Ḥanafiti decidono in senso negativo e sostengono che i diritti incorporali non sono suscettibili di vendita, e quindi non si può vendere per esempio il diritto ad una pensione o all'assegno stabilito sopra un " waqf " in favore di coloro che esercitano certi uffici nell'amministrazione di una opera pia.

Presso i Malichiti la questione è controversa. al-Burzulī ritiene valida la vendita di un ufficio nella amministrazione delle opere pie o di un grado nella milizia, perchè in sostanza colui che fa una vendita simile cede semplicemente i suoi diritti a quell'ufficio o a quel grado.

Ibn Rušd, al contrario, decide che quella cessione non è valida: 1° perchè il beneficiario non ha che il mero godimento, diritto personale e non cedibile; 2° perchè il beneficiario ignora per quanto tempo durerà in ufficio e quindi non può valutarne il prezzo, il che dà alla vendita un carattere aleatorio.

§ **5.** La vendita della cosa altrui è subordinata, quanto alla sua validità, al consenso del proprietario[11]. Si presume che il proprietario abbia consentito:

---

[8] Ḫalīl, h. l., n. 8–10; *P. C. T.*, a. 669, 670, 682; Peltier, *Ventes*, p. 94.

[9] Le cose mobili, in quanto oggetto di vendita, si chiamano " sil'ah " (merce); cf. « *merx* » *Digest.*, 50, 16, 66.

[10] Ibn Nuġaym, I, 138 in f., 139; Ali Effendi ap. Krcsmárik, ZDMG, 45, 553; Bannānī-Zurqānī, VI, 127; Siġilmāsī, R.M.M., février 1911, vol. XIII, p. 224.

[11] *Mud.*, XIV, 56; Ḫalīl, h. l., n. 6. Così la dottrina più antica di aš-Šāfi'ī, *Minhāǧ*, I, 351, e così la vendita di una cosa pignorata a favore di un terzo, salvo

a) se, essendo presente alla vendita della cosa sua ed avendo piena libertà di opporsi, egli non abbia fatto ostacolo;

b) se, essendo assente, egli non abbia protestato appena avuta notizia della vendita.

In tutti questi casi il silenzio del proprietario vale come mandato tacito conferito a colui che vende la cosa non sua.

Se invece il proprietario, appena avuta notizia della vendita, ha protestato subito o prima che sia spirato l'anno, egli ha la scelta di far rescindere la vendita e di rivendicare la cosa sua, o di ratificarla ripetendo il prezzo dal venditore. Se lascia scorrere un anno, la vendita si ha per ratificata ed il proprietario non ha più altro diritto che di ripetere il prezzo. Finalmente, se lascia scorrere dieci anni senza reclamare, egli perde ogni diritto a richiedere sia la cosa sia il prezzo. È uno dei casi in cui l'istituto della prescrizione viene esplicitamente riconosciuto nel diritto islamico. Una dottrina più rigorosa, insegnata da Ḫalīl, riduce ad un anno il termine, passato il quale, il proprietario perde il diritto di richiedere il prezzo.

§ **5bis.** Anche la *cosa litigiosa* non si può vendere, secondo la dottrina dominante[12]. « Si legge nella *al-Mudawwanah* che una persona, avendo rivendicato una casa che era in possesso di un altro e avendo intentato il processo, ma senza produrre una prova decisiva, colui che possedeva la casa si era proposto di venderla o donarla. Ibn al-Qāsim disse: Ritengo che possa fare quello che a lui piace, finchè la causa non sia decisa in favore dell'altro, perchè l'aver egli venduto non menoma la ragione di quest'ultimo nè le prove di questi. Saḥnūn dice: Altri è di diverso parere: egli non può vendere, perchè la vendita è nella specie un'alea ed una frode. Intendendo con ciò che (il possessore) potrebbe vendere a persona ingiusta, contro la quale non si può far causa. Questa opinione è preferibile e più evidente ».

§ **6.** Si richiede, per la validità della vendita, che la cosa sia: 1° utile; 2° determinata; 3° lecita.

1° L'oggetto della vendita deve rappresentare un'*utilità*, cioè un valore patrimoniale, un *bene*, perchè le convenzioni hanno per scopo di provvedere ai bisogni dell'uomo; un chicco di grano, un mucchio di polvere non possono essere oggetto di vendita (Lib. VI,

---

che il creditore pignoratizio vi consenta, *Minhâǵ*, I, 351; cf. *Digest.*, 18, 1, 28. aš-Šāfi'i più tardi dichiarò nulla la vendita della cosa altrui.

[12] Ibn Farḥūn, I, 159.

§ 1), e così le bestie feroci, i rettili velenosi, salvo che possano adoperarsi per la caccia [13].

2° Dev'essere *determinato*; non è valida la compra-vendita di «un animale», in genere, senza dire di quale animale si tratti, di «una libbra di carne» di una pecora, prima che sia macellata e scorticata, perchè la qualità della carne non si può conoscere prima di ciò; sarebbe un caso di « ignoranza delle qualità » ("ġahl aṣ-ṣifāt") [14].

3° Dev'essere *lecito*; cioè tale che la tradizione ne sia possibile fisicamente o giuridicamente [15], e ciò per la natura stessa del contratto, il quale ha per oggetto di trasferire al compratore la piena disposizione della cosa e non il solo godimento. L'oggetto dev'essere tale che il venditore ne possa effettivamente trasmettere la proprietà ed il compratore acquistarla.

§ **7.** Non si possono vendere, pertanto, in quanto non sono lecite:

I. Le cose che sono fuori di commercio (Lib. VI, § 6 sg.). Non è permesso neppure di vendere un oggetto lecito, quando si abbia ragione di credere che il compratore ne farà un uso illecito [16]: ad esempio un *Corano* od una parte del *Corano* od una raccolta di tradizioni del Profeta ad un infedele, dell'uva a chi se ne servirà per farne del vino, del legname all'infedele che voglia farne una croce, della cera per farne candele a scopo di culto, del rame o bronzo a chi voglia farne delle campane, una casa, quando si voglia dedicarla ad uso di chiesa o di sinagoga, nè una schiava ad un uomo di cattivi costumi.

Del pari è vietata la vendita di armi a coloro che le comprano per servirsene contro i Musulmani, anche se fosse incerto l'uso che il compratore si propone di fare di quelle armi.

II. Le cose aleatorie, e in questo numero sono:

1° le cose *assenti* ("ġā'ib") [17], cioè non presenti nel luogo del contratto; la vendita di queste cose è invalida, salvo che il com-

---

[13] Širāzī, 55; *Minhāǧ*, I, 350; *Digest.*, 45, 1, 38 § 17; cf. 40, 7, 9 § 2. Gli strumenti di musica sono esclusi perchè non rappresentano una utilità secondo gli Sciafiiti; *Minhāǧ*, l. c.

[14] E così la vendita di uno dei due oggetti, senza determinare qùale, *Minhāǧ*, I, 352.

[15] Ḫalīl, h. t., n. 4 not. 31 e 33, n. 11; Širāzī, 54–55; *Minhāǧ*, I, 350.

[16] Ḫalīl, X, n. 3; aš-Šāṭibī ap. Wanšarīsī, A.M., XII, 453–456; *P. C. T.*, a. 67, 667, 672; *Minhāǧ*, I, 349.

[17] *Mud.*, X, 39–40, 45; Ḫalīl, X, n. 19; *Minhāǧ*, I (questione controversa presso gli Sciafiiti).

pratore si riservi la facoltà di risolvere il contratto qualora la cosa non sia di suo gradimento, quando l'avrà esaminata. È valida tuttavia la compra di cosa assente, se la descrizione ne viene fatta da un terzo che non sia il venditore e la cosa non si trovi a distanza troppo grande;

2° i crediti verso un debitore defunto prima della liquidazione dell'attivo; la vendita ne è invalida « perchè s'ignora se l'attivo basterà a pagare il debito »; e così il credito verso una persona assente, perchè s'ignora se questa, tornando, non sia per contestare il debito. Un credito non si può vendere se non a patto che il debitore intervenga e riconosca il debito; a più forte ragione, non si può vendere un credito o altra cosa litigiosi [18];

3° le cose future, cioè quelle che non esistono ancora al momento del contratto [19].

In diritto romano [20] si poteva vendere una cosa *sperata* col patto che, non venendo la cosa ad esistenza, il contratto non avrebbe effetto (*emptiovenditio rei speratae*). L'esistenza del contratto e gli obblighi reciproci delle parti dipendevano nella specie dalla esistenza della cosa. Ma si poteva pure pattuire che il compratore sarebbe obbligato a pagare il prezzo anche se la cosa sperata non fosse venuta ad esistenza (*emptio spei*, *emptio aleae*); qui abbiamo un contratto aleatorio, un giuoco.

Il diritto islamico [21] ammette la prima forma di contratto, non la seconda. Così sarebbe nullo come aleatorio il contratto per cui si vende « il pesce nel mare », come dicono, cioè la pesca che si potrà fare con una retata, quello di una gazzella od altro animale selvatico che si trovi allo stato di libertà, mentre, se l'animale venduto è domestico ed abbia l'abitudine di tornare regolarmente al covo, la vendita non sarebbe da considerare aleatoria. Così vediamo ammessa la vendita delle colombe, quella di uno sciame di api, quella del pesce rinchiuso in un vivaio, in uno stagno, da cui si possa facilmente estrarre con mano.

---

[18] *Muwaṭṭa'*, III, 141; *Mud.*, XIII, 46; Ḫalīl, X, n. 61; cf. *Cod.*, VIII, 42, 1.

[19] Ḫalīl, l. c., n. 4 e not. 35.

[20] *Digest.*, 41, 1, 3 § 2, 14 pr.; 41, 2, 3 § 14.

[21] *Mud.*, IX, 159; Ḫalīl, X, n. 4; Zurqānī, V, 80 e 18; *P. C. T.*, a. 668–671; cf. Abū Yūsuf, p. 49, l. 28; Schmidt, *Occupatio*, 38; Bāǵūrī–Sachau, 286; *Minhāǵ*, I, 350; cf. *Digest.*, 41, 1, 4, 5 § 2–6; 42, 2, 3 § 15–16; *Instit.*, II, 1, 12–16.

Si legge nell'*al-Muwaṭṭa*' di Mālik: «Mālik dice: Vi è alea ("ġarar"), quando il proprietario di uno schiavo o di un animale del valore di cinquanta "dīnār", che è smarrito o fuggito, accetta la proposta di un'altra persona la quale gli dice: Io prendo da te questo animale o questo schiavo per venti "dīnār". Infatti se il compratore trova la cosa smarrita, egli fa perdere trenta "dīnār" al venditore; se non la trova, è il venditore che gli fa perdere venti "dīnār". Questa operazione è riprovevole anche per un'altra ragione. Se infatti l'animale si ritrova, non si sa se sarà cresciuto o diminuito di valore, o se sarà affetto di un vizio che prima non aveva».

Ond'è che da questo punto di vista è vivamente controversa la vendita, da parte dello Stato, di una concessione di pesca [22]; la vendita o la locazione del diritto di pescare anche in un lago o in uno stagno è ritenuta illecita dai Malichiti, perchè è incerto se la pesca darà un prodotto e quale ne sarà l'importanza.

Si legge nella *al-Mudawwanah*: «Io dissi [23]: Che cosa pensi tu, nel caso che vi sia nel mio fondo uno stagno od una sorgente ove si trovino pesci, ed io voglia impedire alla gente di pescarvi?

«Egli disse: Interrogai Mālik intorno a certi stagni che si trovano da noi in Egitto e appartengono agli abitanti di certi villaggi, i quali ne vendono la pesca ai pescatori per un anno. E Mālik mi disse: Non mi piace che la vendano, perchè la quantità ne può crescere e diminuire e inoltre non si sa di che qualità sia».

§ **8.** III. Per la stessa ragione [24] dell'alea è vietata: la vendita del parto nascituro di una femmina o di una schiava, perchè non si sa se il feto verrà alla luce, se sarà maschio o femmina, bello d'aspetto o brutto e difettoso, e tutto ciò implica una differenza di valore e quindi un'alea per l'acquirente.

IV. La vendita di una femmina pregna, riservandosi il parto. «Quando taluno dice ad un altro: La mia pecora vale tre "dīnār"; io te la vendo per due, e mi riservo ciò che porta nel ventre», questo contratto è vietato perchè è aleatorio [25].

V. La compra-vendita di una femmina, col patto che sia pregna: infatti il compratore paga un maggior prezzo in considera-

---

[22] *Mud.*, XV, 195; Abū Yūsuf, 49 in f., 57, l. 1–2, 58, 4 dal b., 59, l. 4; *P. C. T.*, a. 669, 844; Siġilmāsī, commento ad al-Fāsī, RMM., XIII, 225.

[23] *Mud.*, XV, p. 195. È Saḥnūn che interroga Ibn al-Qāsim, discepolo di Mālik.

[24] *Muwaṭṭa*', III, 133; Buḫārī, *buyū'*, n. 61, 26; Ḫalīl, X, n. 55; Arin, *Rech.*, p. 46; Peltier, *Mouwaṭṭa*, 91, 74, n. 1; *Minhāǧ*, I, 359.

[25] Peltier, *Mouwaṭṭa*, 91; Arin, *Rech.*, pp. 40-42.

zione di un fatto aleatorio, essendo incerto se la femmina sia pregna e se il feto verrà alla luce [26].

VI. « La vendita dello sperma del maschio », cioè la locazione di uno stallone per la monta finchè la femmina sia fecondata [27].

VII. La vendita d'un raccolto futuro o che non ha cominciato a maturare è vietata per la stessa ragione [28]. «. . . Il Profeta ha vietato la vendita dei frutti finchè non abbiano cominciato ad essere mangiabili. Il divieto si applica tanto al venditore che al compratore ». Bisogna bene intendere queste regole. Ciò che è vietato è la vendita di un raccolto sperato; è l'*emptio spei*. Sarebbe invece valida la vendita avente per oggetto un raccolto non ancora al tutto maturo o dei frutti verdi, se il compratore ne prenda subito consegna, perchè ciò non presenta nessun'alea. Il compratore che acquista un raccolto non ancora maturo può farne uso in vari modi [29]; può farlo consumare dalle sue bestie, può farne foraggio, può estrarne certi olii, può, in una parola, oltre il consumo diretto, trarne partito in vari modi, per cui la cosa comprata rappresenta sempre per lui una utilità; e, poichè egli ha acquistato la cosa per quello che vale nello stato in cui si trova, non si può parlare di alea. La quale esisterebbe, invece, se si comprasse un raccolto immaturo, da consegnarsi in un tempo ulteriore; per esempio i datteri prima che abbiano cominciato a prendere il colore fulvo ch'è indizio di incipiente maturazione.

In un'altra tradizione, in cui sono ripetute le stesse parole, si enuncia la ragione giuridica: « Non vedi tu, dice il Profeta, che, se Dio impedisse ai frutti di maturare, uno di voi prenderebbe senza causa i beni dell'altro ? ». Il che significa che, se si vende un raccolto non maturo e questo perisce per un caso fortuito, il venditore il quale ha riscosso il prezzo farebbe un lucro, mentre tutta la perdita ricadrebbe sul compratore.

§ **9.** VIII. Per l'alea che presentano, sono proibite varie forme di vendita già usitate nell'Arabia preislamica e che si riducono in realtà a forme di giuoco o di scommessa [30].

---

[26] *Muwaṭṭa'*, III, p. 133; Ḫalīl, X, n. 59 bis.

[27] Ḫalīl, X, n. 57 e fonti ivi, nota 265; *Minhāǧ*, I, 359.

[28] Buḫārī, *buyū'*, n. 85, 86; Ḫalīl, X, n. 179 e nota 834; *Minhāǧ*, I, 402–405; Peltier, *Ventes*, pp. 160–163; Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 18–19; Arin, *Rech.*, p. 93.

[29] La vendita di un raccolto verde si chiama " muḫāḍarah ".

[30] *Mud.*, X, 37; Buḫārī, *buyū'*, n. 62, 63, 93; Peltier, *Ventes*, 116–120; Peltier, *Mouwaṭṭa*, 94; Ḫalīl, X, n. 54; *Muwaṭṭa'*, III, 134 e Zurqānī ad loc.; Arin, *Rech.*, p. 41 sg.; *Minhāǧ*, I, 360.

1° La prima è quella chiamata la vendita per " mulāmasah ". Il verbo " lamasa " significa toccare, palpare. Nella " mulāmasah " il compratore comprava la merce dopo averla semplicemente palpata e senz'altro esame. Si legge nell'*al-Muwaṭṭa*': « V'ha " mulāmasah " quando una persona tocca una veste od una stoffa senza spiegarla e senza vedere com'è fatta internamente. Oppure quando la compra di notte e senza sapere com'è internamente. Ciò poteva avvenire anche in caso di permuta. Due persone si scambiavano per esempio le loro vesti, contentandosi di palpare la stoffa ».

2° Nella " munābaḏah " (da " nabaḏa ", gettare, lanciare), altra forma di vendita aleatoria, il compratore indica l'oggetto, per esempio una pezza di stoffa, od una veste, ch'egli intende acquistare, e il venditore gli getta la stoffa senz'altro esame. Oppure due persone si scambiano le vesti con la stessa procedura molto sommaria: uno getta la sua veste o mantello all'altro e reciprocamente, e la permuta o vendita è fatta.

3° Il " bay' al-ḥaṣāh ", vendita al ciottolo o alla pietra. Non sappiamo precisamente in che consistesse, ma pare che in questo contratto il compratore indicasse la stoffa o altra cosa che voleva comprare gettando su quella una pietruzza; la cosa toccata dalla pietra era comprata senz'altro esame. Non è difficile intendere il perchè del divieto.

§ **10.** B) *Il prezzo.* Il secondo oggetto della compra-vendita è il prezzo ("ṯaman "), perchè « la cosa è venduta per il prezzo ed il prezzo è venduto per la cosa » (al-Bannānī, V, 104). Senza prezzo non esiste vendita e ad ogni frazione dell'oggetto corrisponde una frazione del prezzo.

Deve il prezzo sempre consistere in danaro? Su questo punto la dottrina islamica è rimasta lungo tempo incerta[31], ma prevale l'opinione, analoga a quella dei Proculiani, che, allorquando la prestazione dovuta dal compratore non consiste in numerario, si deve parlare di permuta (" mu'āwaḍah, mubādalah "), non di vendita (" bay' "). Nel linguaggio ordinario dei giuristi la parola " bay' " continua tuttavia a significare tanto la compra-vendita propriamente detta quanto la permuta.

Al pari dell'oggetto della vendita, il prezzo dev'essere:

---

[31] Così i Romani, cf. *Digest.*, 18, 1, 1 § 1: *P. C. T.*, a. 678.

I. *Certo*, cioè [32] determinato, sia in una somma fissa (per esempio, *cento*), sia per relazione ad un altro termine determinato; così se il compratore dice: « Vendimi per il prezzo che tu fai agli altri », « Vendimi per il prezzo che tu hai pagato ». Quest'ultima è la *compra-vendita fiduciaria* (" bay' al-isti'mān "), di cui tutte le scuole ammettono la validità. È valida del pari la compra-vendita di un frutteto o di altre cose *per universitatem*, a tanto per unità di numero, di misura o di peso, poichè il prezzo è facilmente determinabile per relazione alla quantità delle unità vendute.

Tutto ciò che induce indeterminatezza nel prezzo dà un carattere aleatorio al contratto (" bay' al-ġarar ").

Per questo motivo è viziata, per la incertezza del prezzo:

1° La compra-vendita in cui la determinazione del prezzo vien rimessa ad un terzo: « Compro per quanto sarà determinato da Tizio », « Compro per quanto piacerà a Tizio ».

2° La compra di una coppia di schiavi o d'animali per un prezzo unico, perchè non si può determinare quale parte del prezzo corrisponda a ciascuna delle cose comprate.

3° La vendita in cui il prezzo è costituito da un vitalizio, quella cioè che è contratta « col patto che il compratore manterrà il venditore per tutta la vita di quest'ultimo », perchè l'incertezza della vita umana rende il prezzo assolutamente incerto [33].

4° La « congiunzione di due vendite in una » (" bay'atāni fī bay'ah "), cioè quando si vende uno stesso oggetto per un certo prezzo se pagabile a contanti, o per un altro prezzo se pagabile a termine, a scelta del compratore; o quando due oggetti diversi (per esempio un animale ed una stoffa) vengono venduti per un unico prezzo [34].

5° La congiunzione della vendita con un altro contratto che ne renda incerto il prezzo, per esempio, della vendita col mutuo o col comodato: « Compro da te questa cosa a condizione che mi presterai cento »; « Ti vendo questa cosa a condizione che mi presterai cento » [35]. Il patto influisce necessariamente sul prezzo, perchè, se il

---

[32] Ḫalīl, h. t., n. 11-13 e not. 63-65, n. 52; Zurqānī, V, 6; *P. C. T.*, a. 68, 683; *Minhāǧ*, I, 352-353. Il diritto ḥanafita ammette pure la compra « per quanto ho in questa borsa » (cf. *Digest.*, 18, 1, 7 § 1; 25 pr.; 34 § 6 « *quanti in arca habeo* »).

[33] Ḫalīl, h. t., n. 56.

[34] Abū Dā'ūd, III, 191; *Muwaṭṭa'*, III, 131; *Mud.*, VII, 86; VIII, 120; Ḫalīl, X, n. 58; *Minhāǧ*, I, 360-361 (Sciaf.).

[35] *Minhāǧ*, I, 361.

mutuante è il compratore, si presume che ne profitterà per farsi cedere la cosa a minor prezzo; se è il venditore, per chiedere un prezzo maggiore. Il che induce non solo un'incertezza nel prezzo, nell'uno e nell'altro caso, ma costituisce anche un vero negozio usurario ("ribā") [36]. A convalidare la vendita, occorre sopprimere la condizione.

La scuola sciafiita permette tuttavia la congiunzione in un solo contratto di due negozi diversi (una locazione ed una vendita o un " salam ", una vendita e una costituzione di " mahr " [37]) ripartendo il prezzo dato *pro rata* tra i due negozi.

Per eccezione alla regola suesposta, la dottrina riconosce *necessitatis causa* (" li–'ḍ–ḍarūrah ") la vendita in massa o in blocco (" bay' aṣ–ṣubrah, bay' al–ġuzāf, muġāzafah ") [38], cioè quella che avviene quando un assieme di cose è venduto in massa (*per aversionem*) per un prezzo unico (per esempio, vendita di un sacco di grano, di un orcio d'olio, di un paniere di fichi, come unità complessiva per un certo prezzo, senza tener calcolo delle singole unità di cui si compone l'assieme). « La vendita in massa, dice Ibn 'Arafah, è la vendita di una cosa di cui si può conoscere la quantità (*approssimativa*), senza verificarla esattamente; di regola questa (vendita) è vietata, ma viene permessa per le cose di cui è difficile l'accertamento o di cui è facile conoscere la quantità (*senza accertamento*) » (ap. al–Bannānī, V, 29). La vendita in massa (" bay' al–ġuzāf ") è valida:

a) quando la cosa venduta è presente;

b) quando se ne può calcolare la quantità ad occhio in modo approssimativo, ma sia difficile determinarla con precisione contandone le unità;

c) quando i due contraenti la ignorino; chè, se la conoscessero ambedue, non si avrebbe più la figura della vendita in massa; o, se uno solo la conoscesse, il contratto sarebbe viziato di alea;

d) che si tratti di cose di cui ogni unità per sè presa ha un valore minimo. La vendita *per aversionem* non è ammessa quando si tratta di cose di cui ogni unità ha un valore (schiavi, animali, stoffa) o che si possono contare senza difficoltà (per esempio, una catasta di legna, un gregge).

---

[36] *Mud.*, IX, 132; *Muwaṭṭa'*, III, 128; Ḫalīl, X, n. 65 e not. 307–309, n. 72 bis e not. 348.

[37] *Minhāǧ*, I, 367.

[38] Ḫalīl, h. t., n. 15–16; Ṣāwī, II, 10; Ḫiršī, V, 29; Zurqānī, V, 31; *P. C. T.*, a. 682; cf. *Digest.*, 18, 6, 4 § 1–2; 62, 2, 18 § 1; 35, 5 § 6.

§ **11.** II. Il prezzo dev'essere vero, cioè reale. Se il prezzo fosse nominale o simulato, non si avrebbe vendita, ma donazione. Si presume che la vendita sia simulata, quando il prezzo è di troppo inferiore al valore effettivo della cosa. Così, ad esempio, la vendita d'un fondo per il decimo del suo valore, non sarebbe una donazione mista a vendita, come in diritto romano, ma una vendita inesistente.

Non si esige tuttavia che il prezzo sia *giusto*, cioè corrispondente al valore effettivo della cosa. Il Profeta rifiuta di incaricarsi della tassazione o limitazione dei prezzi [39]. I prezzi sono determinati da Dio; in altre parole sono fatti su cui la volontà del legislatore non ha influenza. I giuristi dicono che « il prezzo dipende dal desiderio che si ha di acquistare una cosa », « il prezzo è la somma stabilita di comune accordo tra le parti e può essere inferiore o superiore al valore; il valore è la stima (*valutazione*) che viene data alla cosa e che rappresenta in certo modo quel che la cosa vale per se stessa, nè più nè meno ». Nella vendita, come in tutti i contratti, le parti cercano di avvantaggiarsi. Il venditore tenta di ottenere il più che può, il compratore di pagare quanto meno è possibile. In questo conflitto d'interessi la legge non interviene. *Naturaliter licet contrahentibus se circumvenire.* (*Digest.*, 4, 4, 16 § 4) [40]. Questa libertà, che ha ciascuno dei contraenti di curare il suo maggior profitto, si chiama " taġābun " (*se invicem circumvenire*). La legge rimette alla libera contrattazione delle parti la determinazione del prezzo. La vendita mediante un beneficio fisso sul prezzo d'acquisto si chiama " murābaḥah " (con profitto o premio) [41]; per un prezzo inferiore " muwāḍa'ah " (al ribasso); per un prezzo uguale a quello di acquisto " tawliyah " (cessione semplice). Il " ḥadīṯ " non protegge il contraente poco oculato: « Chi paga un oggetto più di quanto vale, non deve dolersi che di se stesso, purchè non vi sia dolo ».

Questa libertà di contrattazione ha tuttavia un limite.

In diritto romano, chi aveva venduto per un prezzo inferiore alla metà del valore effettivo della cosa — per esempio, per quattro ciò che vale dieci — poteva far rescindere la vendita per lesione (cf. *Cod.*, IV, 44, 2). Anche il diritto islamico concede la impugnativa della vendita per lesione (" ġabn "): questa è però vivamente controversa;

---

[39] Abū Dā'ūd, III, 188; cf. *P. C. T.*, a. 768, 769; Abū Yūsuf, 28.

[40] Cf. *Digest.*, 19, 2, 22 in f.

[41] Ḫalīl, h. t., n. 160–166; Buḫārī, *buyū'*, n. 95 (Peltier 175); Peltier, *Mouwaṭṭa*, 95; *Minhāǧ*, I, 393.

la dottrina prevalente l'ammette, se la lesione supera il terzo del valore della cosa, se la parte lesa è persona inesperta d'affari e se l'azione è stata promossa entro l'anno dalla data del contratto [42] (vedi Lib. VII, § 96).

SEZIONE III. — La forma (" ṣīġah ").

§ **12.** Alla esistenza del contratto di compra-vendita occorre che le parti dichiarino di consentire l'una a vendere e l'altra a comprare l'oggetto per un certo prezzo. Questo consenso (" tarāḍī ") o corrispondenza delle offerte (" iġāb ") e della accettazione (" qabūl "), dichiarato spontaneamente da ambo le parti, è la *forma* (" ṣīġah "), terzo ed ultimo elemento necessario a dar vita al contratto. Se manca la corrispondenza tra l'offerta e la risposta (per esempio se uno domandi dieci e l'altro accetti per nove e mezzo), il contratto non viene ad esistenza [43].

La dichiarazione di questo consenso non richiede termini solenni. Basta che sia espressa in modo intelligibile, e può essere anche tacita o sottintesa [44], da parte sia del venditore o del compratore o da ambedue le parti. Colui che espone pubblicamente una merce si presume offrirla in vendita a chi gli darà il prezzo segnato su quella merce o da lui indicato a chi glielo domanda [45].

La stessa regola si applica al sensale o al venditore ambulante che porta in giro la sua merce nel bazar, come si usa in Oriente. Nella vendita all'incanto, la cosa si presume offerta a chi darà l'ultimo prezzo, salvo la consuetudine del luogo o la dichiarazione esplicita del bando di vendita.

§ **13.** Oggetto, prezzo e espressione del consenso o forma sono gli elementi essenziali per la esistenza della compra-vendita; il contratto, che riunisce tutti questi elementi essenziali è detto *valido* (" ṣaḥīḥ ").

---

[42] Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 153; cf. *P. C. T.*, a. 65-66; 1655.

[43] *Cor.*, IV, 33; Ibn Māġah, II, 9, l. 13; Ḫalīl, h. t., n. 1 e not. 3; Zurqānī, V, 8; *P. C. T.*, a. 679-682; (Sciaf.) Širāzī, 54; *Minhāġ*, I, 348, 349; cf. *Digest.*, 18, 1, 9 pr.; 19, 2, 2 pr.

[44] *Minhāġ*, I, 348; Ḫiršī-'Adawī, III, 174; *Digest.*, 18, 6, 8 pr.; 18, 1, 1 § 2, 9 pr.

[45] 'Adawī, l. c.; Zurqānī, V, 6.

CAPITOLO II.

Perfezione del contratto.

§ **14.** Appena le parti sono d'accordo sulla cosa e sul prezzo, il contratto è perfetto (" munbarim, tāmm, mun'aqid ") e quindi *obbligatorio* (" lāzim ") per ambedue, il che significa che nessuna delle parti ha facoltà di recederne senza l'assenso dell'altra [46].

Così: « Quando taluno espone pubblicamente in vendita una merce e, rispondendo ad una persona che gliene domanda il prezzo, dice: " cento dirham " e quella persona risponde: " prendo la tua merce per quel prezzo ", la vendita è perfetta ed obbligatoria per ambo le parti » [47]. « Se uno offre una merce nel mercato (" sūq ") specialmente destinato a quell'articolo e taluno gli dice: " per quanto ? " ed il negoziante dice: " per cento " e il primo risponde: " la prendo ", il contratto è valido (" ṣaḥīḥ ") ed obbligatorio (" lāzim ") e, se il negoziante pretende che non voleva vendere, dovrà prestar giuramento » [48]. Del pari nella vendita all'incanto il contratto è perfetto ed obbligatorio per l'ultimo offerente, il quale è tenuto ad accettare la cosa per il prezzo da lui offerto [49].

Sembra che nell'antica Arabia, nel momento in cui i contraenti erano d'accordo e come segno dell'avvenuto consenso, le parti si dessero la mano. Da ciò si fa derivare la parola " ṣafqah " = palmata a significare la conclusione del negozio, il negozio perfetto [50] e, più generalmente, « negozio ».

§ **15.** Il diritto musulmano conosce [51] la vendita sopra campione o anche su " barnāmaǵ ". Il " barnāmaǵ " (dal persiano " barnāmeh ") è la fattura o distinta che accompagna una spedizione od una balla di merci e che contiene la descrizione esatta delle merci contenute in quella balla.

---

[46] *Cor.*, IV, 33; Ibn Māǵah, II, 9, l. 13; Ḫalīl, h. t., n. 1, 9; *P. C. T.*, a. 679-682.

[47] Cf. *Digest.*, 18, 6, 8 pr.; 18, 1, 1 § 2, 9 pr.; 19, 2, 1. Per gli Sciafiiti soli non basta la perfezione del contratto, ma occorre per renderlo obbligatorio che le parti si sieno separate senza recedere dal consenso dato (" ḫiyār al-maǵlis "); vedi Lib. VII, § 20 e Buḫārī, *buyū'*, n. 42, 47; Šīrāzī, p. 54; *Minhāǵ*, I, 369 sg.; Ḫiršī-'Adawī, III, 174.

[48] Zurqānī, V, 5.

[49] Zurqānī, l. c.

[50] Abū Dā'ūd, III, 199 pr.; Buḫārī, *i'tiṣām*, n. 22; Qasṭallānī ad Buḫārī, X, 344 in f., 345, 13; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 94.

[51] *Muwaṭṭa'* ,III, 134; *Mud.*, X, 43; Ḫalīl, h. t., n. 18; *Minhāǵ*, I, 354 (Sciafiita).

Si legge nell'*al-Muwaṭṭa*', l. c.: « l'uso tra noi (allude alla consuetudine di Medina) è questo: Dei negozianti comprano in comune delle stoffe o degli schiavi; una persona viene a saperlo e dice ad uno di questi negozianti: " mi hanno informato del genere e della qualità delle stoffe che tu hai comprato in comune con il tale. Vuoi tu cedermi la tua quota mediante tale guadagno ? ". Il negoziante consente. . . Mālik dice: una vendita siffatta è obbligatoria e il compratore non ha più diritto di scelta (cioè diritto di sciogliersi dal contratto), se egli ha comprato sopra un " barnāmaǵ " o inventario contenente una descrizione esatta delle merci ».

«Mālik ha detto: un uomo, avendo ricevuto varie specie di tessuti, riceve la visita di vari clienti ai quali dà lettura del suo " barnāmaǵ " dicendo: " in ogni balla vi sono tanti mantelli di al-Baṣrah, tanti mantelli sābirī, e così via, che hanno una misura di tanto ". Enumera così i vari generi di tessuti, precisandone la natura, e poi dice: " comprate su questa descrizione ". I clienti comprano le balle dietro questa descrizione; poi, aperte le balle, si pentono, ritenendo di aver pagato quelle merci troppo care. Mālik ha detto: la vendita è obbligatoria per loro, purchè la cosa venduta sia conforme a ciò che è indicato nel " barnāmaǵ " ; questa è la consuetudine sempre seguita da noi (cioè a Medina) ».

In caso di contestazione intorno alla conformità della merce colla fattura o polizza, fa fede l'affermazione del venditore, corroborata da giuramento.

Quando il consenso è dato, puramente e semplicemente, il contratto è definitivo (" bātt, munaǵǵaz "), ma può essere anche subordinato a condizione sospensiva o risolutiva.

La condizione può essere implicita. A questa specie appartiene la compra col patto di assaggio, di degustazione, a misura, a peso ecc. Questo contratto non è perfetto finchè non sia avvenuta la pesatura, la misurazione o l'assaggio, anzi in questa ultima specie s'intende che il compratore si è riservato implicitamente il diritto di risolvere il contratto, se, dopo fatto l'assaggio, la cosa comprata non è di suo gradimento.

I giureconsulti islamici considerano questo contratto come costituito da tante vendite distinte quante sono le unità di misura o di peso, a cui corrispondono tante frazioni del prezzo pattuito; la vendita non si può quindi perfezionare se non quando sia ultimata la pesatura, la misurazione o l'assaggio della quantità totale.

CAPITOLO III.

Effetti del contratto.

Gli effetti del contratto di compra-vendita vanno considerati:
1° rispetto al trasferimento e al rischio della cosa venduta;
2° rispetto agli obblighi dei contraenti.

SEZIONE I. — Trasferimento della cosa venduta.

§ **16.** *A*). Perfetto che sia il contratto, la cosa venduta passa, *eo ipso*, dal patrimonio del venditore in quello del compratore, anche prima della tradizione reale. « Non si acquista colla mano (cioè mediante apprensione materiale) nè col possesso — diceva un antico giureconsulto medinese, al-Muhallib —, ma mediante la convenzione ed il prezzo » [52].

La regola, desunta dal " ḥadīṯ " (Buḫārī, *buyū'*, n. 57), è accolta dalle tre scuole principali. « Dal momento della perfezione del contratto, dice az-Zurqānī, il compratore si reputa abbia ricevuto la tradizione giuridica della cosa, benchè non ne abbia ricevuto la consegna materiale ».

« Nelle vendite — dice un Ḥanafita, Ibn Nuǵaym — la perfezione del contratto e la trasmissione della proprietà si avverano nello stesso momento, senza che l'uno preceda o segua l'altro. Lo stesso avviene in tutti i contratti commutativi ». La tradizione materiale è solo la esecuzione, la effettuazione pratica di quella trasmissione, che, in diritto, è già avvenuta.

Ciò avviene, come ben s'intende, quando la cosa venduta è individualmente determinata (*res certa*) o è un assieme di cose vendute in blocco (*per aversionem*) per un prezzo unico [53].

---

[52] Cf. Peltier, *Ventes*,. p. 105 e nota e *Mouwaṭṭa*, p. 86 nota; Ḫalīl, n. 1 e not. 2-3; *P. C. T.*, a. 684-688, 690, 709, 711; Šīrāzī, 54; cf. *Digest.*, 18, 5, 5 § 2; 23, 3, 15; 18, 6, 8 pr.; *Inst.*, III, 23 § 3.

[53] Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 86 nota.

Da ciò due conseguenze:

a) L'acquirente può cedere la cosa comprata anche prima di averne preso possesso.

b) Dal momento della perfezione del contratto la cosa comprata è a rischio (" darak " = *periculum*) del compratore.

§ **17.** Perfetto che sia il contratto, l'acquirente può cedere la cosa comprata, anche prima di averne preso possesso (" qabḍ ") [54].

Fanno eccezione a questa regola *le derrate alimentari* (" ṭa'ām ") [55]. Queste sono sottoposte ad un regime speciale, che ha per scopo di impedire gli accaparramenti e le speculazioni fondate sul monopolio. È pertanto vietato, dai Malichiti, di vendere le derrate alimentari acquistate a titolo oneroso a peso, a misura o a conto prima di averne avuto la consegna [56], cioè prima che siano pesate o misurate e venute così in possesso del compratore. Gli Sciafiiti estendono il divieto a tutte le cose mobili ed immobili acquistate a titolo oneroso; il compratore non può trasmettere la proprietà o altrimenti alienare la cosa prima di avere il possesso reale della cosa comprata [57]. La regola sciafiita si fonda sopra una interpretazione data al " ḥadīṯ " da Ibn 'Abbās, ma la dottrina malichita sembra quella che meglio corrisponda allo spirito della Tradizione. Chi rivende delle derrate prima della consegna fa una speculazione, poichè non compra le derrate per provvedere ai propri bisogni, ma allo scopo di rivenderle con lucro, operazione aleatoria e che risulta in un aggravamento dei consumatori. L'obbligo di avere il possesso della merce comprata prima di rivenderla ha per scopo appunto d'impedire queste speculazioni [58]. Par sicuro che si tratti della consuetudine di Medina, che contemplava le derrate alimentari. ed anche le frutta, considerate come comprese in quella categoria. « La consuetudine generalmente am-

---

[54] *Muwaṭṭa'*, III, 95, 129; Ḫalīl, X, n. 154 e not. 732; *P. C. T.*, a. 685; cf. *Digest.*, 18, 6, 8 pr.

[55] *Mud.*, IX, 85–90; Buḫārī, *buyū'*, n. 49 in f., 54, 55, 56, 72; Peltier, *Ventes*, 98–102; *Muwaṭṭa'*, III, 110, 117, 119; Peltier, *Mouwaṭṭa*, 31–39, 50–51; Šāfi'ī, 91; Ibn 'Āṣim, v. 701, 710; Mayyārah, I, 294; Tāwudī–Tasūlī, II, 24; Ḫalīl, X, n. 154 e not. 733–737.

[56] Questa vendita di cose di cui non si ha il possesso si chiama " bay' al-'īnah ". Lo stesso nome si dà al contratto di commissione (cf. Ḫalīl, X, n. 85 e not. 401), perchè infatti il commissionario vende generalmente quello che non ha.

[57] I Ḥanafiti lo applicano a tutte le cose mobili: *Maġallah*, a. 235. Pei Sciafiiti cf. *Minhāǧ*, I, 384–385.

[58] Arin, *Rech.*, 80–82; cf. Peltier, *Ventes*, p. 96–98.

messa da noi (a Medina) — dice Mālik [59] — è questa: Chi compra delle frutta, qualunque siano, fresche o secche, non le può rivendere prima di averne ricevuto consegna. Non si permuteranno le frutta, se non scambiandole subito . . . ».

§ **18.** *B*) *Rischio*. La cosa venduta si trasmette dal patrimonio del venditore in quello del compratore, perfetto che sia il consenso, onde la conseguenza che il rischio della cosa, secondo i Malichiti, spetta, fin da quel momento, al compratore, quale proprietario (*casum sentit dominus*)[60].

È evidente che questa regola non procede in tutti i casi in cui, sia per l'indole del contratto, sia per la convenzione delle parti, il semplice scambio dei consensi non basta a trasferire la proprietà della cosa venduta dal venditore al compratore.

Il rischio si trasferisce nel compratore solo colla tradizione materiale della cosa nei casi seguenti :

1° Quando si tratta di cose fungibili vendute a peso, a misura ecc. ("mā fīhi ḥaqq tawfiyah ") od a prova [61]. Queste non passano nel patrimonio del compratore finchè non siano effettivamente separate dal patrimonio del venditore mediante la pesatura o la misurazione, per modo che il compratore possa prenderne possesso. Sino a quel momento il rischio spetta al venditore; se le cose vendute periscono, egli è tenuto a consegnarne una quantità e qualità simili, perchè *genus non perit*. Compiuta che sia la consegna da parte del venditore — non importa se con strumenti propri o con quelli del compratore [62] —, il rischio passa al compratore. Così, se durante la pesatura dell'olio le otri si rompono e l'olio si spande per terra, il perimento è a rischio del venditore. Terminata l'operazione, l'olio rimane per conto del compratore. E in conseguenza, se il venditore s'incarica, dopo pesata o misurata la merce, di trasportarla al domicilio del compratore, i sinistri eventuali che sopravvengono durante il trasporto sono a carico del compratore, « perchè, dice az-Zurqānī,

---

[59] Peltier, *Mouwaṭṭa*, 36.

[60] Buḫārī, *buyū'*, n. 57; Ḫalīl, X, n. 145 e not. 696; Zurqānī, V, 159; Peltier, *Ventes*, pp. 103–107; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 8, 22, 31, 34. Secondo gli Sciafiiti e i Ḥanafiti il rischio passa al compratore solo dal momento della tradizione della cosa comprata: Šīrāzī, 54; *Minhāǧ*, I, 383; cf. Nallino, nella RSO, IX, 1921, 171–172.

[61] Ḫalīl, X, n. 141, 143; *Minhāǧ*, I, 389 (Sciaf.); cf. *Digest.*, 18, 1, 35 § 5–6; 18, 6, 1 § 1, 4 pr.

[62] Ḫalīl, h. t., nota 693.

incaricandosi del trasporto, il venditore non agisce più in qualità di venditore, ma è un semplice mandatario e, come tale, non risponde che del dolo e delle colpe » [63].

2° Nella vendita di un raccolto ancora verde o del prodotto non maturo di una piantagione. In diritto islamico questa vendita si considera subordinata a condizione, in quanto dipende dalla maturazione dei prodotti comprati [64]. Il prodotto così venduto è, fino alla maturità, a rischio del venditore, cui spetta il pericolo dell'infortunio (" ǵā'iḥah "), cioè del perimento o della deteriorazione che avvenga per caso celeste (" amr samāwī ")[65], cioè per « ogni causa cui non si può ordinariamente resistere » [66]. È controverso se sia sinistro il fatto da cui è possibile difendersi, per esempio le depredazioni dei ladri [67].

Il compratore ha diritto ad una riduzione di prezzo:

a) se il sinistro ha colpito un terzo o più del raccolto;

b) se il contratto aveva per oggetto i soli frutti pendenti, e non già le piante e i prodotti insieme o le sole piante senza il frutto. È controverso se la regola si applichi quando i frutti sono accessori della vendita di un fondo rustico od urbano [68];

c) se il raccolto era in via di maturazione, non se già maturato [69].

Anche la siccità vien considerata sinistro, purchè la mancanza d'acqua non dipenda da colpa del proprietario del raccolto, e dà diritto ad una riduzione in favore del compratore, anche se la parte colpita da siccità non raggiunga il terzo [70].

La consegna pertanto non si reputa avvenuta se non mediante la mietitura o la coglitura del raccolto pendente fatta dal compratore. Quindi chi ha comprato un *raccolto maturo*, che potrebbe raccogliere senza indugio, si reputa averne ricevuto consegna anche prima che quello sia mietuto o colto e, se l'oggetto della vendita perisce per forza maggiore, i rischi spettano al compratore, il quale non ha diritto a veruna riduzione per il sinistro avvenuto.

---

[63] Zurqānī, V, 158.

[64] Ḫalīl, X, n. 145 e not. 701, n. 177.

[65] Ḫalīl, h. t., n. 185 e nota 871.

[66] Il patto contrario, per cui s'imponesse al compratore l'onere del caso fortuito, si considera non scritto, perchè aleatorio e quindi illecito.

[67] Cf. Ḫalīl, X, n. 188.

[68] *Mud.*, XII, 34; Ḫalīl, X, n. 187 e nota 888.

[69] Ḫalīl, l. c., n. 187 (2) e n. 192.

[70] *Mud.*, XII, 37; Ḫalīl, l. c., n. 190.

3° Nella vendita fatta sopra semplice descrizione della cosa venduta. Questo contratto è subordinato a condizione e rimane tale fino al momento in cui il compratore abbia esaminato personalmente e dichiarato di accettare la cosa venduta. Il rischio nel frattempo incombe al venditore [71].

4° Nella vendita invalida o viziata (" fāsid " = *imperfectum negotium*), cioè impugnabile per difetto di uno dei suoi elementi. « Nella vendita invalida, dice Ḫalīl, il rischio (" ḍamān ") si trasmette al compratore solo colla tradizione » [72]. In altri termini, se è già avvenuta la tradizione e il contratto venga poi rescisso per vizio, il compratore, che non può restituire la cosa perchè è perita o perchè è stata da lui alienata o trasformata (" fawāt "), ne deve il valore al momento della consegna o una quantità uguale di cose simili, se si tratta di cose fungibili.

§ **19.** Quand'è che il rischio si trasferisce nel compratore, trattandosi d'immobili ? La questione ha dato luogo a controversia presso i Malichiti: la dottrina prevalente insegna che la proprietà, e quindi il pericolo, si trasmette colla perfezione del contratto; altri (Ašhab) esige a questo effetto la tradizione formale. Ed è per questa ragione, spiega Mayyārah [73], che negli atti di vendita di beni immobili i notari, ad evitare ogni dubbio, enunciano chiaramente che il compratore è stato immesso nel possesso del fondo comprato (" inzāl, iqbāḍ ") e ne ha preso consegna, liberando il venditore da ogni rischio relativo.

Sezione II. — Effetti del contratto di compra-vendita rispetto ai contraenti.

Il contratto di compra-vendita ha una duplice causa, secondo che lo si consideri nei riguardi del compratore o in quelli del venditore. Rispetto al compratore il contratto ha per causa il desiderio di avere la cosa per sè e di disporne; per il venditore, quella di conseguire il prezzo.

Da ciò gli obblighi derivanti dal contratto alle due parti, effetti che sono regolati dalla buona fede, norma suprema nei rapporti contrattuali [74].

---

[71] *Mud.*, X, 136-137; Ḫalīl, X, n. 145 e not. 699.

[72] *Muwaṭṭa'*, III, 240; Ḫalīl, h. t., n. 69, cf. n. 140 nota 324, not. 685; Šāfi'ī, p. 138-139.

[73] Mayyārah, I, 8, 8 sg.

[74] Buḫārī, *buyū'*, n. 19, 23, 26, 27, 46, 48, 58, 60; *Muwaṭṭa'*, III, 152-153; Muslim, VI, 382; Abū Dā'ūd, III, 189, 199; Ḫalīl, X, nota 564; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, l. c., 153; cf. *Digest.*, 18, 1, 29, 30; *Cod.*, IV, 49, 2.

§ **20.** *Obblighi del venditore.*

Il compratore ha avuto per fine di conseguire la piena disposizione della cosa comprata e di goderne pacificamente. Questa è per il compratore la causa del contratto ed è appunto la misura degli obblighi cui è tenuto, in buona fede, il venditore.

Il venditore ha pertanto due obblighi principali:

a) consegnare la cosa venduta (tradizione);

b) garantirne il pacifico possesso.

§ **21.** I. *Tradizione* (" taslīm, iqbāḍ, inzāl, tamkīn ").

Consegnare la cosa venduta [75] significa far sì che il compratore sia posto in grado di prenderne possesso (" qabḍ ") senza ostacolo, secondo la natura della cosa. La tradizione d'un fondo rustico si ritiene avvenuta tosto che il venditore abbia lasciato libero il fondo (" taḫliyah " = *evacuatio*), per modo che il compratore possa prenderne possesso quando a lui piace; quella d'un fondo urbano, quando il venditore lo evacua e ne rimette le chiavi al compratore. La consegna delle cose mobili avviene mediante la tradizione manuale o la consegna delle chiavi del luogo ove sono custodite, o quando il compratore è posto in presenza della cosa e possa prenderne possesso, se vuole; e in qualunque altra forma, cui l'uso del commercio o del luogo consideri quale tradizione.

La tradizione della cosa venduta [76] deve comprendere tutto ciò che fa parte della cosa stessa, quale si trovava al momento della perfezione del contratto, e quindi anche gli accessori fissi e quelli che ne fanno parte integrante (cf. Libro VI, § 5, n. 8); il feto di cui la schiava è incinta, i frutti in via di maturazione, gli alveari mobili, tutto ciò fa parte della cosa venduta ed è compreso nella tradizione cui il venditore è tenuto [77].

Per una conseguenza logica del principio che la cosa venduta si trasferisce al compratore dal momento della perfezione del contratto. i frutti maturati e gli accrescimenti avvenuti posteriormente al contratto si acquistano dal compratore e fanno parte della con-

---

[75] Ḫalīl, X, n. 144 e not. 694; *P. C. T.*, a. 693 sgg.; Šīrāzī, 54; *Minhāǧ*, I, 388; cf. *Digest.*, 19, 1, 11 § 2.

[76] Buḫārī, *buyū'*, n. 57; Ḫalīl, X, n. 173 e not. 823, n. 176; *Minhāǧ*, I, 396, 398, 399; cf. *Digest.*, 19, 1, 13 § 10; Peltier, *Ventes*, pp. 102–103.

[77] Il patto che i frutti non maturi o il raccolto in germe apparterranno al venditore sarebbe ragione di nullità del contratto, perchè introduce un'alea nella convenzione; chi eccettua dalla vendita del fondo un raccolto in germe fa un acquisto incerto ed aleatorio, che vizia tutto il contratto.

segna cui il venditore è tenuto [78]. Il compratore ha i frutti posteriori al contratto, dicono i Malichiti, perchè fino dal momento del contratto egli è divenuto proprietario della sostanza principale (cf. *Digest.*, 19, 1, 3 § 1; 13 § 13).

Il venditore d'un immobile deve consegnare assieme al fondo i relativi titoli di proprietà. « Il compratore di un fondo, dice al-Burzulī, ha il diritto di farsi consegnare gli atti di proprietà, in base ai quali ha comprato, o delle copie autenticate dai notai che hanno redatto quegli atti. Se il venditore rifiuta (*dicendo di non averli*), e poi gli atti si ritrovino, il "qāḍī" costringe (il venditore) a consegnare sia i titoli sia le copie. Se gli atti non siano prodotti, il compratore ha la facoltà, a sua scelta, di mantenere il contratto o di farsi restituire il prezzo pagato [79] ».

§ **22.** Non son compresi nella vendita, e quindi nell'obbligo della consegna cui è tenuto il venditore:

1° I prodotti e frutti naturali maturati e i frutti civili scaduti prima della vendita, i quali si considerano già percetti o separati fin dal momento della maturazione, e quindi non compresi nel contratto, salvo patto contrario.

La regola è tratta dal " ḥadīṯ [80]: « Quando si vende una palma già fecondata, i cui frutti hanno già allegato, e non vi sia convenzione rispetto ai frutti, questi appartengono a colui che ha fecondato la pianta. La stessa regola si applica allo schiavo ed alla terra coltivata »; in altri termini, se si vende una schiava che ha un bambino, questi appartiene al venditore, e così il peculio dello schiavo; se è una terra coltivata, il raccolto già maturo segue la stessa regola. « L'Apostolo di Dio ha detto: se si vende una palma già fecondata, i frutti saranno per il venditore, salvo che il compratore abbia pattuito diversamente ».

La regola si applica ai frutti già formati e prossimi a maturare, i quali spettano al venditore; questi potrà aspettare che siano maturi per coglierli. Infatti i frutti essendo già apparenti e in parte maturati, è esclusa ogni alea nel contratto.

---

[78] Le vesti dello schiavo sono comprese nella vendita ? Questione controversa presso i Malichiti ed anche gli Sciafiiti: Ḫalīl, X, n. 177; Ibn Farḥūn, II, 55: cf. Muslim-Nawawī, VI, 399-400; *Minhāǧ*, I, 399; *Digest.*, 21, 1. 38 § 11. L'opinione prevalente presso gli Sciafiiti è per la negativa.

[79] *'Amaliyyāt*, p. 150.

[80] Buḫārī, *buyū'*, n. 90 e 92; *Mud.*, XI, 176-177; Ḫalīl, X, n. 174 e not. 816, n. 175 e not. 820; cf. Peltier, *Ventes*, 169 not. 2; *Minhāǧ*, I, p. 396. 400; *Digest.*, 19, 1, 13 § 10.

Se i frutti sono maturi per metà e immaturi per il resto, la metà matura appartiene al venditore, il resto al compratore.

2° Gli oggetti sepolti nel sottosuolo o in una parte del fondo, scoperti dopo la vendita, e per esempio le statue, le colonne, le monete, gli oggetti preziosi[81]. In caso di dubbio, e cioè quando s'ignori se appartenevano al venditore[82], quelle cose sono considerate cose smarrite (" luqaṭah "), per le quali si deve seguire la procedura stabilita in casi simili (cf. Ḫalīl, Lib. 24, c. 1 e questo manuale Lib. VI, § 65). Quando si possa escludere che appartenessero al venditore (per esempio il tesoro che risale ai tempi preislamici), i valori trovati spettano all'inventore, dopo dedotto il quinto dovuto all'Erario (Lib. VI, § 63).

§ **23.** Rispetto al *luogo* ed al *tempo* della consegna, valgono le seguenti regole:

1° La consegna deve farsi *nel luogo* ove la cosa si trovava al momento del contratto, se non sia altrimenti stipulato. E pertanto, insorgendo contestazione tra le parti, si presume che il luogo ove il contratto è stato concluso è anche quello della tradizione, per la regola generale che il luogo ove il contratto si perfeziona è anche quello ove deve ricevere esecuzione, salvo patto contrario[83]. Il venditore non è tenuto a portare la cosa al compratore, ma questi deve venire a ritirarla[84].

2° La consegna deve farsi *subito* dopo la conclusione del contratto, salvo il termine richiesto dalla natura del contratto o dalla consuetudine, tenuto conto delle regole speciali del " ribā " (Lib. VII, § 51).

Il venditore non ha obbligo di consegnare la cosa venduta, se il compratore non paga o non offra di pagare il prezzo, salvo i patti speciali del contratto. Egli ha il diritto di ritenzione, se il com-

---

[81] Ḫalīl, h. t., n. 175 e not. 817; cf. *P. C. T.*, a. 724; *Minhāǧ*, I, 397, 398.

[82] Per esempio, la somma di danaro trovata nel muro dell'immobile comprato.

[83] La prova della vendita non basta a provare anche la consegna. Cf. Ibn Farḥūn, I, 220.

[84] Le spese della consegna, per es. quelle di misurazione, di pesatura ecc.. sono a carico del venditore, perchè fanno parte della consegna cui egli è tenuto. Il venditore deve mettere il compratore in grado di prendere possesso della cosa venduta, il che suppone che siano compiute tutte quelle operazioni che occorrono affinchè il compratore abbia la cosa venduta a sua disposizione e possa ritirarla; cf. Ḫalīl, X, n. 142.

pratore è dichiarato insolvente o risulti inabile a pagare già prima del contratto [85] (cf. Lib. VII, § 85).

Può il venditore riservarsi per un certo tempo il godimento della cosa venduta, prima della consegna ?

La questione è controversa tra le scuole, per la diversa interpretazione che vien data al " ḥadīṯ " [86] (Buḫārī, *šurūṭ*, n. 4), punto di partenza della dottrina.

In quel " ḥadīṯ ", Ġābir racconta: « Viaggiavo sopra un mio cammello e ero in ritardo, perchè (l'animale) era stanco . . . Il Profeta mi disse: " vendimi il tuo cammello per un'oncia (d'oro) " [87]. Glielo vendei, riservandomi il diritto di adoperare il cammello finchè fossi giunto a casa. Quando fummo giunti, condussi il cammello al Profeta; egli mi pagò il prezzo ed io me ne andai. Il Profeta mandò a richiamarmi ed, essendo io tornato, mi disse: " Non avevo l'intenzione di prendere il tuo cammello; prendilo, ora è tuo " ».

Risulta da questo testo [88] che il venditore può validamente riservarsi l'uso della cosa venduta e non consegnarla subito. Ed infatti così vogliono i Ḥanbaliti. Ma la maggior parte dei Malichiti, e con essi i Ḥanafiti e gli Sciafiiti, ritengono che questa riserva è contraria alla essenza stessa della compra-vendita. Tutt'al più si potrebbe ammettere che il venditore si riservi l'uso per un tempo breve o per uno scopo determinato; ed inoltre appare dal racconto di Ġābir che nella specie non si trattava di vendita vera e propria, ma di una liberalità, poichè il Profeta non aveva intenzione di comprare il cammello, ma di fare un dono a Ġābir.

Comunque, si ammette dai Malichiti che il venditore possa riservarsi l'uso della cosa venduta per un anno al più, se è una casa di abitazione, e per un giorno o tre al massimo, se è una cavalcatura, un animale da lavoro, una veste, per aver modo di procurarsene un'altra. Un maggior termine non è permesso, perchè si ritiene che la cosa venduta possa nel frattempo alterarsi, il che indurrebbe incertezza nel valore e quindi un'alea [89].

---

[85] *Minhāǧ*, I, 391.

[86] Cf. Buḫārī, *buyū'*, n. 34; Peltier, *Ventes*. p. 55.

[87] Un'oncia = 40 dirham o 4 dīnār.

[88] Ed anche da un altro: Buḫārī, *buyū'*, n. 57 (vendita fatta da Abū Bakr del suo cammello al Profeta, non seguita da immediata consegna); cf. Peltier, *Ventes*, p. 102 sg.

[89] Ibn 'Āṣim, v. 691, 754; Tasūlī, II, 17-18, 38-40.

§ **24.** Quando il venditore si trova nella impossibilità di effettuare la consegna, conviene distinguere se questa impossibilità esisteva fino dall'origine della obbligazione o sia sopravvenuta dopo.

Se la impossibilità esisteva fin dall'origine ed era nella natura della cosa, il contratto è nullo per mancanza di oggetto, perchè le cose impossibili o inesistenti non formano oggetto di contratto valido. Se invece la impossibilità è posteriore al contratto, cioè quando dopo il contratto il venditore non può consegnare la cosa o non può consegnarla qual'era stata promessa, bisogna esaminare se ciò dipenda da colpa o altro fatto imputabile ad uno dei contraenti o da forza maggiore.

a) La cosa è perita o deteriorata per colpa o dolo del venditore [90]. Il compratore ha facoltà di risolvere il contratto o di chiedere il risarcimento del danno, cioè il valore della cosa al giorno in cui il contratto doveva essere eseguito, se si tratta di cosa individuata (*res certa*), od una quantità uguale di cose, se si tratta di cose fungibili. Se invece la deteriorazione è involontaria, il compratore ha facoltà sia di risolvere il contratto, sia di mantenerlo, ricevendo la cosa deteriorata nello stato in cui si trova, ma senza risarcimento.

b) Il perimento (o la deteriorazione) della cosa è avvenuto per fatto del compratore [91]. « Il perimento totale o parziale della cosa per fatto del compratore vale consegna », dice Ḫalīl; in altri termini il compratore viene considerato come se avesse ricevuto la cosa e ne deve il prezzo, come se l'avesse ricevuta sana o in buono stato.

Talvolta può essere dubbio a chi spetti rispondere del perimento: per esempio, una persona prende un oggetto in mano per esaminarlo, prima di decidersi ad acquistarlo. L'oggetto cade e si rompe. A chi spetta il perimento ? Bisogna distinguere, secondo i Malichiti. Se colui che si proponeva di comprare ha preso l'oggetto col permesso espresso o tacito del venditore, egli non risponde del valore della cosa; nel caso contrario ne risponde.

c) Se la impossibilità dipende da pura forza maggiore (" amr samāwī " = *vis divina*), senza colpa del venditore, questi è liberato dal suo obbligo di consegnare la cosa venduta, ma non ha più il diritto

---

[90] Ḫalīl, X, n. 148 e not. 706-707, n. 152 e not. 724; *Digest.*, 18, 1, 15 pr.; cf. Šīrāzī, 54; *Minhāǧ*, I, 384.

[91] Ḫalīl, X, n. 152; *P. C. T.*, a. 687-699; cf. *Digest.*, 21, 1, 31 § 11; Šīrāzī, p. 54; *Minhāǧ*, I, 383.

di ripetere il prezzo pattuito [92]; in altri termini, il perimento per forza maggiore è un caso di nullità del contratto. Se il prezzo è stato anticipato dal compratore, il venditore deve restituirlo [93].

§ **25.** II. *Garentía della cosa venduta* [94].

Non basta che il venditore consegni la cosa venduta. Non si può dire che il venditore abbia adempiuto l'obbligo di consegnare la cosa, se il compratore non può godere pacificamente della cosa che gli è stata rimessa o non può, per la mancanza di certe qualità, adoperarla all'uso cui è normalmente adibita od a quello cui il compratore la destinava. Questo concetto della tradizione ha per conseguenze necessarie i due obblighi principali del venditore dopo la consegna:

1° quello di garantire la evizione;

2° quello di garantire i vizi della cosa.

Queste due garentíe sono due forme diverse della stessa obbligazione, secondo i giureconsulti musulmani. L'esistenza di difetti o vizi occulti è secondo loro una specie di evizione, una evizione parziale, perchè non consente al compratore di godere pienamente della cosa comprata. La garentía per vizio occulto altro non è che un caso speciale della garentía per evizione.

Sì l'una che l'altra son dovute di pieno diritto, anche quando non sieno state stipulate; il patto contrario, cioè quello di non garantire i vizi occulti o la evizione, si ha per non scritto, perchè i patti privati non possono derogare alla legge [95].

§ **26.** 1. *Evizione* (" istiḥqāq "). — La parola " istiḥqāq " (evizione), come il latino *evictio*, significa che il compratore vien privato della cosa acquistata in forza di un diritto superiore a quello per il quale egli possiede [96].

Quando il compratore perde il possesso, perchè il terzo gli ha tolto la cosa comprata in virtù di un diritto più valido del suo (" istaḥaqqa " = evincere), si fa luogo alla garentía per causa di evizione.

La quale suppone quindi:

1° che al compratore la cosa sia tolta per vizio del titolo in virtù del quale possiede. La semplice sottrazione violenta o rapina (" ġaṣb ") non dà luogo alla garentía;

---

[92] Ḫalīl, X, n. 147; cf. 145 e not. 696; Peltier, *Ventes*, p. 106; Šīrāzī, 54: *Minhāǧ*, I, 383.

[93] Peltier, *Mouwaṭṭa*, 33, 38.

[94] Cf. *Digest.*, 19, 1, 6 § 4; 13 § 3–4; 18, 6, 15.

[95] Ḫalīl, X, n. 177 e not. 828.

[96] Ḫalīl, XXIV, n. 33 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 533.

2° che il compratore abbia perduto effettivamente il possesso della cosa.

Non importa che la cosa sia evitta tra le mani del compratore stesso o di un terzo verso il quale egli ne deve rispondere.

Verificandosi questi requisiti, il compratore ha regresso per garentía.

Il compratore [97], contro cui vien diretta la rivendicazione, può dichiarare che si astiene dal discutere la causa e riservare semplicemente i suoi diritti contro il suo venditore, il quale è così costretto ad assumere la difesa: non è la chiamata in causa del diritto romano, ma riesce allo stesso risultato: se il venditore, il quale ha assunto la causa, vien condannato in confronto del rivendicante, il compratore evitto ha ricorso contro il suo autore per ottenere il rimborso del prezzo pagato.

Se invece il compratore si oppone alla rivendicazione e vien condannato, egli perde ogni ricorso contro il suo autore. Poichè, dicono i Malichiti, avendo sostenuto la validità del proprio titolo, e quindi il buon diritto del suo autore, in confronto del rivendicante, egli non può, se vien condannato, rivolgersi al suo autore, avendo già riconosciuto che questi gli ha trasmesso un titolo valido; l'esito della causa non riguarda quest' ultimo.

Così ragionano i teorici del diritto; ma i giuristi più recenti, seguendo la dottrina di Ibn Rušd, non accettano questa distinzione e concedono al compratore evitto il ricorso contro il suo autore, tanto nel caso in cui il compratore abbia assunto direttamente la causa contro il rivendicante, quanto in quello in cui il venditore sia intervenuto a difesa del compratore.

L'azione di garentía ha per oggetto il rimborso del prezzo d'acquisto e delle spese fatte in occasione del contratto; è ignoto al diritto islamico il *quantum interest* nel senso romano, e l'azione di regresso del compratore si limita pertanto al ricupero di quanto ha effettivamente sborsato. È vero che, d'altra parte, il compratore di buona fede fa suoi i frutti, per la regola generale del diritto musulmano che chi ha gli oneri deve anche avere i vantaggi.

Fin qui della evizione totale della cosa. Quando la evizione è parziale, la dottrina malichita distingue due casi [98]:

---

[97] Ibn ʿĀṣim, v. 1253; Mayyārah, II, 174; Tasūlī, II, 250–253; Zurqānī, V, 4 circa med.; cf. *Mud.*, XIV, 84 sg.

[98] *Mud.*, XIX, 162 pr., 163, 207; Ḫalīl, X, n. 128 e not. 646, n. 148 e not. 708–709, n. 149 e not. 709–710.

1° *La vendita ha per oggetto una* species *o cosa determinata*. In questo caso, se la evizione si applica ad una parte indivisa inferiore alla metà, il compratore ha diritto ad una riduzione proporzionale del prezzo, se non preferisce risolvere il contratto e farsi restituire l'intero prezzo.

Se invece la evizione ha per oggetto la parte maggiore, cioè superiore alla metà, la vendita è rescissa di pieno diritto, il compratore può chiedere solo la restituzione del prezzo e non potrebbe, nemmeno volendo, mantenere il contratto, poichè si avrebbe, in questo caso, una nuova vendita con prezzo indeterminato; s'ignora infatti qual parte del prezzo corrisponda alla parte minore rimasta in possesso del compratore.

2° *La vendita ha per oggetto delle cose fungibili* [99]. Il compratore evitto ha facoltà di risolvere il contratto e di farsi restituire l'intero prezzo ovvero di chiedere una riduzione proporzionale, qualunque sia la parte evitta, perchè in questo caso si può determinare la parte del prezzo che corrisponde a quanto è stato evitto. Ibn 'Āṣim enuncia così la regola: « Quando una persona compra delle cose fungibili ed un altro rivendica una parte importante della cosa comprata, il compratore ha la scelta sia di conservare quanto rimane della cosa venduta mediante un prezzo proporzionale o di restituire tutto. Se invece ciò che è rivendicato è una parte minima della cosa, il compratore non può recedere dal contratto, ma deve pagare quanto è dovuto per la parte che gli rimane » (v. 1262–1264).

Le parti non possono stipulare che il venditore non sarà tenuto a garanzia. Questo patto non ha effetto, perchè, dicono i Malichiti, sarebbe contrario alla buona fede che il venditore goda del prezzo, mentre il compratore si trova privato del corrispettivo.

§ **27.** 2. *Vizi della cosa*. — Il venditore risponde non solo della mancanza o dei difetti giuridici del titolo, ma anche della mancanza delle qualità volute e dei difetti della cosa venduta [100].

Questa garentía è di diritto, anche quando non sia espressamente pattuita, perchè risulta dalla natura stessa del contratto di compra-vendita e dalla buona fede che ne è la regola.

§ **28.** L'antica consuetudine di Medina stabiliva la garentía del venditore solo nella vendita di schiavi, per periodo breve — che era generalmente di tre giorni — e solo quando era formalmente

---

[99] Ḫalīl, X, n. 149 e not. 711.
[100] *Mud.*, X, 132 sg.; *P. C. T.*, a. 754–787.

pattuita, salvo il caso di dolo. Si legge nell'*al–Muwaṭṭa'* [101]: « L'accidente che sopravviene allo schiavo, maschio o femmina, nei tre giorni susseguenti alla vendita e prima che i tre giorni siano spirati è a carico del venditore ». Per certi casi speciali, cioè la pazzia, l'elefantiasi e la lebbra, era stabilita una garentía annuale " 'uhdat assanah ", che durava non più d'un anno, come dice il nome, e doveva essere stipulata nel contratto. « Se un uomo . . . vende uno schiavo, maschio o femmina, e non sia stipulata la garentía, egli non risponde di nessun vizio e non incorre responsabilità, salvo che, avendo notizia del vizio, lo abbia celato. Se ha conosciuto la esistenza del vizio e lo abbia taciuto, non potrà prevalersi di nessun patto di non garentía ed in questo caso la vendita è rescindibile. Da noi (a Medina) la responsabilità (del venditore) è ammessa solo nella vendita di schiavi » [102].

Agli schiavi vengono equiparati gli animali. L'Islām fece prevalere il concetto che la garentía dei vizi occulti fosse insita nella natura del contratto, senza bisogno di patto speciale; la vendita così concepita si disse infatti " bay' al–islām " (*vendita islamica*). Si legge nel " ḥadīṯ " [103]: « Si riferisce che al–'Addah ibn Ḫālid ha detto: Il Profeta mi rimise uno scritto così concepito: Questo è quanto Muḥammad, Apostolo di Dio, ha comprato da al–'Addah ibn Ḫālid. Questa è la vendita di un Musulmano ad un Musulmano. Non malattia (cioè malattia occulta), non vizio " ḫibṯah " (cioè, secondo i commentatori, vizio giuridico o inerente al possesso della cosa, che la rende illecita " ḥarām "), non " ġā'ilah " (cioè vizio morale). Quest'*ultima* parola, secondo Qatādah, indica il libertinaggio, il furto e la tendenza a fuggire. Taluno raccontò ad Ibrāhīm che un certo mercante di cavalli aveva una scuderia cui aveva dato nome Ḫurāsān e Siğistān, per poter dire: " Questo cavallo è venuto ieri da Ḫurāsān; quest'altro è venuto oggi da Siğistān ". Ibrāhīm riprovò vivamente questo modo di fare. 'Uqbah ibn 'Āmir ha detto: Non è lecito ad un uomo di vendere una cosa in cui sa esservi un vizio, senza dichiararlo ».

---

[101] *Muwaṭṭa'*, III, 97 (Peltier 8–9). Questa garentía si chiamava " 'uhdat aṯ–ṯalāṯah " « garentía dei tre » (giorni), o " uhdat aṯ–ṯalāt " « garentía delle tre » (notti), essendo consuetudine degli Arabi di contare per notti, cioè da una notte ad un'altra. Cf. § 31.

[102] *Muwaṭṭa'*, l. c.

[103] Buḫārī, *buyū'*, n. 19; Peltier, *Ventes*, p. 32.

In un'altra rubrica del libro delle vendite di al-Buḫārī [104] si legge: « Šurayḥ (famoso giudice contemporaneo di 'Umar) ha detto: Il compratore può, se vuole, risolvere la vendita per causa di libertinaggio (" zinā ", cioè quando lo schiavo o la schiava sono di costumi dissoluti) ».

La garentía pei vizi della cosa venduta si vien formando così fin dai primi tempi dell'Islām per quanto riguarda i mobili; in progresso di tempo si estende agl'immobili, e così si costituisce, nelle sue parti essenziali, la dottrina della giurisprudenza classica dello Islām. La quale presenta un curioso parallelismo collo sviluppo del diritto romano in questa materia; è noto che il diritto primitivo di Roma stabiliva la garentía del venditore pei vizi occulti degli animali e degli schiavi, e solo nel caso che fosse stipulata. La giurisprudenza diede poi a quella garentía maggiore ampiezza e l'ammise anche senza clausola espressa, in quanto era conseguenza del contratto stesso.

§ **29.** La garentía del venditore ha luogo:

a) quando la cosa venduta ha dei difetti (" ḫiyār al-'ayb " = opzione per difetto, in quanto dà luogo, in favore del compratore, alla facoltà di risolvere il contratto per ragione del difetto constatato) [105];

b) quando manca della qualità pattuita (" ḫiyār al-waṣf al-mašrūṭ " = opzione per la qualità pattuita, in quanto dà luogo, in favore del compratore, alla facoltà di risoluzione per ragione di quella mancanza) [106].

Se la vendita è fatta sopra campione, il venditore deve garantire l'esistenza della qualità del campione. Se la merce o il campione non esistessero più, fa fede l'affermazione del venditore che la merce da lui consegnata era conforme al campione.

Se la vendita è avvenuta in base alla descrizione fatta al compratore, questi può rifiutarla qualora non corrisponda alla descrizione (" ḫiyār ar-ru'yā " = opzione in base all'ispezione).

La garentía è dovuta dal venditore a due condizioni:

a) che il vizio o difetto della cosa venduta sia *antico* " qadīm ", cioè esistente al momento del contratto, se l'oggetto è una cosa indi-

---

[104] Buḫārī, *buyū'*, n. 66 (Peltier, p. 124). Cf. Buḫārī, *buyū'*, n. 36 (Peltier, p. 61).

[105] Ḫalīl, X, n. 108.

[106] Cf. *Maǵallah*, a. 310; ed *a fortiori*, quando è stata manipolata in modo da far credere alla esistenza di qualità che non ha: *Muwaṭṭa'*, III, 150; Ḫalīl, X, n. 112.

viduata, oppure al momento della consegna, se si tratta di cose vendute a peso, a misura o sotto condizione. La garentía non si applica ai vizi che sopravvengono dopo la perfezione della vendita [107]. In caso di dubbio, si presume che il vizio non esistesse anteriormente al contratto o alla consegna o, come dicono le fonti, non sia *antico*; spetterà al compratore provare e l'esistenza del vizio e la sua anteriorità al contratto, salvo consuetudine contraria, mentre il venditore, che non sia superiore ad ogni sospetto, deve giurare sia che ignorava l'esistenza del vizio, qualora si tratti di vizio occulto, sia che il vizio non esisteva al momento del contratto, se si tratta di cosa apparente ;

b) che il vizio o la mancanza della qualità pattuita siano tali da diminuire in modo sensibile il valore venale della cosa o la rendano meno atta all'uso cui era destinata secondo la sua natura o la intenzione del compratore [108].

Sicchè non sarebbe ragione di redibizione un vizio di poca entità [109], quale una cicatrice appena visibile in un animale, una macchia nella stoffa, le traccie di umidità provenienti dal magazzino o deposito dove si trovavano i cereali comprati; e così il vizio o male transitorio o che può sparire senza lasciare traccia, come la febbre nello schiavo, il fatto del matrimonio dello schiavo, se il coniuge di lui è morto [110], mentre sarebbe ragione di garentía del venditore il vizio, anche transitorio, ma capace di recidiva, quale l'alienazione mentale, l'ematuria, l'irregolarità delle mestruazioni.

In sostanza, dice az-Zurqānī, « non si considera vizio (redibitorio) tutto ciò che non diminuisce il valore della cosa. Invece è vizio ogni difetto che ordinariamente non si trova nella cosa e che ne diminuisce sia il valore, sia il godimento ».

§ **30.** Si considerano vizi redibitori [111] negli animali domestici i difetti che rendono l'animale disadatto all'uso cui era destinato:

---

[107] *Muwaṭṭa'*, III, 97, 103 (Peltier, p. 8, 22); Ḫalīl, X, n. 125 e not. 640, n. 129, 131; Ibn Farḥūn, I, 130, 15; *Minhāǧ*, I, 373, 380; cf. *Maǧallah*, a. 339.

[108] Buḫārī, *buyū'*, n. 19; *Muwaṭṭa'*, III, 97 sg.; *Mud.*, X, 158–162; Ḫalīl, X, n. 108; *'Amaliyyāt*, p. 142; Ibn Farḥūn, I, 130; *Minhāǧ*, I, 373.

[109] Ḫalīl, X, n. 113 (c), n. 150 e note 713–714; *Maǧallah*, a. 338; ed anche il semplice errore nel nome, purchè non implichi errore nella sostanza: Ḫalīl, X, n. 134 e not. 659.

[110] L'essere coniugato è, nello schiavo, un vizio redibitorio, perchè è una perpetua tentazione a fuggire dal padrone.

[111] Ḫalīl, X, n. 108; *Minhāǧ*, I, 373 sg.

per esempio, nella bestia da soma o nel cavallo, l'abitudine d'inciampare, l'esser restio od ombroso; nei bovini il cozzare, il calcitrare ecc.; nello schiavo, la cecità o la debolezza della vista, le malattie ereditarie, quali la lebbra, l'epilessia; nella schiava, certe deformazioni degli organi genitali e talune infermità proprie della donna (mestruazione irregolare, amenorrea, dismenorrea). Ma, mentre il diritto romano considera vizi redibitori i soli difetti fisici, salvo patto contrario, il diritto musulmano tien conto anche dei difetti morali e annovera tra i vizi redibitori l'alienazione mentale, l'ubriachezza abituale, la dissolutezza dei costumi, l'abitudine di fuggire. Anche l'esser coniugato è per lo schiavo o la schiava un difetto redibitorio, perchè lo induce più facilmente ad abbandonare il padrone per riunirsi al coniuge [112].

Negl'immobili [113] sono vizi redibitori le degradazioni di notevole importanza, per esempio: la fenditura del muro esterno e in genere i vizi di costruzione che diminuiscono notevolmente il valore dell'edificio. Tuttavia, sul limite che deve avere questo deprezzamento per essere ragione di redibizione, le opinioni non sono concordi tra gl'interpreti del diritto malichita. Secondo gli uni, il deprezzamento deve essere uguale al terzo del valore totale dell'immobile, secondo altri al quarto, secondo altri al decimo.

Altri dottori dividono i vizi redibitori degl' immobili in tre categorie; 1° vizi *deboli*, cioè che non hanno influenza sul valore e quindi non hanno effetto giuridico; 2° vizi *medii* (" 'ayb mutawassiṭ "), cioè inferiori al terzo del valore dell'immobile; questi danno diritto ad ottenere una diminuzione di prezzo; 3° vizi *gravi* (" 'ayb kabīr "), uguali o superiori al *terzo* (altri dice al *quarto*) del valore e che danno diritto alla redibizione.

Sarebbe vizio redibitorio in un immobile la mancanza di una dipendenza essenziale (per esempio: della latrina in una casa di abitazione) o la esistenza di un inconveniente che ne diminuisce notevolmente il godimento.

Finalmente [114], quando si tratta della mancanza della qualità pattuita (" al–waṣf al–mašrūṭ "), è causa di redibizione la inesistenza constatata di quella qualità, purchè rappresenti un interesse effettivo, una utilità valutabile dal compratore. Se taluno compra al-

---

[112] Buḫārī, *buyū'*, n. 19, 66; Ḫalīl, X, § 108.
[113] *Mud.*, X, p. 155; Ḫalīl, X, n. 110; Ibn 'Āṣim, v. 895 sg.
[114] Ḫalīl, X, n. 108 e not. 518–519; cf. Ibn Farḥūn, I, 128 in f., 129 pr.

l'asta una schiava venduta come cuoca o come abile tessitrice, potrà restituirla, qualora risulti che la schiava non possiede quella qualità. Ma, se il compratore abbia stipulato che la schiava doveva esser cristiana e si trovi ch'è musulmana, egli non potrà restituirla per questo motivo, non solo perchè la professione d'islamismo non può considerarsi vizio redibitorio, ma specialmente perchè il patto non rappresenta verun interesse apprezzabile; nè vale che il compratore dica: « Volevo una cristiana per maritarla ad un mio schiavo cristiano ». Prendiamo un altro esempio. Taluno compra uno schiavo per metterlo come guardiano nel suo orto o per servirsene come cuoco, stipulando che deve essere illetterato. Si trova invece che lo schiavo sa scrivere o che è colto. Ciò non sarà ragione di redibizione, perchè il patto, non rappresentando verun interesse apprezzabile, si avrà per non avvenuto.

§ **31.** Oltre a questa garentía generale dei vizi della cosa venduta, il diritto islamico ha conservato, quali sopravvivenze storiche dell'antica consuetudine medinese, due casi speciali di garentía.

a) « la *garentía dei tre* » cioè *giorni* o *notti* (" 'uhdat aṯ–ṯalāṯ "), la quale si applica alla vendita di schiavi; in forza di questa garentía [115], il venditore risponde di qualunque vizio ed anche di qualunque evento, anche della morte naturale dello schiavo, che si verifichi durante i tre giorni dalla vendita, pure se non derivi da un vizio anteriore al contratto, salvo i casi eccettuati espressamente dal venditore;

b) la *garentía annuale* (" 'uhdat as–sanah "), per cui il venditore garantisce i casi di elefantiasi (" ǵuḏām "), vatiligine (" baraṣ"), demenza (" ǵunūn "), provenienti da cause ereditarie o congenite [116].

Mentre la garentía generale è di diritto e non ammette patto contrario, le due garentíe qui indicate debbono essere stipulate o essere stabilite per legge o per consuetudine del luogo del contratto, e vi si può anche rinunziare [117].

§ **32.** Il venditore [118] è tenuto a dichiarare con precisione tutti i vizi e difetti a lui noti ed anche, qualora siano esterni, a farli vedere al compratore. Egli ne risponde, *a fortiori*, quando li abbia scientemente taciuti o dissimulati.

---

[115] *Muwaṭṭa'*, III, 97; Ḫalīl, X, 135 e not. 665. Inoltre qui sopra, nota 101.
[116] Ḫalīl, h. t., n. 137.
[117] Ḫalīl, X, n. 140 e 140 bis.
[118] *Mud.*, X, p. 132; Ḫalīl, X, § 113.

Il compratore deve [119] dal canto suo, quando si tratta di cose mobili, esaminare lo stato della cosa venduta e notificare immediatamente al venditore ogni vizio che vi abbia riscontrato. Il suo silenzio vale accettazione della cosa e rinuncia all'azione redibitoria, salvo che il compratore sia stato impedito da cause legittime dal procedere subito all'esame della cosa da lui comprata oppure si tratti di vizi che non si possono riconoscere mediante un esame superficiale. Nel qual caso il compratore deve notificarli senza indugio, appena ne abbia notizia.

Il compratore deve subito accertare lo stato della cosa per mezzo di periti (che possono essere anche infedeli, ove non si trovino i musulmani) e, in mancanza di accertamento, a lui spetterà provare che i vizi esistevano al momento in cui ha ricevuto la cosa. Qualora vi sia pericolo di deperimento, il compratore può ed anzi deve, quando ciò sia nell'interesse del venditore, far procedere alla vendita per mezzo dell'autorità giudiziaria del luogo.

§ **33.** Quali son gli effetti dell'azione redibitoria ? Dal momento in cui è stato accertato il vizio, ed anche prima della risoluzione del contratto, il rischio della cosa è a carico del venditore [120].

L'azione redibitoria tende ad ottenere sia la rescissione del contratto e la restituzione del prezzo sia una diminuzione di prezzo [121] proporzionata all'entità del vizio.

Quando i vizi sono di minore entità, il compratore può chiedere solo una diminuzione di prezzo, ma in questo caso il venditore ha la facoltà di farsi restituire la cosa quale si trova, restituendo il prezzo.

Se la vendita ha per oggetto un numero di cose comprate per un prezzo unico a tanto per unità [122], il compratore può chiedere la risoluzione del contratto per la parte riconosciuta difettosa e farsi restituire una parte proporzionale del prezzo pagato. Siano, per esempio, dieci pezze di stoffa, comprate per cento, a ragione di dieci per ognuna: il compratore, che trovi cinque pezze affette da vizio redibitorio, potrà restituirle e farsi rimborsare cinquanta sul prezzo.

---

[119] Ḫalīl, X, n. 115, n. 130: *Minhāǧ*, I, 376.

[120] Ḫalīl, X, n. 133.

[121] Dardīr–Dasūqī, IV, p. 365; Ibn Farḥūn, I, 128 in f., 129 pr.; *Minhāǧ*, I, 375, 380.

[122] *Muwaṭṭa'*, III, 99; Ḫalīl, X, n. 127, 149, 151; *Minhāǧ*, I, 379–380.

La restituzione non può farsi *pro parte*:

1° quando ha per oggetto la parte maggiore della cosa o quella di maggior valore; s'intende per parte maggiore quella che supera la metà;

2° quando si tratta di un oggetto che fa il paio con un altro ed è stato comprato assieme a questo (così non si può restituire un solo orecchino, un solo sandalo, quando il paio è stato comprato insieme, perchè ciò ridonderebbe a scapito del venditore e sarebbe inoltre uno sperpero di beni);

3° quando si dovrebbe separare la madre dal figlio [123].

In tutti i casi precedenti, il compratore dovrà ritenere la totalità delle cose comprate oppure restituirla in totalità.

Se siano più i compratori collo stesso contratto [124], ciascuno può esercitare l'azione redibitoria per la sua quota, perchè, dice Mālik, « tanti sono i vincoli giuridici quanti sono i contraenti », salvo che i compratori siano soci di commercio. Reciprocamente, se sono più i venditori, l'azione redibitoria potrà esercitarsi contro ciascuno per la sua quota, salvo che siano soci dei compratori, poichè nelle società di commercio la solidarietà è di regola.

La risoluzione per vizio redibitorio della cosa principale comprende anche gli accessori.

In tutti i casi in cui vien chiesta la rescissione per vizio redibitorio, il giudice potrà concedere solo una diminuzione di prezzo, qualora ritenga che la rescissione non sia giustificata dalle circostanze.

La diminuzione di prezzo si fa stimando il valore della cosa, supponendola sana al momento del contratto, ed il valore della cosa nello stato in cui attualmente si trova [125].

§ **34.** *Quando cessa l'azione redibitoria.*

1. – Il venditore [126] non risponde dei vizi da lui dichiarati e di quelli che sono talmente apparenti che il compratore avrebbe potuto accorgersene senz'altro, per esempio la cecità dello schiavo derivante dall'ablazione degli occhi, la paralisia. Invece l'azione redibitoria non cessa, se si tratta di amaurosi o di quelle forme di cecità in cui gli occhi appaiono a prima vista sani, ed in ogni altro caso in cui il vizio, benchè apparente, non risulta se non da un'ispezione accurata.

---

[123] Cf. *Digest.*, 18, 1, 57 pr.; 21, 1, 34 § 1.
[124] *Mud.*, X, 158; Ḫalīl, X, n. 128 e not. 347; *Minhāǧ*, I, 380.
[125] Ḫalīl, X, n. 119 e not. 611–612.
[126] Ḫalīl, X, n. 113 *b* e not. 580, n. 124, n. 150; *Minhāǧ*, I, 374–375.

Chi ha comprato una partita di grano in magazzino, di cui la parte superficiale ed apparente è rôsa dalla tignola, non può chiedere la risoluzione del contratto, perchè un vizio siffatto, quando esiste in una parte della merce, esiste necessariamente in tutto il resto; se dunque ha comprato, malgrado l'esistenza di quel vizio apparente, l'acquirente non potrà esercitare l'azione redibitoria. Se invece il vizio era di tal natura che poteva esistere in una parte della merce venduta senza che dovesse ritrovarsi in tutto il resto, la risoluzione del contratto potrà essere chiesta dal compratore. Così nel caso proposto, se il grano comprato era affetto nella parte superficiale dal " sawād " (black rot), ciò non implica che tutto il resto fosse invaso dallo stesso male. Nulla osterebbe nella specie all'esercizio dell'azione redibitoria, salvo che il compratore preferisca ritenere la parte non avariata della merce, pagando il prezzo stabilito per la quantità intera, ma non potrà pagare solo la parte sana e rifiutare la parte avariata; il venditore può prendere a suo carico il quarto al massimo della parte avariata, riducendo il prezzo in proporzione, e costringere il compratore a ritirare il resto.

§ **35.** *Quid juris* se il venditore abbia dichiarato il vizio solo in parte ? La questione è vivamente controversa nella scuola malichita [127]. Le dottrine proposte sono tre.

Il *primo sistema* distingue due casi :

a) il venditore ha dichiarato il vizio per la parte maggiore, ad esempio: « lo schiavo è fuggito ed è rimasto assente per quindici giorni », mentre in realtà l'assenza è durata venti giorni; il compratore avrà diritto ad una diminuzione di prezzo proporzionale al tempo non dichiarato. Nella specie, il caso si presenta così: Quanto vale uno schiavo che non ha il vizio di fuggire ? Quanto vale uno schiavo che è fuggito per cinque giorni ? La differenza tra queste due cifre sarà quella dovuta dal venditore;

b) il venditore ha dichiarato il vizio, ma per la parte minore; cioè, nell'ipotesi precedente, cinque giorni invece di venti. Il compratore ripete tutto il prezzo, perchè dichiarare una parte minima equivale a non dichiarare.

Il *secondo sistema* non si distingue se la dichiarazione del vizio è stata fatta per la parte maggiore o minore; il compratore ripete la differenza di prezzo in proporzione di quanto gli è stato dichiarato.

---

[127] Ḫalīl, h. t., n. 126 e not. 642.

Il *terzo sistema* se la cosa venduta perisce in quella parte o per quel vizio che è stato dichiarato, il compratore ripete la indennità corrispondente al solo vizio dichiarato; se invece perisce nella parte o per vizio non dichiarato, il compratore ripete tutto il prezzo pagato.

2. – Cessa l'azione redibitoria e il venditore non risponde dei difetti della cosa o della mancanza della qualità pattuita, quando ha dichiarato che vendeva *senza garentía* (cioè dei vizi a lui ignoti) [128]. Egli deve però descrivere i vizi di cui ha conoscenza. Questa forma di vendita si chiama " bay' al-barā'ah " « *vendita con* (clausola di) *immunità* » cioè senza responsabilità. In Egitto, a quanto dice az-Zurqānī (V, 137), si trova espressa colla formula « ossa in un paniere », che somiglia singolarmente al nostro « vendere per un sacco d'ossa », espressione ancor viva in Toscana a significare « senza garentía ».

Questa clausola non è considerata con favore dai giuristi malichiti, ed anzi Ašhab la dice indegna d'un Musulmano. L'antica consuetudine di Medina l'ammetteva solo nelle vendite di schiavi; si dice che Mālik abbia esitato lungo tempo circa l'ammissibilità di questa clausola, tanto che mutò parere per ben tre volte [129]. La sua scuola presenta le stesse incertezze; Ibn Wahhāb e Ibn Ḥabīb ammettono la clausola in tutte le vendite, qualunque ne sia l'oggetto; 'Abd al-Wahhāb la proscrive, invece, in tutto; la dottrina prevalente, finalmente, l'ammette e nella vendita di schiavi ed anche in altre vendite, purchè la cosa venduta sia stata mostrata al compratore e da lui esaminata.

Ma nè la clausola di non garentía, nè qualunque altra, mediante la quale il venditore abbia inteso esimersi dalla sua responsabilità, avrebbero valore, qualora risulti che il venditore conosceva i vizi della cosa venduta e non li ha dichiarati o, pur dichiarandoli, l'ha fatto in modo da farli credere meno gravi di quello che sono in realtà ed *a fortiori*, se li ha dissimulati per indurre in errore il suo compratore [130]. Così, ad esempio, se il venditore ha dichiarato che lo schiavo venduto aveva il vizio di fuggire o di rubare o che aveva una piaga. « Questa dichiarazione [131] gioverà al venditore solo se il vizio è leggero, per esempio, se lo schiavo ha rubato un pane o si è assentato

---

[128] *Muwaṭṭa'*, III, 97–98; *Mud.*, X, 181–183; Ḫalīl, h. t., n. 113; Ibn 'Āṣim, v. 749, 753; *Minhāǧ*, I, 374; cf. *Digest.*, 21, 1, 13 § 9.

[129] *'Amaliyyāt*, p. 139–140.

[130] *Muwaṭṭa'*, (Peltier, p. 9, 12).

[131] *'Amaliyyāt*, p. 141.

un giorno o se la piaga è superficiale. Ma, se si trova che lo schiavo è di quelli che penetrano con effrazione nelle case altrui o che ha l'abitudine di allontanarsi da casa per lungo tempo o che la piaga è molto profonda, il compratore avrà diritto di restituire la cosa comprata. . . » [132]. Ond'è che in questi casi eccezionali il venditore che stipula la non garentía deve fare una dichiarazione precisa del vizio, senza di che non gli gioverà opporre che ha venduto senza garentía.

§ **36.** *Estinzione dell'azione redibitoria.*

L'azione redibitoria si estingue:

1° Se il compratore vi rinuncia dopo aver conosciuto il vizio della cosa. Questa rinuncia non può essere fatta preventivamente, cioè in previsione del vizio [133], perchè è regola generale di diritto islamico che si può rinunciare solo ad un diritto acquisito.

2° Se, dopo conosciuto il vizio, il compratore fa un atto di disposizione (alienazione ecc.) che dimostri in lui l'animo di considerare la cosa come propria, il che implica rinuncia tacita all'azione redibitoria [134].

3° Se, dopo conosciuto il vizio [135], il compratore continua ad adoperare la cosa per suo uso personale, se quell'uso è suscettibile di diminuire il valore della cosa, per esempio, se continua a portare la veste comprata, a cavalcare l'animale, a servirsi dello schiavo, poichè da ciò s'induce l'animo di considerare la cosa come propria e quindi rinunzia all'azione redibitoria; così pure se parte per un lungo viaggio con il cavallo comprato od espone in vendita al mercato la stoffa da lui acquistata, poichè con ciò dimostra di considerare la cosa come propria.

4° Invece, il compratore non decade dall'azione redibitoria:

a) se continua a far uso della cosa dopo conosciuto il vizio, quando quell'uso non è tale da produrre il deperimento della cosa, per esempio, se continua a leggere il libro comprato, ad abitare la casa, a mungere la pecora, a cogliere i frutti maturi, poichè in tutto ciò non v'ha nulla che possa far presumere accettazione;

---

[132] Intendi « malgrado la clausola di non garentía stipulata dal venditore ».

[133] « Dichiaro che rinunzio fin d'ora a prevalermi di qualunque difetto trovassi nella cosa »; questa rinunzia è senza effetto.

[134] Ḫalīl, h. t., n. 114.

[135] Ḫalīl, h. t., n. 114 e not. 586–589; Tasūlī, II, 96; *Minhāǧ*, I, 377–379.

b) se continua a far uso della cosa perchè costretto dalla necessità; se, ad esempio, il compratore scopre, mentre si trova in viaggio, il vizio del cavallo comprato ed è costretto a continuare a servirsene sia per ricondurlo al padrone, sia per proseguire il viaggio.

5° Cessa l' azione redibitoria quando il compratore, sia prima sia dopo aver conosciuto il vizio, ha alienato la cosa per un prezzo uguale o superiore a quello da lui pagato, perchè nella specie egli non ha risentito alcun danno, e, cessando l'interesse, cessa l'azione[136].

6° Non ha luogo l' azione redibitoria[137] nelle vendite giudiziarie di schiavi, fatte dal "qāḍī" nell'interesse di un debitore, di un assente o di un minorenne, ovvero da un erede per mezzo del giudice, o dall'esecutore testamentario, nell'interesse della successione. Quando si tratta della vendita di altri valori, si applicano le regole ordinarie.

Sarà dunque da esaminare caso per caso se concorrano questi estremi e se l'atto del compratore vale rinuncia all'azione redibitoria.

Il diritto malichita più recente conosce pure una prescrizione dell'azione redibitoria[138]. Questa decade col decorso di un anno per gli immobili, di sei mesi per gli schiavi, di un mese per gli animali, e si fonda sopra una presunzione di rinuncia, poichè, dice al-Abbār, decorso che sia un certo tempo, è probabile che, se fosse esistito un vizio, il compratore se ne sarebbe accorto. Se ha taciuto, ciò prova che il vizio non esisteva o che il compratore ha rinunciato a prevalersene. La decadenza non può, tuttavia, essere opposta dal venditore di mala fede, quando risulti che il vizio gli era noto e che lo ha occultato.

§ **37.** Avvenuta la risoluzione della vendita[139], il compratore che ottiene la restituzione del prezzo deve, dal canto suo, restituire la cosa comprata, assieme a quanto ne fa parte integrante (per esempio, i frutti in via di maturazione, i parti, la lana, che sono parte integrante della sostanza principale). Il compratore fa suoi, invece, i prodotti e frutti naturali e civili della cosa maturati fino al giorno della risoluzione del contratto e sopporta fino a quel giorno le spese di percezione dei frutti, nonchè il rischio della cosa, in virtù della

---

[136] *Mud.*, X, 156, 157, 169; Ḫalīl, h. t., n. 118.

[137] *Muwaṭṭa'*, III, 97; Ḫalīl, h. t., n. 113.

[138] Tasūlī, II, 40 pr. (consuetudine del Maġrib).

[139] *Mud.*, X, 165–166; *Muwaṭṭa'*, III, 98 (Peltier, 14); Abū Dā'ūd, III, 201; Ḫalīl, X, n. 132, cf. n. 101 e note 479–480; *Minhāǧ*, I, 380.

regola generale " al-ḫarāǧ bi-'ḍ-ḍamān " *cuius est periculum, eius et fructus*. « Un uomo, dice Abū Dā'ūd, comprò uno schiavo . . . Dopo qualche tempo scoprì un difetto (cioè un vizio redibitorio nello schiavo) e reclamò al Profeta. Il Profeta lo autorizzò a restituire lo schiavo al venditore. Questi disse allora: " Ma egli (il compratore) ha locato lo schiavo ". " Il prezzo di locazione spetta a colui che sopporta il rischio " disse il Profeta ».

§ **38.** Qualora il compratore abbia fatto delle migliorie [140] che hanno accresciuto il valore della cosa, egli può: *a*) trattenere la cosa fino al rimborso di quanto gli è dovuto per quel titolo, ed inoltre ripetere la indennità dovuta per il vizio redibitorio; *b*) o restituire la cosa, rimanendo socio del proprietario per l'importo del maggior valore acquistato dalla cosa. Per esempio, se il compratore ha tinto la stoffa oggetto della redibizione e questa, che valeva 20 prima della tintura, abbia acquistato dopo il valore di 25, il maggior valore, cioè 5, apparterrà in comune al compratore e al venditore.

Se il compratore ha locato, comodato o altrimenti vincolato la cosa e non ne possa più liberamente disporre, l'azione redibitoria è sospesa, finchè la cosa non torni ad essere disponibile nelle mani del compratore e vi torni integra, cioè senza aver subíto alterazioni nel frattempo [141].

§ **39.** Fin qui il caso si presenta con una relativa semplicità. Ma se, dopo scoperto il vizio redibitorio, sopravvenga alla cosa, tra le mani del compratore, un altro vizio a lui imputabile, su quale base dovrà farsi la diminuzione di prezzo ? I Malichiti distinguono, secondo l' importanza del vizio sopravvenuto:

a) Il vizio è minimo [142]; questo si considera inesistente: il compratore può ritenere la cosa o restituirla, in base al vizio anteriore, ma senz'altra indennità.

b) Il vizio è grave [143]: « Quando il difetto sopravvenuto alla cosa consegnata al compratore e già affetta da un vizio è di media importanza, e per esempio, quando l'animale è dimagrato o indebolito, od è ingrassato in modo anormale, quando lo schiavo o l'animale diventa cieco o paralitico . . ., il compratore ha il diritto di redibizione.

---

[140] *Muwaṭṭa'*, III, 214; Ḫalīl, X, n. 119 e not. 613.

[141] *Mud.*, X, 139; Ḫalīl, X, n. 117.

[142] Per esempio, una cefaléa, la perdita di un' unghia ecc. *Muwaṭṭa'*, III, 98; Ḫalīl, X, n. 121, 122.

[143] Ḫalīl, X, n. 119, 121; Zurqānī, V, 146; *Minhāǧ*, I, 378.

Egli può, cioè, restituire la cosa, dando un risarcimento per l'ultimo difetto sopravvenuto, oppure conservare la cosa presso di sè, esigendo una indennità per il vizio preesistente ». La stima vien fatta paragonando il valore della cosa allo stato normale, quello che aveva con il vizio antico e quello del giorno in cui è sopravvenuto il nuovo vizio.

Ecco come Mālik, nell'*al-Muwaṭṭa'*, esprime la regola su questo concorso di vizi redibitori: « Si ammette generalmente [144] da noi (a Medina) la regola seguente: una persona compra uno schiavo, nel quale si scopre un vizio tale da dar luogo alla risoluzione della vendita, e ciò dopo che un altro vizio, posteriore alla vendita, è stato scoperto in lui. Se quest'ultimo vizio è redibitorio, quale l'amputazione di un arto, la perdita di un occhio e simili, il compratore può scegliere tra queste due alternative: o far ridurre il prezzo dello schiavo nella misura del minor valore risultante dal vizio che esisteva il giorno della vendita; o pagare egli stesso al venditore una somma uguale al minor valore che risulta dal nuovo vizio sopravvenuto e restituire lo schiavo al venditore. Questa scelta spetta al compratore ».

§ **40.** Il compratore non ha facoltà di restituire la cosa [145] e può solo chiedere una diminuzione di prezzo per causa del vizio accertato, qualora egli non sia in grado di restituire la cosa quale l'ha ricevuta, sia che questa abbia subíto una trasformazione per cause naturali (per esempio la cresciuta età dell'animale o schiavo), sia per una causa imputabile al compratore stesso (per esempio se l'ha distrutta con o senza colpa, ma per fatto suo, se l'ha trasformata in modo che non si possa più adoperare all'uso cui era destinata), prima di aver notizia del vizio o difetto redibitorio; si dice, in questi casi, che la vendita è *passata* (" fāta " = passare oltre, non poter essere raggiunto), cioè divenuta irrevocabile, nel senso che la cosa non può essere restituita per vizio redibitorio. È per esempio un caso d'irrevocabilità (" fawāt ") l'affrancamento dato alla schiava comprata, l'acquisto per la schiava della qualità di " umm walad " per aver dato un figlio al padrone, la donazione ch'egli ne abbia fatto.

Tuttavia, quando la cosa venduta è perita per ragione del vizio, ch'era stato occultato dolosamente dal venditore, o per forza maggiore dipendente da quel vizio, il compratore conserva il diritto di ripetere il prezzo, benchè non sia in grado di restituire la cosa [146].

---

[144] Peltier, *Mouwaṭṭa'*, pp. 10–11.
[145] *Mud.*, X, 132, 139; *Muwaṭṭa'*, III, 97, 98, 214; Ḫalīl, X, n. 116, 117, 123.
[146] Ḫalīl, X, n. 123.

« Se per esempio, lo schiavo, che il venditore sapeva aver il vizio di fuggire o di battersi, ma non è stato dichiarato come tale, fugge e si precipita nel fiume, o si batte e rimane ucciso, od entra (fuggendo) in una caverna e vien morso da un serpente e ne muore. . . , il compratore avrà il diritto di farsi rimborsare tutto il prezzo pagato ».

La stessa regola vale per il caso di deteriorazione della cosa. Il compratore il quale, pur potendo restituire la cosa, l'ha deteriorata per fatto a lui imputabile o l'ha adoperata ad un uso che la deprezza notevolmente, non può chiedere la risoluzione del contratto per vizio redibitorio, ma solo una diminuzione di prezzo. Si supponga, ad esempio, che abbia messo all'aratro un cavallo di pregio o adoperato alle più umili faccende domestiche una schiava di grande valore come cantatrice.

Sezione II. — Obblighi dei contraenti.

§ **41.** Il compratore ha due obblighi principali: 1° pagare il prezzo pattuito ; 2° ricevere la consegna della cosa, quando ciò avvenga nel tempo e nei limiti previsti dal contratto o dalla consuetudine.

1° Il prezzo [147] dev' essere pagato nel termine stabilito ; non essendo stabilito il termine, il prezzo si presume pagabile in contanti. È anzi di regola che il compratore debba per primo pagare od offrire di pagare [148] e che il venditore non sia tenuto a consegnare la cosa se non dopo il pagamento.

Se il compratore non paga, il venditore può, a sua scelta, chiedere la risoluzione del contratto o costringere il compratore a pagare; se abbia già consegnato la cosa, il venditore potrà rivendicarla tra le mani del compratore; egli ha privilegio in confronto dei creditori di questo. « Un uomo, dice Mālik nell'*al-Muwaṭṭa*' [149], vende una cosa ad un (altro) individuo e questi è dichiarato insolvente. Il venditore riprenderà da quest'ultimo quanto rimane integro della cosa, anche se il compratore l'abbia rivenduta in parte o l'abbia divisa (con altri). Il proprietario della cosa venduta (" sil'ah " = *merx*) ha su questa un diritto superiore a quello dei creditori, ed il fatto che la cosa

---

147 Ḫalīl, X, n. 20–21, n. 146 e not. 703, n. 197; *P. C. T.*, a. 788–798; *Minhāǧ*, I, 388–391; cf. *Digest.*, 19, 1, 13 § 20.

148 Salvo che sia in pericolo di perdere il danaro pagato, per le condizioni del compratore, *Minhāǧ*, I, 391.

149 Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 114; *Minhāǧ*, I, 390 (Sciafiita).

sia stata divisa non gl'impedisce di riprenderla, se la ritrova ancora qual'era. Se ha ricevuto una parte del prezzo, (il venditore) potrà restituirlo e riprendere quanto sussiste della cosa sua. In questo caso, rispetto alla parte della cosa che non si ritrova più, egli (il venditore) concorre al pari degli altri creditori. Queste sono le regole applicabili al venditore ».

Potrà questa rivendicazione esercitarsi in confronto degli eredi del compratore, se questi muore senza aver pagato il prezzo dovuto ? La questione è vivamente discussa tra le scuole. Mālik decide in senso negativo. « Se colui che ha comprato una cosa muore, il venditore è equiparato agli altri creditori »[150]; in altri termini, egli non può rivendicare la cosa venduta e cade in concorso cogli altri creditori del defunto. Quest'ultimo inciso non si trova nelle tradizioni di al-Buḫārī e di Muslim e invece si legge in Abū Dā'ūd: « Andammo a consultare Abū Hurayrah, riguardo ad un nostro amico divenuto insolvente, ed egli disse: L'Apostolo di Dio ha così giudicato: quando un uomo muore o diviene insolvente, il proprietario della cosa (venduta) ha maggior diritto di altri sulla cosa, se egli la ritrova in natura (cioè identicamente qual'era) ». Sulla fede di questa tradizione, gli Sciafiiti concedono al venditore non pagato la rivendicazione della cosa venduta, anche in confronto dei creditori ereditari.

2° Il compratore è tenuto a ricevere la consegna della cosa nel termine e nel luogo determinati dal contratto o dalla consuetudine[151]. Il ritiro della cosa e il trasporto al suo domicilio sono a suo carico.

CAPITOLO IV.

Di alcune varietà di compra-vendita.

SEZIONE I. — Cessione per lo stesso prezzo (" tawliyah ")[152].

§ **42.** « La " tawliyah " è l'atto con cui il compratore trasferisce ad un altro, che non sia il venditore stesso[153] e per lo stesso prezzo, la cosa da lui comprata » (Ibn 'Arafah). Questa operazione è lecita

---

[150] *Muwaṭṭa'*, l. c.

[151] Ḫalīl, X, n. 200.

[152] *Mud.*, IX, 83; *Muwaṭṭa'*, III, 142 (Peltier, p. 110), cf. ib., p. 57; Ibn 'Āṣim, v. 1004-1005, 1010; Mayyārah, II, 75; Ḫalīl, X, n. 53; *Minhāǧ*, I, 392 sg. (Sciaf.).

[153] Nel qual caso si avrebbe una risoluzione pura e semplice (" iqālah ") o retrocessione della compra-vendita.

senz'altro secondo i Malichiti, riducendosi alla sostituzione che il compratore fa di un'altra persona a se stesso.

Si richiede quindi che il secondo contratto sia identico al primo; quanto alla cosa, che è oggetto del contratto, quanto al prezzo, quanto agli altri elementi, qualunque divario costituirebbe un nuovo contratto, non già una " tawliyah " o cessione. La " tawliyah " è valida tanto se anteriore, quanto se posteriore alla data in cui l'acquirente ha preso possesso della cosa acquistata.

La " tawliyah " può avvenire anche senza determinazione di prezzo, o più esattamente con riferimento al prezzo già pagato dall'acquirente senza che di questo si faccia tra le parti l'indicazione precisa; per esempio: « ti cedo lo schiavo che ho comprato per il prezzo per cui l'ho acquistato ». S'intende che in questo caso il cessionario ha facoltà di rinunziare al contratto, qualora, venuto a conoscenza del prezzo, non lo trovi di sua convenienza.

La " tawliyah " può avere ad oggetto una parte o quota della cosa mediante una parte corrispondente del prezzo, purchè nulla sia mutato nelle altre modalità del contratto; ad esempio se Tizio cede un quarto dell'oggetto acquistato per un quarto del prezzo da lui sborsato.

La " tawliyah " può anche prendere la forma di una società in partecipazione:[154] quando taluno assume un'altra persona quale socio in un acquisto da lui concluso, questa operazione non è altro che una cessione " tawliyah " *pro parte* del contratto posto in essere dal compratore; consentendo ad ammettere un socio nell'acquisto da lui fatto, l'acquirente gli rivende effettivamente una parte della cosa da lui comprata. Questa associazione è quindi sottoposta alle regole della " tawliyah ": la partecipazione deve farsi per contanti, ad un prezzo identico a quello del primo contratto ed alle stesse condizioni di questo: qualunque divario dal contratto darebbe all'operazione il carattere di una nuova vendita, diversa dalla " tawliyah ".

Un'altra varietà di " tawliyah " è vivamente controversa tra i Malichiti: Tizio ammette come socio per metà un'altra persona in un acquisto da lui fatto, a condizione che il partecipante rimborsi la metà del prezzo pagato e s'incarichi di curare la vendita della cosa comune. Il socio, oltre al pagamento della sua quota, promette pertanto i suoi servigi. Gli Sciafiiti non l'ammettono, perchè, secondo

---

[154] *Muwaṭṭa'*, III, 142 (Peltier, 110–112); *Minhāǧ*, I, 392.

loro, la operazione congiunge in uno due contratti diversi: una vendita più una locazione di opera: Mālik e la sua scuola non hanno invece molte difficoltà ad ammetterla: « Se un uomo[155] acquista una merce e ne è divenuto definitivamente possessore, ed un altro viene a dirgli: " Associami per metà in quella merce ed io m'incaricherò della vendita di tutta la partita ", questa operazione è lecita . . . E la ragione è che questa operazione si risolve in una nuova vendita, in cui il primo vende al secondo la metà della merce, a patto che il secondo venderà per conto del primo l'altra metà ». La prestazione di servigi è, in sostanza, della essenza dell'associazione e non aggiunge nulla al contratto primitivo, secondo Mālik; ma supponiamo, come dice l'*al-Muwaṭṭa'*, che « una persona dica ad un'altra: Compra questa merce in comune tra noi e pagala in mia vece ed io la rivenderò per te. Questo non è lecito..., perchè si risolve in un prestito concesso a condizione che il mutuatario rivenderà la merce per conto del mutuante . . . ». Sarebbe in altri termini, un prestito fruttifero, perchè il mutuatario deve rimborsare al socio la metà del prezzo, che questi ha anticipato per lui, ed intanto gli paga i frutti sotto forma di prestazione di servizi.

SEZIONE II. — Cessione con beneficio o premio fisso (" murābaḥah ").

§ **43.** Nella specie precedente, la cessione è pura e semplice, cioè senza beneficio; a questa si riconnette, naturalmente, la cessione mediante un beneficio (" ribḥ ") o premio fisso (" bay' bi-ribḥ, murābaḥah "). Una persona, avendo comprato una merce, la rivende per lo stesso prezzo, ma col patto di " ribḥ ", cioè di un tanto per cento di beneficio sul prezzo[156]. Questo beneficio può essere determinato sia dai contraenti, sia, ed è il caso più frequente, dalla consuetudine locale. Come si deve calcolare il beneficio o premio ? sul prezzo originario pagato dal compratore o sul prezzo aumentato delle spese fatte per l'acquisto ?

Secondo la dottrina malichita si devono distinguere, nel calcolare il " ribḥ ", due elementi: 1°) il prezzo pagato dal compratore, e questo dev'essere aumentato del premio o beneficio pattuito; 2°) le

---

[155] *Muwaṭṭa'*, III, 142 (Peltier, p. 113).

[156] Buḫārī, *buyū'*, n. 95 (Peltier, p. 175); *Mud.*, X, 58 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 135 sg. (Peltier, 95 sg.); Ḫalīl, X, n. 166 sg.; Dardīr-Ṣāwī, II, 69; Ḫiršī, V, 171 sg.; Zurqānī, V, 172; *Minhāǧ*, I, 393; Zeys, I, p. 175.

spese; queste sono da distinguere in due specie: *a*) spese che non s'incorporano alla cosa (trasporto, affitto di locali, imballaggio ecc.) le quali non debbono esser aggiunte al prezzo per calcolare il benefizio dovuto al venditore; *b*) spese che s'incorporano alla cosa (per esempio tintura), le quali si computano in aumento del prezzo e quindi del tanto per cento stipulato dal rivenditore.

Era questa la consuetudine medinese, esposta nell'*al-Muwaṭṭa*': « Se taluno compra dei tessuti in un luogo, poi li trasporta in altra città e li vende a " murābaḥah ", non si computerà nel prezzo (su cui è da calcolare il profitto) nè la senseria, nè la spesa d'imballaggio, nè le spese di trasporto fatte dal venditore, nè l'affitto del locale . . . Quanto alle spese di lavatura, di cucitura, di tintura e simili, le quali fanno corpo col tessuto, il " ribḥ " vi si applica (cioè vien calcolato anche su quelli), come si applica (al prezzo dei) tessuti stessi », cioè nella stessa misura [157].

La dottrina fa obbligo al venditore di dichiarare colla massima precisione le spese da lui fatte, distinguendo le spese su cui è da computare il beneficio stipulato e quelle che non sono da computare; si può vedere su questo punto il manuale di Ḫalīl (X, n. 169 sg.).

Sezione III. — Vendita con patto di riscatto (" bay' aṯ-ṯunyā ").

§ **44.** La vendita con patto di riscatto non va confusa col patto di prelazione – *pactum protimiseos* (*Cod.*, IV, 66, 3) –, che è quello con cui il venditore stipula che egli avrà il diritto, qualora il compratore la rivendesse ad un terzo, di riprendere la cosa allo stesso prezzo offerto dal terzo; questo patto di prelazione è assai controverso nella dottrina malichita [158].

---

[157] Ecco un esempio pratico: Tizio ha comprato una stoffa per 100; ha fatto inoltre 20 di spese; vende la stoffa stipulando un " ribḥ " del 10 %; questo 10 % dovrà essere calcolato anzitutto sul prezzo; il compratore avrà diritto perciò a 110; quanto alle spese (20), supponendo che 10 rappresentino la senseria, il trasporto e simili, che non s'incorporano colla cosa, il compratore non dovrà per queste 10 l'aumento stipulato del 10 %; le altre 10 sono per ipotesi spese di tintura, lavatura ecc. ; su queste è dovuto il beneficio pattuito del 10 %, cioè 1, da aggiungersi alle 110, dovuto dal compratore, il quale deve quindi in tutto 111.

[158] Ibn Rušd considera il patto di prelazione come nullo, l'*al-Muwaṭṭa*' come " makrūh " (riprensibile), l'opinione prevalente ne ammette la validità, cf. *Muwaṭṭa*', III, 99; Ḫalīl, X, n. 64 e not. 303; Zurqānī-Bannānī, V, 4; Dardīr, III, 57; Ibn 'Āṣim, v. 1007; Mayyārah, II, 74.

La vendita con patto di riscatto (" bay' aṯ-ṯunyā ") è il contratto con cui il venditore si riserva la facoltà di riacquistare la cosa venduta, rimborsando al compratore il prezzo ricevuto (*pactum de retroemendo*, o *de retrovendendo*) [159]. al-Mattīṭī definisce: « La vendita con patto di riscatto è il contratto così concepito: Ti vendo tal cosa mediante tal prezzo, a condizione che il giorno in cui ti riporterò una somma uguale, la cosa mi sarà restituita ».

§ **45.** In origine la vendita con patto di riscatto è stata una forma di contratto pignoratizio, come già la *fiducia* in diritto romano [160]. E come tale è rimasta nel sistema dei Ḥanafiti, che la chiamano " bay' al-wafā' " ed anche " bay' al-amānah " (*venditio fiduciae*). « Non v'ha differenza, dice l'autore del *Gāmi' al-uṣūlayn*, fra il contratto di pegno e quello di vendita con patto di riscatto », e Ibn Nuǵaym aggiunge che il contratto è stato ammesso dai giuristi di Buḫārà per ragioni economiche, onde venire in aiuto ai debitori oberati, e che di lì passò nella dottrina egiziana.

Una volta accolto il principio, i Ḥanafiti fanno un passo più oltre ed ammettono sotto nome di " bay' al-istiġlāl " (vendita di godimento) una varietà di vendita che è addirittura un'anticresi o mutuo fruttifero, derogando agli stretti principî della Šarī'ah: nel " bay' al-istiġlāl " il compratore con patto di riscatto stipula il diritto di dare in locazione la cosa acquistata e di riscuoterne il fitto; generalmente, egli la concede in locazione al venditore stesso, sicchè il fitto rappresenta effettivamente un vero e proprio interesse del capitale anticipato dal compratore a titolo di prezzo. I teorici ḥanafiti vedono benissimo la illegalità di questa operazione, alla stregua dei principî della Šarī'ah, ed i più la dichiarano nulla; ma non mancano coloro che la convalidano, allegando la necessità economica e la opportunità di non esser troppo rigorosi per non toglier ogni agevolezza ai debitori bisognosi di credito.

La stessa evoluzione si osserva nella dottrina malichita. La quale conosce bensì il patto di riscatto (" ṯunyā "), ma lo considera rescindibile in quanto tale; la " ṯunyā " si ammette solo come forma di costituzione di pegno o d'ipoteca. Ma, a poco a poco, si ammette la validità del patto di riscatto aggiunto ad una vendita, purchè sia stipulato con atto posteriore. Malgrado la opposizione dei teorici,

---

[159] Cf. *Digest.*, 19, 5, 12; *Cod.*, IV, 54, 2, 7.

[160] Ibn 'Āṣim, v. 804 sg.; Tasūlī, II, 8; Mayyārah, II, 3; Zurqānī, V, 78, 88; *'Amaliyyāt*, p. 129; *Maǵallah*, a. 119; *P. C. T.*, a. 799 nota.

gli scrittori più recenti riconoscono che la vendita con patto di riscatto è praticata in tutti i paesi di rito malichita, in forma che costituisce un vero mutuo fruttifero [161]. È facile infatti dare ad un mutuo ad interessi la figura della vendita con patto di riscatto: il mutuante figura come compratore, la cosa venduta costituisce in realtà il pegno, ed i frutti che ne ricava il compratore sono gl'interessi del mutuo. az-Zurqānī in Egitto, Mayyārah nel Maġrib lamentano l' estendersi di queste pratiche [162]. « Taluno, dice Mayyārah, vende per mille dīnār una casa di abitazione che può valere quattro o cinque mila, stipulando che il compratore dovrà restituirgli la casa appena egli avrà restituito il prezzo. Quindi il compratore dà la casa in affitto a colui che gliel'ha venduta, per cento dīnār ogni anno, prima di riceverne consegna e prima che il venditore ne tolga i suoi mobili, e così il venditore continua ad abitare la casa ed il compratore a riscuotere l'affitto. Non è dubbio che questo contratto è illecito, perchè ciò è chiaramente una operazione usuraria (" ribā ") » . . .

È evidente che anche in questa specie le stesse influenze economiche, di cui i Ḥanafiti hanno riconosciuto l'azione, hanno pure determinato l'accoglienza sempre più estesa che i Malichiti hanno fatto a questo istituto.

Il patto di riscatto è pertanto assai diffuso nella pratica; ci rimane da vedere come sia disciplinato.

La facoltà di riscatto non è, come nel nostro diritto, ristretta ad un certo termine; si può stipulare sia entro un termine determinato, sia senza limite di tempo.

Durante questo periodo, la proprietà della cosa venduta rimane in sospeso: il compratore non può alienare la cosa se non nelle stesse condizioni in cui la possiede, cioè a titolo risolubile. Qualora la vendesse, ciò non impedirebbe al primo venditore di rivendicarla tra le mani del terzo acquirente.

Ciò si applica, tuttavia, alla vendita in cui è stabilito il termine del riscatto. Quando questo termine non è fissato, è evidente che il compratore non può rimanere indefinitamente vincolato a non vendere. Il compratore senza termine di riscatto ha perciò facoltà di

---

[161] La consuetudine algerina e tunisina conosce la " rahniyyah ", che è il pegno ordinario (" rahn "), e la " tsenia " (" ṭunyā "), pegno sotto forma di vendita con patto di riscatto. Cf. Ibn 'Āṣim, v. 806; Morand, *Projet*, art. 642-680; Juynboll, § 59 (p. 174 vers. italiana); in Egitto l'anticresi si chiama " ġarūqah ".

[162] Zurqānī, V, 87; Mayyārah, II, 5.

vendere o di alienare la cosa in altro modo, con questo però che, se il venditore, appena avuta notizia della alienazione, si presentasse offrendo il rimborso del prezzo, egli avrebbe il diritto di riprendere la cosa di cui si è riservato il riscatto. Se il venditore non esercita il suo diritto di riscatto, la cosa venduta diventa irrevocabilmente proprietà del compratore.

Se il venditore muore prima di avere esercitato questa facoltà, i suoi eredi possono esercitarla in sua vece durante il tempo che ancora rimaneva al loro autore.

Gli eredi del venditore non possono esercitare questo diritto se non per la totalità della cosa venduta. Se non fossero tutti d'accordo sulla convenienza di esercitare il riscatto, gli eredi, che sono disposti a fare uso di questa facoltà, possono esercitarla in proprio nome, purchè lo facciano per la cosa intera.

Quando invece il compratore è morto, è controverso tra i Malichiti se la facoltà di riscatto possa essere esercitata contro i suoi eredi. Essi ragionano così:

La facoltà di esercitare il riscatto, concessa al venditore, è un atto di liberalità da parte del compratore. Ora è regola che, quando il beneficiario di una donazione non ne ha preso possesso, la liberalità si estingue. Se dunque il venditore non si è prevalso della facoltà che gli è stata concessa ed è rimasto inattivo fino alla morte, egli è nella condizione del donatario il quale ha omesso di prender possesso della cosa donata fino alla morte del donante. La donazione, cioè, si estingue. Ma questo ragionamento non è prevalso ed i Malichiti ammettono l'esercizio dell'azione di riscatto contro gli eredi del compratore.

Il venditore, il quale esercita tale facoltà, deve, naturalmente, rimborsare il prezzo da lui ricevuto, nonchè le spese utili fatte per la cosa, mentre il compratore deve restituire la cosa, nonchè i frutti maturi che vi si trovavano il giorno in cui gli è stata consegnata. Non potendo restituire la cosa o restituendola deteriorata, risponde verso il venditore della perdita o deteriorazione.

Quid dei frutti percetti nel frattempo dal compratore?

La questione è vivamente controversa tra i Malichiti. Ibn ʿĀṣim insegna che i frutti spettano al compratore, perchè i rischi sono a suo carico. Altri opinano diversamente.

Lo stato della controversia è così riassunto da al-Bannānī (V, 88): « Secondo ar-Raġrāġī si controverte intorno alla vendita con patto di riscatto, (sostenendo gli uni) che sia una vendita, nel qual caso i

frutti spettano al compratore, perchè ha il rischio, altri che sia un pegno, nel qual caso i frutti spettano al venditore, il quale ha pure il rischio ». Del primo parere è Mālik, secondo l'*al-'Utbiyyah*, ed è opinione prevalente che i frutti appartengono al compratore, come riferisce pure Ibn Rušd ed altri parecchi enumerati da al-Bannānī.

I Ḥanafiti insegnano che non è lecito al compratore con patto di riscatto far uso della cosa venduta senza il consenso del venditore, nè goderne i prodotti. Egli risponde dei frutti da lui consumati e degli alberi da lui abbattuti. I Ḥanafiti ammettono però che le parti possono derogare a queste regole mediante una convenzione espressa [163] il che significa in sostanza legittimare il mutuo fruttifero. E difatti, dell'istituto in questa forma (vendita con patto di riscatto col diritto di percepire i frutti = patto anticretico) si fa largo uso nei paesi retti dal diritto ḥanafita od in cui questo ha dominato. Lo troviamo infatti in Egitto, in Algeria [164], in Turchia, ove, sotto vari nomi, serve a costituire un pegno fruttifero in favore del mutuante, che figura come compratore.

SEZIONE IV. — Compra-vendita con facoltà di risoluzione o diritto di opzione (" bay' al-ḫiyār ") [165].

§ **46.** La parola "ḫiyār" significa «scelta, opzione»; il diritto di opzione od *opzione convenzionale* (" ḫiyār aš-šarṭ ") è il diritto che un contraente si riserva di risolvere il contratto entro un termine stabilito (*jus poenitendi*, *pactum displicentiae*). Il contratto così stipulato è subordinato ad una condizione sospensiva, cioè alla dichiarazione che dovrà fare il contraente, il quale si è riservato la scelta. « La vendita con opzione, dice Ḫalīl, è una vendita il cui carattere definitivo è sospeso, ma che può divenire definitiva ». Questo diritto di scelta può essere riservato in favore del compratore o del venditore o di ambedue le parti.

---

[163] *Maǵallah*, a. 398.

[164] È la " rahniyyah " algerina; altrove si dice " bay' wa iqālah ".

[165] *Mud.*, X, 2, 3; Buḫārī, *šurūṭ*, n. 18; Ḫalīl, X, n. 88 sg. e not. 420; Mayyārah, II, 2; Tasūlī, II, 55 sg.; *P. C. T.*, a. 816-828. La facoltà di risoluzione può essere stipulata per tre giorni al più, secondo gli Sciafiiti: Šīrāzī, 54; *Minhāǵ*, I, 371 sg., tranne che nel contratto di cambio e nella permuta di derrate alimentari, ove non è ammessa clausola risolutiva, il contratto dovendo eseguirsi senza intervallo di tempo.

La facoltà di risoluzione non è mai presunta; dev'essere stipulata espressamente nel contratto stesso, come lo dice il nome: " ḫiyār aš-šarṭ " = opzione convenzionale. Se vien stipulata dopo concluso il contratto, questo si ha per una nuova vendita. Non si può subordinare ad un termine indefinito, per esempio: « se pioverà »; un patto così espresso sarebbe ragione di nullità del contratto. Se le parti non abbiano stabilito un termine, si presume che abbiano voluto rimettersi a quello determinato dalla legge e dalla consuetudine locale.

Il termine massimo che si può stabilire per l'esercizio della facoltà di risoluzione è di un mese per gl' immobili (o secondo altri, di due mesi), da sette a dieci giorni per gli schiavi, di tre giorni per gli animali in genere, di uno o due giorni per gli animali da sella, di tre giorni per gli oggetti mobili (vesti, utensili, libri). La stipulazione di un termine maggiore sarebbe ragione di nullità del contratto; nè si può pattuire che il contraente avrà il diritto, prima di decidersi, di consultare un terzo, se questi si trova troppo lontano per poter dare una risposta prima che spiri il termine legale dell'opzione [166].

Durante il termine stabilito per l'esercizio dell'opzione, il compratore non può servirsi in nessuna guisa della cosa da lui acquistata. Egli potrà, naturalmente, adoperare l'animale comprato per provarlo ma non potrà, ad esempio, portare la veste od abitare la casa.

Durante il termine di opzione [167], il venditore ha diritto ai frutti ed accrescimenti della cosa [168], e ne sopporta i rischi e gli oneri.

§ **47.** Se la parte, che aveva il diritto di optare, muore prima di averlo esercitato [169], il diritto di scelta si trasmette ai suoi eredi [170]. Se si tratta del compratore e gli eredi siano discordi sulla opportunità di esercitare la facoltà risolutiva, gli eredi che desiderano accettare il contratto hanno la prevalenza, purchè assumano tutto il contratto; ragioni di equità (" istiḥsān ") hanno consigliato di non scindere il contratto, con danno evidente del venditore. La stessa regola vale se il contraente defunto è il venditore (opinione prevalente).

---

[166] Ḫalīl, l. c., n. 91.

[167] *Mud.*, X, 17, 18; XIII, 88; Ḫalīl, X, n. 101.

[168] I parti non sono considerati frutti, ma parte integrante della madre e seguono la sorte di questa.

[169] *Mud.*, X, 4, 5, 7, 8, 13 in f.; Ḫalīl, X, 99 e 100, not. 472.

[170] *Secus* i Ḥanafiti; il diritto di opzione si estingue colla morte, cf. *Maǵallah*, a. 306.

Se il contraente, che aveva diritto all'opzione, ha perduto la facoltà di esercitarla per ragione di fallimento, il diritto può essere esercitato dalla massa dei creditori ; se per alienazione mentale, il diritto vien esercitato in suo nome dal "qāḍī", rappresentante naturale di tutti gl' incapaci.

§ **48.** Il contratto con clausola risolutiva diventa *obbligatorio* ("lāzim") [171]:

a) spirato che sia il termine stabilito dalla legge o dalla convenzione senza che il contraente abbia dichiarato di voler esercitare la facoltà di risoluzione ;

b) o quando egli dichiari di accettare il contratto.

Da quel momento, il contratto diventa puro e semplice e la cosa, che ne ha fatto oggetto, si reputa aver appartenuto al contraente fin dal giorno del contratto [172].

Il contraente decade dal diritto di esercitare la facoltà risolutiva [173] quando compie un atto di disposizione sulla cosa ch'era oggetto del contratto, perchè con ciò dichiara implicitamente di considerare la cosa come sua e di aver rinunciato alla risoluzione; ad esempio: se dà la cosa in pegno o in locazione, se la espone in vendita, se dà libertà allo schiavo o gli dà moglie, se adopera la cosa a proprio uso, se la trasforma per modo da non poterla più restituire qual'era o la danneggia per fatto proprio.

§ **49.** Quando, facendo uso della facoltà resolutiva, il contraente dichiara di voler recedere dal contratto [174], questo si risolve senz'altro e le parti debbono, senza indugio, restituirsi reciprocamente quanto abbiano ricevuto in conseguenza del contratto stesso (quando, per esempio, il compratore abbia ricevuto la cosa per farne la prova o meglio esaminarla). Che cosa si deve restituire ?

Bisogna tener presente che la vendita con patto risolutivo costituisce un negozio sospeso a condizione e non ha avuto per effetto di trasferire la cosa nel patrimonio del compratore; il venditore conti-

---

[171] *Mud.*, X, 30, 31.

[172] La cosa si reputa aver appartenuto al venditore fin dal momento del contratto, se la facoltà risolutiva era in suo favore; o al compratore, se era in favore di questi, *Minhāǧ*, I, 372.

[173] *Muwaṭṭa'*, III, 99; *Mud.*, X, 11 in f.; Buḫārī, *buyū'*, n. 47; Ḫalīl, X, n. 96, 98, e not. 464; *Minhāǧ*, I, 372.

[174] *Mud.*, X, 13, 15, 16, 17, 19, 30, 31; Ḫalīl, X, n. 93, 102, 103, 104 e not. 481–483; Zeys, I, pp. 153–155; cf. *Digest.*, 18, 2, 4 pr.; 18, 6, 8 pr., 10 pr.

nua ad esserne proprietario fino all'avverarsi della condizione. Ciò posto, consideriamo le varie ipotesi:

1. *La cosa è perita o deteriorata per fatto di un terzo*: al venditore spetta l'azione di risarcimento contro l'autore del fatto.

2. *La cosa è perita o deteriorata per caso fortuito*: il rischio è a carico del venditore; si distingue però:

a) se la cosa è di quelle che sono suscettibili di occultamento, "mā yuġābu 'alayhi", cioè che si possono facilmente trafugare (un anello, un monile, un orologio ecc.), il compratore, tenuto alla restituzione, deve provare che la cosa è perita o deteriorata per caso fortuito, senza sua colpa;

b) la cosa è di quelle che non si possono facilmente trafugare od occultare, "mā lā yuġābu 'alayhi", (per esempio: un animale, un immobile, una nave); il compratore è liberato da responsabilità, purchè provi il caso fortuito mediante giuramento, salvo che risulti manifestamente il contrario del fatto allegato. se, per esempio, dice: «l'animale è morto ieri» e risulti invece che a tutto ieri l'animale era vivo, il compratore perde il diritto di giurare per esonerare la sua responsabilità.

3. *Il perimento o danneggiamento è imputabile al compratore*; conviene distinguere due casi:

a) *la facoltà risolutiva spettava al venditore*; in questo caso, il compratore deve sia il prezzo stipulato, sia il valore della cosa qual'era il giorno in cui gli è stata consegnata, secondo che uno sia maggiore dell'altro; la scelta tra l'uno e l'altro prezzo spetta al venditore, perchè può sempre dire, se il prezzo era maggiore del valore: «Io avrei accettato il contratto» o, se il valore era maggiore del prezzo: «Io avrei rifiutato il contratto». Tuttavia, il compratore dovrà solo il prezzo, se giura che il perimento è avvenuto senza sua colpa.

b) *la facoltà risolutiva spettava al compratore*; egli dovrà solo il prezzo stipulato, perchè il venditore non poteva sperare di ottenere di più, se il compratore avesse fatto uso della facoltà risolutiva che si era riservata.

4. *Il perimento o danneggiamento è imputabile al venditore*; anche qui sono da distinguere due casi:

a) *la facoltà risolutiva spettava al venditore*; se si tratta di perimento avvenuto per fatto del venditore, non importa se volontario o colposo, il contratto è risoluto, perchè egli sopporta la conseguenza del fatto proprio, e questo si considera come equivalente all'esercizio della facoltà risolutiva. Se si tratta di danneggiamento colposo, esso viene considerato come vizio redibitorio, che dà diritto al compra-

tore di scegliere tra l'accettazione della cosa nello stato in cui si trova o la risoluzione del contratto, nonchè alla restituzione del prezzo, qualora l'avesse già pagato, senza indennità, poichè nella specie il patto risolutivo era stipulato a favore del venditore;

b) *la facoltà risolutiva spettava al compratore*; se si tratta di *danneggiamento volontario* imputabile al venditore, il compratore può risolvere il contratto ovvero pagare il prezzo e chiedere il risarcimento del danno. Se si tratta di *perimento volontario*, il venditore dovrà il valore di stima della cosa al giorno del perimento, se quello era maggiore del prezzo, o il prezzo, se era maggiore del valore, poichè la facoltà risolutiva nella specie spettava al compratore e questi poteva risolvere il contratto ed esonerarsi dal pagamento del prezzo, se questo era superiore al valore; o, se il valore era superiore al prezzo, egli poteva accettare il contratto, pagare il prezzo e farsi dare il valore dal venditore responsabile.

In caso di *danneggiamento involontario* imputabile al venditore, il compratore può, a sua scelta, risolvere il contratto e restituire la cosa, qualora l'avesse ricevuta, ovvero accettarla qual'è, senza risarcimento in un caso come nell'altro, perchè, *pendente condicione*, la cosa venduta non cessa di appartenere al venditore e questi non deve risarcimento per il danno arrecato alla cosa propria. In caso di *perimento involontario*, il contratto è risoluto.

5. *Il perimento o danneggiamento è imputabile al compratore*; converrà distinguere [175]:

a) *il patto risolutivo è in favore del compratore*; se si tratta di *danneggiamento volontario*, il fatto equivale ad accettazione del contratto da parte sua ed egli deve il prezzo intero, accettando la cosa qual'è. Se il *danneggiamento è involontario*, egli può restituire la cosa, pagando un risarcimento per il danno, ovvero trattenere la cosa, pagando il prezzo intero. Nell'ipotesi di perimento totale cagionato dal compratore, egli deve il prezzo, senza distinguere se il fatto sia volontario od involontario;

b) *il patto risolutivo è in favore del venditore*; se si tratta di *danneggiamento prodotto da colpa o da dolo* del compratore, il venditore può chiedere il prezzo della cosa o il risarcimento del danno. Se la cosa è perita totalmente o è divenuta inservibile, il compratore risponde della somma maggiore, cioè sia del prezzo o della stima, secondo che l' una somma sia maggiore dell' altra.

---

[175] Ḫalīl, X, n. 105.

SEZIONE V. — Compra-vendita *alternativa* ("bay' al-iḫtiyār") [176].

§ **50.** *La vendita alternativa* (" bay' al-iḫtiyār "), da non confondersi colla vendita sotto condizione risolutiva (" bay' al-ḫiyār "), di cui abbiamo parlato, è la vendita definitiva rispetto ad uno tra più oggetti della stessa specie, la cui determinazione è rimessa al compratore.

Si chiama *vendita alternativa con facoltà di risoluzione* (" bay' al-iḫtiyār wa 'l-ḫiyār ") il contratto in cui il compratore può scegliere uno tra più oggetti e, scelto questo, si riserva la facoltà di decidere se lo comprerà.

Nella vendita alternativa, il compratore deve scegliere uno dei due oggetti rimessigli e restituire l'altro: in caso di perimento, per caso fortuito, di ambedue le cose egli deve il prezzo di una sola; infatti, l'oggetto a lui venduto è uno solo; l'altro gli è affidato come deposito, e il depositario non risponde del caso fortuito.

Se allega che uno solo degli oggetti è perito, egli risponde della metà del prezzo convenuto per quello e conserva il suo diritto di scelta o di restituzione rispetto a quello che rimane, poichè è incerto, nella specie, se l'oggetto perito è quello a lui venduto; se l'oggetto perito fosse quello a lui venduto, egli dovrebbe il prezzo intero; se fosse quello non venduto, egli non dovrebbe nulla; in questo dubbio, si adatta la soluzione media e gli si fa pagare la metà.

Quando taluno compra due oggetti, riservandosi la facoltà di restituirli ambedue entro un dato termine se non gli piacciono, i due oggetti si considerano venduti ed egli è tenuto ad accettarli se, spirato il termine, essi si trovano ambedue in suo potere. Se ne ha comprato uno senza determinare quale, riservandosi la facoltà di restituire l'altro, egli è tenuto, spirato il termine, per la metà di ciascuno, perchè per uno degli oggetti egli ha già dichiarato di volerlo comprare, ma è incerto quale dei due oggetti rimessigli sia quello da lui comprato; in questa incertezza, egli diventa socio del proprietario dei due oggetti, per la metà di ciascuno.

S'egli s'era riservata la facoltà di comprare l'uno o l'altro a scelta (" iḫtiyār "), senza impegno per nessuno dei due, egli non è obbligato

---

[176] *Mud.*, X, 18, 19, 22-25, 32; Ḫalīl, X, n. 106, 107; Ḫiršī, V, 123; Dardīr-Ṣāwī, II, 46.

per nessuno dei due, se il termine spira senza ch'egli abbia scelto, se gli oggetti si trovino in suo potere, perchè, non avendo fatto la scelta in tempo utile, la compra-vendita non è perfetta per nessuno dei due oggetti (cf. *Digest.*, 18,1,34 § 6).

SEZIONE VI. — Vendita con anticipazione di prezzo (" salam ") [177].

§ **51.** Ibn 'Arafah, malichita, definisce il " salam ": « Un contratto commutativo (" 'aqd mu'āwaḍah ") che costituisce a carico di uno dei contraenti l'obbligo di consegnare una prestazione che non consiste in numerario, o nel godimento di una cosa, e che è diversa dalla prestazione ricevuta ». In altri termini e più chiaramente, il " salam " è un contratto con cui una delle parti rimette all'altra una somma in numerario o dei valori, a titolo di anticipazione di prezzo, e il ricevente si obbliga, allo spirare di un certo termine, a restituire una quantità determinata di derrate o di altre cose, diversa dalla prestazione ricevuta.

Gli Sciafiiti definiscono il " salam ": « La consegna (di una prestazione) anticipata mediante una prestazione (da consegnarsi) a termine: " qabḍ mu'aǵǵal bi-mu'aǵǵal " ».

« Un contratto avente per oggetto (delle cose) determinate per la loro qualità (cioè una obbligazione generica) dovute a termine, mediante un corrispettivo (pagato) subito ».

In sostanza, si può definire il " salam " un contratto con cui una parte anticipa una somma in numerario o altri valori e il ricevente si obbliga a consegnare, entro un termine convenuto tra le parti, una quantità equivalente determinata per quantità e qualità (" mawṣūf ") di derrate o di altre cose mobili.

§ **52.** Qual' è la natura di questo contratto ?

Il " salam " potrebbe considerarsi a prima vista quale una compra-vendita a termine. Ma nella vendita a termine il contratto si perfeziona mediante il semplice scambio dei consensi. Nel " salam ",

---

[177] Buḫārī, *salam* (Krehl, II, p. 44 sg.); *Mud.*, IX, 2 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 120 (Peltier, p. 55); Ḫalīl, XI, n. 1 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1017 sg.; Mayyārah, II, 79 sg.; Šīrāzī, 60-62; Ġazālī, I, 154 sg.; *Minhāǵ*, I, 414 sg.; Zeys, I, 183 sg.; *P. C. T.*, a. 729 sg. (= *C. T.*, a. 712 sg.); 'Abdu 'r-Raḥīm, trad. Cimino, § 265; cf. Peltier, *Ventes*, p. 216; Nawawī ad Šīrāzī, p. 60; Arin, *Rech.*, p. 52 sg.; cf. *Maǵallah*, a. 380 e il commento di Salīm Bāz ad loc.

invece, lo scambio dei consensi non basta a dar perfezione al contratto. Occorre una prestazione fatta da una delle parti, che è appunto l'anticipazione fatta dal sovventore del capitale in vista della futura consegna di derrate.

Non è nemmeno un mutuo: nel mutuo, il mutuatario si obbliga a restituire una quantità di cose simili per quantità e qualità a quella da lui ricevute; nel " salam ", il ricevente si obbliga a dare una quantità di cose (derrate o altro) diverse da quelle a lui rimesse.

Il " salam " non è una vendita a termine, non è un mutuo — in diritto romano, sarebbe un contratto reale innominato[178] — ; il diritto malichita e sciafiita lo considera come contratto *sui generis*, che partecipa della vendita e del mutuo. Infatti, la parola " salaf " (mutuo) si trova spesso nelle fonti invece di " salam " e reciprocamente [179]; non senza ragione nel Compendio di Ḫalīl e in molti altri manuali malichiti e sciafiiti il trattato del " salam " (Ḫalīl, Lib. XI; *Minhāǵ*, Lib. X) si trova collocato tra la compra-vendita (Ḫalīl, Lib. X; *Minhāǵ*, Lib. IX) ed il mutuo (Ḫalīl, Lib. XII) o congiunto al mutuo (Ġazālī, I, 154).

Come il negozio che nell'Italia meridionale si chiama *vendita su stabilità*, la vendita-mutuo detta " salam " ha avuto origine dal bisogno che ha l'agricoltore sprovvisto di mezzi di realizzare subito il suo raccolto sperato per provvedere ai suoi bisogni immediati. Egli contrae dunque un mutuo pagabile sul raccolto futuro, mutuo il quale si trasforma in vendita il giorno in cui il debitore soddisfa il suo impegno consegnando la quantità pattuita di derrate o di altri valori.

È già quanto si praticava alla Mecca e in altre parti del Ḥiǵāz anche prima dell'Islām; il Profeta trovò il contratto in pieno vigore a Medina [180]. « Quando l'Apostolo di Dio giunse a Medina, dice una tradizione, la gente vi faceva delle anticipazioni rimborsabili mediante frutti (prodotti agricoli) al termine di uno o due anni »[181]; ed in un'altra tradizione: « Noi, dice un Compagno, facevamo dei prestiti ai Nabatei (contadini) della Siria, pagabili in una determinata quantità

---

[178] Cf. *Digest.*, 22, 4, 16; 19, 5, 5 § 1; 2, 14, 7 § 2.

[179] Cf. Peltier, *Ventes*, p. 216; Ibn Māǵah, II, 22; Nawawī ad Muslim, VII, 42; " yuqālu as-salaf wa 's-salam ", Nawawī ad Šīrāzī, p. 60.

[180] Buḫārī, *salam*, n. 1, 7, 3 (cf. Peltier, p. 218, 221, 228, 229).

[181] " wa 'n-nāsu yuslifūna fī 't-ṭamar al-'āma wa 'l-'āmayn " (Buḫārī, *salam*, n. 1).

di grano, d'orzo, ad un termine convenuto ». Altre derrate oggetto di " salam " erano anche i datteri, l'uva passa. La giurisprudenza conservò il contratto, benchè contrario alla regola che vieta di vendere le derrate alimentari di cui non si ha il possesso; ma il " salam " era confermato dall'esempio del Profeta e dei Compagni e richiesto dai bisogni economici [182], e poteva, a rigore, reputarsi compreso nei negozi a termine di cui è parola nel *Corano* (II, 282). Ma queste operazioni, fatte da agricoltori poveri, davano luogo, specie prima dell'Islām, a molti abusi; i capitalisti profittavano del bisogno e della ignoranza dei debitori per imporre patti onerosi.

Le tradizioni affermano, e non abbiamo ragione di rifiutare la loro testimonianza, che il Profeta si preoccupò di disciplinare il contratto secondo le consuetudini di Medina, per modo da lasciare minor campo all'arbitrio dei capitalisti. Egli volle che si determinasse con esattezza la misura o il peso preciso dei prodotti che il debitore doveva consegnare e la data della consegna; vietò la vendita dei datteri o altri frutti prima che fossero maturi; qualora non lo fossero, prescrisse di fare una stima approssimativa, a occhio (" ḫarṣ "), del raccolto sulle piante [183]. La giurisprudenza conservò queste regole intese a proteggere il debitore ed a frenare la cupidigia dei sovventori di capitale. «Mālik riferisce che 'Abd Allāh ibn 'Umar ha detto: non v'ha nulla di illecito in ciò che una persona faccia una anticipazione ad un'altra, sopra derrate alimentari (" ṭa'ām ") determinate, mediante un prezzo stabilito (tra i due), per un certo termine, purchè ciò non sia sopra un raccolto non ancora maturo o sopra datteri immaturi » [184].

1. – *Elementi costitutivi.*

Gli elementi costitutivi del " salam " sono:

A) Il capitale del " salam " (" ra's māl as-salam, ṯaman ").

B) L'oggetto (" al-muslam fīhi ").

C) La forma (" ṣīġah ").

La somma anticipata a titolo di " salam " si chiama *capitale* (" ra's māl ") o *prezzo* (" ṯaman "); il sovventore del capitale è detto *creditore* (" rabb al-māl "), ed anche *creditore del* " salam " (" rabb as-salam "); il ricevente l'anticipazione è il *debitore* (" madīn ") ed anche " muslam lahu " o " muslam ilayhi "; l'oggetto del " salam ",

---

[182] Cf. Ibn Māġah, II, 22.

[183] Buḫārī, *salam*, n. 2, 3, 4, 7 (Peltier, 219, 220, 223, 228, 229).

[184] *Muwaṭṭa'*, l. c. (Peltier, p. 55).

cioè la prestazione, cui si obbliga il debitore, si dice " muslam fīhi " ed anche " aṣl " (base).

§ **52**bis. *A*) *Il capitale o prezzo*. Il capitale [185] può consistere in danaro – ed è il caso più ordinario – ovvero in altri valori (cose mobili, animali, derrate) ed anche nel godimento d'una cosa determinata [186] e dev'essere pagato integralmente, all'atto stesso della conclusione del contratto od al più tardi nei tre giorni successivi. Una dilazione più lunga sarebbe ragione di nullità, anche se non si tratti di numerario, secondo l'opinione prevalente, perchè costituirebbe un mutuo, con vantaggio nel termine a favore del creditore, cioè una operazione usuraria (" ribā ").

§ **53.** *B*) *L'oggetto del " salam "* (" al-muslam fīhi "), cioè la prestazione dovuta dal debitore, dev'essere di genere diverso da quello del capitale anticipato poichè, se fosse dello stesso genere, il negozio avrebbe la figura del mutuo, non quella del " salam ". Pertanto, se il capitale anticipato è in numerario, la prestazione del debitore non può stabilirsi in numerario; quando è in derrate, la controprestazione del debitore non può essere stipulata in derrate dello stesso genere, nè essere un oggetto lavorato, quando il capitalista ha rimesso un oggetto lavorato della stessa materia [187].

Con questa riserva, l'oggetto del " salam " può consistere in cose mobili od immobili, in animali, prodotti animali (latte, burro, lana, pelo), derrate di qualunque genere, metalli o prodotti grezzi o manufatti [188].

Le due prestazioni, cioè il capitale e la controprestazione promessa, debbono essere equivalenti [189]; qualunque divario sia nella qualità o nella quantità tra l'uno e l'altro dei due termini — per esempio se il creditore dà un cammello od una veste per riceverne due della stessa qualità, o farina per avere grano, o viceversa — costituirebbe una operazione usuraria (" ribā ") e vizierebbe il contratto.

Ciò non va inteso, tuttavia, con troppo rigore; dare una veste per riceverne due della stessa qualità sarebbe bensì negozio usurario,

---

[185] *Mud.*, IX, 38, 39; *Muwaṭṭa'*, III, 120; Ḫalīl, l. c., n. 2, 3; Ġazālī, I, 154.

[186] Secondo gli Sciafiiti può consistere in una quantità determinata in blocco (*per aversionem* = ġuzāf), ed anche senza determinazione precisa di valore (Ġazālī, I, 154), purchè il pagamento sia effettuato *in ipso congressu*.

[187] Buḫārī, *salam*, n. 2, 3, 4, 7; *Mud.*, IX, p. 9, 21–22, 25–27; Ḫalīl, XI, n. 7 pr., n. 8, 17, 21, 22 e nota 111; Ġazālī, I, 157.

[188] Per gli animali, la questione è controversa in diritto sciafiita, Šīrāzī, 61, l. 2.

[189] *Muwaṭṭa'*, III, 124; *Mud.*, IX, p. 2–5, 21–22; Ḫalīl, h. t., n. 7 e 25.

ma nulla vieta al capitalista di dare un cavallo da corsa stipulando in cambio due cavalli ordinari, un asino celere per due asini di razza araba, assai inferiori, un cammello di eccezionale robustezza, od una spada di tempra eccezionale, od un uccello ammaestrato, per due simili di qualità ordinaria: tutto ciò non violerebbe la regola della equivalenza delle due prestazioni, che invece risulta da qualunque effettiva differenza di valore tra l'uno o l'altro dei termini del " salam ".

La prestazione promessa dal debitore dev'essere precisamente determinata rispetto alla *quantità* (peso, numero, misura ecc.) secondo l'uso del luogo per quel genere di prodotti [190]. L' incertezza riguardo alla misura, al peso ecc. vizierebbe il contratto, per essere l'oggetto indeterminato (" maġhūl ") e perchè offrirebbe facile modo di eludere i precetti relativi all'usura [191]. Sicchè, quando si tratta di sostanze miste, i cui elementi non sono facilmente determinabili (polvere minerale, conserve, confetture ecc.), il " salam " non è valido [192].

Il contratto deve indicare il termine della consegna [193]. Questo termine dev'essere, secondo i Malichiti, di almeno quindici giorni dalla data in cui il prezzo è stato rimesso al debitore del " salam ", se la consegna deve farsi nel luogo stesso del contratto. Questo intervallo tra le due prestazioni è richiesto dalla natura stessa del " salam ", poichè, se così non fosse, l'operazione non sarebbe altro che una vendita semplice od una vendita a termine, non un " salam ". Si può, invece di una data precisa, stabilire che la consegna avverrà ad una certa epoca, « alla battitura », « alla vendemmia », « alla partenza dei pellegrini per la Mecca », quando siano epoche che ricorrono regolarmente e la consuetudine lo consenta.

Il contratto, in cui non è determinata la data della consegna, è *viziato* (" fāsid " = rescindibile), qualora non si possa ricorrere alla consuetudine per supplirvi.

La *qualità* [194] della controprestazione promessa dal debitore dev'essere determinata, con precisione, quando la differenza di qua-

---

[190] Ḫalīl, XI, n. 10 e nota 44; Šīrāzī, p. 61; Ġazālī, I, 155; *Minhāġ*, I, 418.

[191] Sull'approssimazione lecita, Ḫalīl, l. c., n. 11.

[192] *Muwaṭṭa'*, III, 120; Buḫārī, *salam*, n. 1–2, 7; Ḫalīl, h. t., n. 20; Ġazālī, I, 156.

[193] Buḫārī, *salam*, n. 1–2, 7; Ḫalīl, h. t., n. 9 nota 39; Šīrāzī, p. 61; Ġazālī, I, 155; *Minhāġ*. I. 416.

[194] *Mud.*, X, p. 12–16, 39–40; *Muwaṭṭa'*, III, 120, 125, 129; Buḫārī, *salam*, n. 7; Ḫalīl, h. t., n. 12; Šīrāzī, l. c., 60; Ġazālī, I, 156, 157; *Minhāġ*, I, 419, 420.

lità importi differenza nel valore o nel pregio della cosa o del prodotto, secondo l'uso del luogo. Per esempio: se si tratta di grano, si dovrà precisare se dev'essere grosso o minuto, rosso o bianco; se di schiavi o d'animali, la razza, l'età, il colore, il sesso, la statura, e così per ogni altro genere di cose si indicheranno con esattezza quelle qualità che hanno importanza in vista dello scopo del contratto. Se il contratto dice « di buona qualità », « di qualità inferiore », s'intende secondo l'uso del luogo o, in mancanza d'uso, la qualità media.

L'oggetto del " salam " dev'essere tale che il debitore abbia la sicurezza di poterne disporre alla scadenza stabilita [195]. Non si può pertanto stipulare come oggetto del " salam " una cosa che non esiste od esiste solo per eccezione [196], o una cosa futura ed incerta come il parto nascituro di un certo animale, o i prodotti di un certo fondo o di una piantagione determinata, non solo perchè il contratto è aleatorio, non potendosi sapere se alla scadenza il nascituro o i prodotti stipulati saranno disponibili, ma anche perchè, per la sua stessa natura, il " salam " non può avere per oggetto una cosa individualmente specificata.

Si ammette per eccezione [197] la vendita dei prodotti di un fondo o di una piantagione determinati quando: *a*) i frutti siano già prossimi a maturare [198]; *b*) il fondo sia ampio abbastanza da assicurare la esecuzione del contratto in ogni evento; *c*) la esecuzione, cioè la consegna dei prodotti, cominci subito dopo il contratto, od al più tardi nei quindici giorni successivi, per modo da impedire quell'alterazione che nei prodotti agricoli si verifica con lo scorrere del tempo; *d*) il debitore sia proprietario del fondo di cui promette i prodotti, poichè potrebbe avvenire, tra altro, che il vero proprietario rifiutasse di vendere i suoi prodotti al debitore al momento della consegna; requisiti tutti, come si vede, che tendono ad eliminare, per quanto si può, ogni elemento di alea del contratto.

---

[195] *Mud.*, IX, 7; Ḫalīl, h. t., n. 14, 20; Dardīr–Dasūqī, III, 184; Ġazālī, I, 155, 156; *Minhāǧ*, I, 417, 419, 420.

[196] Una cosa rarissima (per esempio, delle perle di grossezza eccezionale) o che non esiste (la pietra filosofale, detta " al–kibrīt al–aḥmar " = zolfo rosso).

[197] Buḫārī, *salam*, n. 4, 7; *Mud.*, IX, 5, 6, 9; *Muwaṭṭa'*, III, 20; Ḫalīl, h. t., n. 14 e not. 72–76.

[198] Perchè non si possono acquistare i prodotti agricoli prima della maturazione.

In questo caso speciale, se il raccolto è perito o deteriorato dopo che una parte è stata consegnata, il creditore ripete una parte del capitale anticipato, in proporzione di quanto rimane da consegnare. Se il raccolto è mancato completamente, il contratto è risoluto e tutto il capitale deve restituirsi.

§ **54.** *C*) *Forma*. La manifestazione di volontà diretta a costituire il " salam " può farsi coi termini che valgono a significare la vendita o con quelli speciali al " salam " (" aslamtu "). Tuttavia, i Malichiti esigono che il contratto sia fatto per iscritto, ritenendo che il " salam " sia compreso nel versetto coranico II, 282 che si riferisce alle obbligazioni a termine [199].

Il " salam " non è un contratto puramente consensuale: tanto in diritto malichita che sciafiita, il " salam " si perfeziona solo dal momento in cui il creditore (" rabb al-māl ") sborsa effettivamente il capitale o prezzo (" ra's al-māl, ṯaman ")[200] a colui il quale si obbliga a consegnare i prodotti o derrate che sono oggetto del " salam " [201].

Inoltre, il " salam " dev'essere stipulato in forma di obbligazione generica. « Il " salam ", dice Ḫalīl, deve costituire un debito » (" dayn " = obbligazione personale); cf. *Cor*. II, 282. In altri termini, la obbligazione dev'essere contratta in forma tale che abbia per oggetto una obbligazione generica (" mawṣūf fī 'ḏ-ḏimmah "), cioè determinata genericamente per la sua qualità [202]; se avesse per oggetto un corpo individuato (*res certa* = " 'ayn "), per esempio: una certa quantità di prodotti da prendersi in un dato luogo, il latte di un gregge determinato, un certo schiavo, il contratto non sarebbe un " salam ", ma la vendita di una *res certa* consegnabile a termine, mentre il prezzo sarebbe pagato in contanti: negozio usurario e quindi vietato.

Da ciò la conseguenza:

a) che non esiste " salam " quando il negozio ha per oggetto un fondo determinato, rustico od urbano, da consegnarsi dal debitore [203]; infatti, la ubicazione è uno degli elementi necessari a precisare

---

[199] Šīrāzī, p. 60.

[200] Che può consistere in danaro o in un godimento (" manfa'ah "), nel qual caso si deve consegnare subito la cosa da cui è da trarsi il godimento. *Minhāǧ*, I, 414.

[201] *Mud*., X, 27; Ḫalīl, XI, n. 1 e 3; (Sciaf.): Šīrāzī, p. 60; Ġazālī, I, 154; *Minhāǧ*, I, 414; cf. *Maǧallah*, a. 387; se è in contanti, il capitale dev'essere sborsato seduta stante e non sotto forma di delegazione o altrimenti (Sciafiiti).

[202] *Mud*., IX, 10, 27–28; Ḫalīl, h. t., n. 13; Ġazālī, I, 154, 156, l. 2; *Minhāǧ*, I, 415; Peltier, *Ventes*, p. 217.

[203] Ḫalīl, h. t., n. 20.

il fondo; ma, precisando la ubicazione, il negozio diventa un'obbligazione avente un oggetto individuato " ʿayn " (*res certa*), cioè una vendita e non un " salam ";

b) che si ha pure una vendita, e non un " salam ", quando si consegna ad un operaio una materia affinchè la metta in opera, dicendo, per esempio: « con questo legno tu mi farai tale oggetto », perchè nella specie, essendo individuata la materia, non esiste quella obbligazione generica del debitore che si richiede per costituire il " salam " [204].

2. – *Effetti del contratto.*

§ **55.** Dal momento del contratto, le cose mobili costituenti il capitale sono a rischio del debitore, anche se il creditore ne abbia conservato il possesso [205].

Il creditore risponde tuttavia del perimento:

a) quando si tratta di cose facilmente trafugabili (" mā yuġābu ʿalayhi "), come le gemme, i monili ecc., salvo ch'egli faccia la prova del perimento;

b) se la cosa è stata lasciata in deposito presso il creditore, nel suo interesse, cioè per garantire il suo credito.

Se vien fatta la prova del perimento, si fa luogo alla risoluzione del contratto.

Mancando questa prova, il debitore può, a sua scelta, risolvere il contratto ovvero ripetere il valore della cosa, rimanendo tenuto alla prestazione promessa.

Se il perimento è avvenuto per fatto del creditore o di un terzo, il debitore rimane tenuto alla controprestazione promessa ed esercita l'azione di risarcimento contro l'autore del fatto dannoso.

§ **56.** La consegna della controprestazione [206], oggetto del " salam ", deve farsi nel *luogo* del contratto, qualora le parti non abbiano stabilito un altro luogo, e nel *termine* convenuto. Il creditore è tenuto a ricevere la consegna, se l'oggetto del " salam " gli vien rimesso nel luogo stabilito anche prima del termine, se ciò non sia per lui di grave incomodo. Egli può anche riceverlo prima del termine o prima che sia giunto al luogo convenuto; tuttavia, se si tratta di derrate alimentari, il debitore non può pagare prima del termine, poichè farebbe

---

[204] *Mud.*, IX, 19; Ḫalīl, h. t., n. 18.

[205] *Mud.*, IX, 30–31; Ḫalīl, h. t., n. 6.

[206] *Mud.*, IX, 88; *Muwaṭṭa'*, III, 121; Ḫalīl, h. t., n. 23, 28; Šīrāzī, 62; Ġazālī, I, 155, 157; *Minhāǧ*, I, 416.

un lucro, esonerandosi prima del tempo della garentía che gl'incombe fino alla consegna [207].

La consegna [208] deve corrispondere esattamente per quantità e qualità a quanto è stabilito nel contratto, salvo la tolleranza in più od in meno, ammessa dall'uso, tolleranza che va a vantaggio od a scapito del creditore. La differenza in più, che eccede il limite ammesso dalla consuetudine, dev'essere restituita al debitore. Il creditore non è tenuto ad accettare il pagamento se non è completo [209].

La sostituzione (" al-i'tiyāḍ "), cioè il pagamento di una cosa diversa [210] da quella pattuita, è valido, se le parti ne convengono, purchè: *a*) la cosa sostituita all'oggetto primitivo della obbligazione sia tale da poter esser venduta o permutata per questo; *b*) e da poter esser oggetto essa stessa della anticipazione di capitale fatta dal creditore. Si supponga, ad esempio, che il creditore abbia anticipato una somma in numerario, stipulando la consegna d'una certa quantità di stoffa. Se, invece della stoffa, il debitore consegna una caldaia di rame, il pagamento estingue l'obbligazione, perchè un oggetto di rame può permutarsi per una certa quantità di stoffa e può anche per se stesso essere oggetto di un " salam " mediante anticipazione di numerario. Ma, se il creditore abbia anticipato grano per avere della stoffa, il debitore non potrebbe a questa sostituire del grano, perchè l'operazione si convertirebbe in una permuta di grano dato subito con altro grano pagabile a termine, operazione vietata per ragione di usura (" ribā ") [211].

Per la stessa ragione, cioè per il motivo che il negozio si convertirebbe in un'operazione usuraria, il debitore non ha facoltà di dare una cosa diversa da quella pattuita nei casi seguenti:

a) quando l'oggetto del " salam " consiste in derrate, perchè ciò sarebbe vendere le derrate alimentari prima di averne il possesso, contro il divieto della legge (cf. questo Libro, § 59); infatti il debi-

---

[207] *Mud.*, IX, 88; *Muwaṭṭa'*, III, 23, 121; Ḫalīl, h. t., n. 28. Il creditore non può cedere il contratto di " salam ", nè vendere l'oggetto del " salam " prima di averlo ricevuto (Sciafiiti): Šīrāzī, 61 in f.; *Minhāǧ*, I, 386.

[208] Ḫalīl, XI, n. 5 e 23; Dasūqī, III, 192.

[209] Il creditore che ha ricevuto il pagamento non può reclamare allegando errore o mancanza. Šīrāzī, 62.

[210] *Muwaṭṭa'*, III, 130; *Mud.*, IX, 137; Ḫalīl, h. t., n. 26. In diritto sciafiita questa sostituzione non è ammessa; Ġazālī, I, 157; *Minhāǧ*, I, 423.

[211] *Mud.*, IX, 66; Ḫalīl, X, n. 44.

tore riceve il prezzo anticipato, obbligandosi a consegnare delle derrate che non possiede [212];

b) quando l'oggetto del " salam " è un animale; invece di questo, il debitore non può dar carne, perchè è vietato vendere un animale per la carne d'un animale della stessa specie [213];

c) quando l'anticipazione è in numerario e l'oggetto del " salam " consiste in cose mobili, il debitore non può dare oro od argento, in sostituzione delle cose mobili dovute, perchè sarebbe un'operazione di cambio (" ṣarf "), e il cambio richiede per esser valido che i due metalli siano scambiati *in ipso congressu* [214].

§ **57.** In caso d'inadempienza [215] del debitore, tanto volontaria quanto involontaria, il sovventore del capitale può, a sua scelta, risolvere il contratto, facendosi restituire il capitale anticipato, o rinnovare il " salam " per l'anno seguente, cioè per la prossima campagna agricola.

Se si tratta di un prodotto che si trovi solo in una certa stagione e l'inadempienza dipenda da colpa del creditore, questi non ha più facoltà di rinnovare il contratto.

Avverandosi l'inadempienza, quando l'oggetto del " salam " era già consegnato in parte, il contratto si ha per prorogato fino all'anno seguente, salvo che le parti decidano di liquidare senz'altro l'operazione, conteggiando tra loro le anticipazioni sborsate dal capitalista ed i prodotti consegnati dal debitore.

TITOLO II.

Della permuta.

§ **58.** La permuta è un contratto in tutto identico alla vendita. Senonchè, mentre la vendita consiste nello scambio di una cosa per un equivalente determinato in danaro, detto *prezzo*, nella permuta lo scambio avviene tra due oggetti di cui ciascuno è il corrispettivo dell'altro. I Ḥanafiti la chiamano " bay' al-muqāyaḍah ", i Malichiti e gli Sciafiiti " mu'āwaḍah ". I due oggetti permutati possono essere sì mobili che immobili.

---

[212] *Mud.*, IX, 33–35; *Muwaṭṭa'*, III, 120; Ḫalīl, h. t., n. 26.
[213] *Mud.*, IX, 34, 35; Ḫalīl, X, n. 51; XI, n. 26.
[214] Ḫalīl, h. t., n. 26 e X, n. 24.
[215] *Mud.*, IX, 11–12; Ḫalīl, h. t., n. 16; Širāzī, p. 61; Ġazālī, I, 155; *Minhāǧ*, I, 417.

In generale le regole della vendita si applicano alla permuta. Il contratto è perfetto col consenso delle parti e ciascuno dei contraenti deve all'altro la garanzia cui è tenuto il venditore a ragione sia dei vizi della cosa, sia della evizione.

Tuttavia, la permuta è sottoposta fin dai primi tempi dell'Islām a numerose restrizioni, che avevano la loro ragione d'essere nelle condizioni speciali dell'ambiente in cui viveva il Profeta.

In quella società fiorivano tutti gli abusi cui dà luogo il commercio del capitale, quando da una parte siano pochi individui che posseggono il capitale e dall'altra un grande numero di persone bisognose e inesperte. Nel *Corano* [216] sono numerose le minacce contro gli usurai, le esortazioni alla buona fede, i precetti di fare buon peso e buona misura, tutti indizi che di queste raccomandazioni vi era bisogno.

Allo stesso ordine d'idee accedono i " ḥadīṯ ", o tradizioni, che tendono ad impedire i contratti aleatori, cioè quelli che presentano qualche incertezza, qualche rischio, a danno dell'uno o dell'altro dei contraenti. Tutto ciò che si ritrae da un contratto siffatto è un guadagno illecito, secondo il Profeta, perchè non ha causa giuridica sufficiente, è il prodotto di una speculazione in cui il contraente meno esperto o più bisognoso è sempre la vittima di chi è più destro, più astuto e più ricco.

Queste idee direttive hanno ispirato le varie restrizioni che nei " ḥadīṯ ", e quindi nei sistemi posteriori dei giureconsulti, si applicano alla permuta [217].

CAPITOLO I.

Permuta di derrate alimentari (" ta'ām ribawī ").

§ **59.** Una prima restrizione si applica alla permuta *di derrate alimentari* (" ṭa'ām ") [218].

Si legge nelle tradizioni: Mālik ibn Anas mi ha detto che egli aveva udito 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb riferire che l'Apostolo di Dio ha detto:

---

[216] *Cor.*, II, 276-279; III, 125; IV, 33, 159; XXX, 38, ecc.

[217] Ḫalīl, X, n. 22-23; p. 186 e not. 127-128.

[218] Buḫārī, *buyū'*, n. 20, 54, 74, 76, 89, 108; *wakālah*, n. 11; Muslim, VII, 8-10; *Muwaṭṭa'*, III, 104-106, 110, 121, 122; *Mud.*, IX, 99-115; Abū Dā'ūd, III, 164-167; Ḫalīl, X, n. 44 e not. 202; Ibn 'Āṣim, v. 708 sg.; Mayyārah, I, 294 sg.; Tasūlī, II, 136 sg.; cf. *Levit.*, XXV, 36-37; *Deuter.*, XXIII, 19; Peltier, *Ventes*, p. 35, 95, 141 sg.; *Mouwaṭṭa'*, p. 59-62, 76, 25; Arin, *Rech.*, p. 26 sg., 60 sg.; *Minhāǧ*, I, 355 (Sciafiiti).

« Oro per oro è usura (" ribā "), salvo che si dica: prendi e prendi. Grano per grano è usura, salvo che si dica: prendi e prendi. Datteri per datteri è usura, salvo che si dica: prendi e prendi. Orzo per orzo è usura, salvo che si dica: prendi e prendi ».

E altrove: « Permutate grano per grano, orzo per orzo, datteri per datteri, per quantità uguali e senza intervallo di tempo (lett. da una mano ad un'altra); ogni profitto in queste permute è usura; se però le derrate sono di specie diverse, permutatele pure liberamente, purchè ciò avvenga senza dilazione » [219].

Quindi una prima regola si è che lo scambio di certe derrate alimentari della stessa specie (per esempio: grano per grano, datteri per datteri) deve farsi simultaneamente. Seconda regola è che la permuta in questi casi avvenga tra due quantità rigorosamente uguali [220]: un contraente deve consegnare all'altro un peso ed una misura esattamente uguale a quella che gli è stata consegnata.

Ogni differenza tra i due termini si chiama " ribā ". La parola " ribā " (ed anche " rimā " per lo scambio frequente del " bā " e del " mīm " nel dialetto del Ḥiǵāz) significa eccedenza, sopravanzo; onde qualunque vantaggio di qualità, di quantità o di termine, che uno dei contraenti ottenga sull'altro nei contratti commutativi che hanno per oggetto sia i metalli preziosi, sia le derrate alimentari (" ṭa'ām "), costituisce un lucro illecito, una usura (" ribā ") nel senso lato dato a questo vocabolo dai nostri canonisti, perchè turba la uguaglianza perfetta delle due parti, che il legislatore vuol ottenere in quei contratti. « Dio ha permesso il commercio, ma ha vietato il "ribā" » (*Cor.*, II, 276).

Lo scopo di queste regole è d'impedire che in un paese povero qual'era il Ḥiǵāz i ricchi potessero speculare a danno del povero nel commercio delle cose di prima necessità.

Infatti queste restrizioni non esistono, quando si tratta della permuta di altri oggetti. Non si esige la simultaneità dello scambio nè la uguaglianza degli oggetti permutati, quando si tratta della permuta di schiavi per schiavi o di animali per animali [221].

---

[219] A questi generi si aggiunge il sale, sulla fede di parecchie tradizioni che si trovano nei tradizionisti posteriori ad al-Buḫārī; cf. Cohn, *Der Wucher*, pp. 7–8.

[220] Quando si tratta di scambiare specie diverse (orzo per grano, datteri per sale, ecc.) la permuta può farsi anche tra quantità disuguali, ma senza intervallo di tempo.

[221] *Muwaṭṭa'*, III, 95, 124–125, 128–129; Buḫārī, *buyū'*, n. 108; Muslim, VII, 40–41; Ḫalīl, X, n. 45 e nota 225.

Si legge in al-Buḫārī (*buyū'*, n. 108) « Ibn 'Umar comprò un cammello da sella per quattro cammelli da basto, stipulando che il cammello da sella gli sarebbe consegnato a ar-Rabaḏah (tra Mecca e Medina). Ibn 'Abbās ha detto: " un cammello può valere più di due altri cammelli ". Ibn al-Musayyab ha detto: " non v'ha usura (" ribā ") rispetto agli animali. Un cammello per due cammelli, una pecora per due pecore a termine è cosa lecita " ».

Ecco dunque, secondo il " ḥadīṯ ", una categoria di cose (animali e schiavi), cui non si applica la regola stabilita per le derrate alimentari. Per gli Sciafiiti, la permuta di animali e di schiavi è libera da ogni restrizione. « Non v' ha usura quando si tratta di animali », dicono gli Sciafiiti con Ibn al-Musayyab. I Ḥanafiti, all'opposto, hanno per regola che il " ribā " si applica anche agli animali. I Malichiti si attengono ad una via media e insegnano che la regola si applica quando gli animali sono della stessa specie, e che invece non esiste restrizione, se gli animali o schiavi permutati presentano una differenza di qualità, cioè di valore.

Si legge in Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 2: «Mālik ha detto: Per noi (cioè per gli abitanti di Medina) non v'ha nessun male a comprare uno schiavo commerciante ed eloquente mediante più schiavi abissini o di altra specie, che sieno a lui inferiori per l'abilità commerciale o per la eloquenza ».

E altrove, p. 72: « Non vi ha nessun male ad acquistare un cammello rapido alla corsa mediante due o più cammelli da basto . . . Ma è riprovevole che un individuo prenda un cammello dandone due, quando non v'ha differenza tra questi animali, nè rispetto all'agilità nè rispetto alla forza ».

Lo stesso si dica per le permute di stoffe. Si possono scambiare delle vesti di qualità diverse senza osservare nè la regola della simultaneità nè quella della uguaglianza di quantità. Ma ciò sarebbe vietato se le stoffe fossero di qualità identica.

« Quando le stoffe, dice Mālik, sono della stessa specie, non è nè buono nè lecito di cambiarle a termine, salvo che vi sia tra loro una differenza specifica evidente. Se si somigliano, benchè portino nomi diversi, non si debbono permutare due contro una oppure a termine » [222].

Sicchè solo certi generi alimentari costituiscono la categoria di oggetti detti " māl ribawī " « beni usurari », cioè sottoposti alle limi-

---

[222] *Muwaṭṭa'*, p. 77-79.

tazioni relative al " ribā " o lucro illecito (uguaglianza delle quantità scambiate, simultaneità dello scambio). Gli altri generi non sottoposti a queste restrizioni si chiamano « non usurari » " māl ġayr ribawī ", cioè non soggetti a restrizione, sia quanto alla quantità da permutare sia quanto al tempo della consegna.

§ **60.** Quali sono le derrate sottoposte a queste restrizioni ?

La scuola di Abū Ḥanīfah, ricercando la ragione della legge, osserva che le materie, di cui è parola nel " ḥadīṯ ", sono quelle che ordinariamente si vendono a misura; quindi il divieto si deve estendere, per analogia, a quelle cose che si misurano (" al–makīl "); il gesso (" ġiṣṣ ") sarà da porre nella categoria delle cose " ribawiyyah " al pari dell'orzo o del grano, mentre non vi sono comprese le materie che si contano o si pesano.

Gli Sciafiiti[223] estendono la categoria delle cose " ribawiyyah " a tutti i generi alimentari, non solo, ma anche ai medicinali; essi così ragionano: le materie indicate nel " ḥadīṯ " sono soltanto gl'indici, i rappresentanti dei varî generi che servono all'uso dell'uomo. Il grano e l'orzo rappresentano i generi necessari all'alimentazione (" iqtiyāt ") propriamente detti; il divieto comprende quindi tutte le sostanze che servono al sostentamento dell'uomo. I datteri rappresentano ciò che l'uomo consuma non solo per necessità, ma a guisa di companatico o di frutta (" li –t–tafakkuh "); quindi i condimenti e le frutta tutte saranno comprese nella regola relativa alle materie " ribawiyyah ". Finalmente il sale, che non è alimento, ma si adopera a scopo igienico, è il rappresentante o indice delle sostanze medicinali (" li –t–tadāwī "); onde la inclusione dei medicinali in genere nelle cose cui si applica il divieto del " ribā ".

I Malichiti[224] occupano una posizione intermedia in questo contrasto di dottrina [225]; la regola del " ribā " si applica alle sole derrate le quali sono necessarie all'alimentazione e si possono conservare (grano, orzo, datteri); queste si devono permutare solo per quantità

---

[223] *Minhāǧ*, I, 355; sopra una prima opinione di aš–Šāfi'ī cf. Šāfi'ī, *Risālah*, 139; Arin, *Rech.*, 32–33; Peltier, *Ventes*, 144.

[224] *Muwaṭṭa'*, III, 110; *Mud.*, IX, p. 213; Ḫalīl, X, n. 44, 45; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa'*, 38–39.

[225] Una fase primitiva della dottrina malichita è indicata nell'*al-Muwaṭṭa'*, l. c.; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 43. Secondo una prima opinione di Mālik, che aderiva alla dottrina di Ibn al–Musayyab, solo le cose che si misurano o si pesano sono sottoposte al divieto del " ribā ". Mālik seguì più tardi la dottrina indicata nel testo.

uguali e « dalla mano alla mano ». Sicchè non sono compresi nella regola i medicinali, poichè non servono all'alimentazione; ne sono pure esclusi i legumi verdi, i poponi, le zucche, perchè non si conservano; le noci, le pesche e le frutta in genere, perchè non sono alimenti necessari. Tutti questi generi si possono permutare senza osservare le regole del " ribā ", mentre sono sottoposti alle regole il riso, la segala, l'uva passa, i farinacei, le uova, lo zucchero, l'olio, il miele, i latticini, perchè servono all'alimentazione e si possono conservare [226]; per la stessa ragione, vi sono compresi i condimenti (sale, pepe, aglio, cipolla, cannella, anaci), nonchè le varie qualità di carni e di selvaggina.

In riassunto, le materie " ribawiyyah " appartenenti alla stessa categoria non si possono permutare tra loro se non per quantità uguali e senza intervallo di tempo (dalla mano alla mano), mentre le categorie diverse di cose " ribawiyyah " possono permutarsi per quantità disuguali, purchè lo scambio si faccia senza intervallo di tempo. Così, ad esempio, le carni fresche: « L'uso generalmente ammesso da noi, dice Mālik, è che le carni di cammello, di bove, di pecora e degli animali selvatici . . . non possono permutarsi se non a peso uguale e da una mano all'altra . . . » [227]; mentre tra la carne e il pane e altri farinacei, che sono bensì " ribawī ", ma di categoria diversa, la permuta si può fare anche tra quantità disuguali, purchè lo scambio avvenga senza intervallo di tempo. I prodotti manipolati o trasformati di una stessa materia [228], per esempio, la carne arrostita, la farina panificata, il burro fresco e salato costituiscono categorie diverse cui si applica la stessa regola; i prodotti trasformati della stessa materia debbono scambiarsi tra loro per quantità uguali e dalla mano alla mano, per esempio, carni arrostite per carni arrostite, burro salato per burro salato; invece il pane e la farina, la carne fresca e le carni arrostite o disseccate, il burro salato e il burro fresco si possono permutare tra loro senza badare alla uguaglianza delle qualità permutate, purchè ciò avvenga senza intervallo di tempo,

§ **61.** Allo stesso ordine d'idee appartiene il divieto della " muzābanah " [229]. Si chiama così la vendita o permuta di frutta fresca,

---

[226] " mimmā yuddaḫaru li -l-qūt wa yaṣluḥu lahu ".

[227] *Muwaṭṭa'*, l. c. (Peltier, 74-75); *Minhāǧ*, I, 355 (Sciaf.).

[228] *Mud.*, IX, 102, 108-110; Ḫalīl, X, n. 46, 47; *Minhāǧ*, l. c.

[229] Buḫārī, *buyū'*, n. 75, 82, 91 (Peltier, 151, 171); *Muwaṭṭa'*, III, 106-108 (Peltier, p. 28 sg.); Ḫalīl, X, n. 59 e nota 277; *Minhāǧ*, I, 406-407.

specie di datteri presi sulla pianta per una determinata quantità di datteri secchi.

Si legge nelle Tradizioni di al-Buḫārī: « Secondo 'Abd Allāh ibn 'Umar, l'Apostolo di Dio ha detto: " non vendete le frutta finchè non comincino ad essere mangiabili e non vendete datteri maturi non colti per datteri secchi già raccolti " ».

Lo stesso divieto si applica al contratto detto " muḥāqalah ", il quale consiste nella vendita o più propriamente nello scambio di un raccolto di grano o di orzo ancora verde per una quantità di grano già raccolto [230].

Si legge nell'*al-Muwaṭṭa'* [231]: « L'Apostolo di Dio ha proibito la " muzābanah ". La " muzābanah " dev'essere così definita: la vendita in massa di una cosa qualunque, di cui s'ignori la misura, il peso, il numero, mediante una cosa della stessa qualità determinata per misura o peso o numero. Sarà dunque una " muzābanah ", se una persona dice ad un'altra di possedere una derrata alimentare in quantità non misurata, come frumento, datteri ecc., od anche altre merci di cui s'ignori egualmente la misura, come foglie d'albero, cotone, lino ecc., e gli propone di vendergli quella quantità in blocco per una certa quantità determinata di cose dello stesso genere. Questa operazione non è una vendita, ma un contratto aleatorio, una scommessa. Infatti troviamo qui tutti i caratteri del giuoco. Il compratore non compra dall'altro contraente una cosa mediante un'altra cosa determinata, ma si obbliga a pagargli tante misure, od un peso determinato ecc., a condizione che l'eccedenza, se si verifica, sarà per lui. Se la merce si trova inferiore alla quantità fissata, il proprietario di questa merce prende gratuitamente la proprietà dell'altro contraente, benchè questi non avesse l'intenzione di fargli una liberalità. Questo negozio somiglia quindi ad un giuoco ».

§ **62.** Un'eccezione a questa regola [232] si fa nel caso della " 'āriyyah "; si chiama così la pianta o le piante di cui il proprietario concede, a titolo di beneficenza, il godimento ad un'altra persona per un certo tempo o vita natural durante. In questo caso, al donante è lecito comprare sulle piante i frutti, di cui ha concesso il godimento, me-

---

[230] Peltier, *Ventes*, p. 171; *Minhāǧ*, I, 406.

[231] Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 28; cf. Peltier, *Ventes*, p. 75, 91.

[232] Buḫārī, *buyū'*, n. 75, 82–84; *Muwaṭṭa'*, III, 102; *Mud.*, X, 90–92, 94, 97, 101; Ḫalīl, X, n. 182–184 e fonti nota 852–853, e nota 864; *Minhāǧ*, I, 406–407; Arin, *Rech.*, pp. 96–103.

diante una quantità equivalente di frutti già colti, calcolata a occhio (" ḫarṣ "), cioè approssimativamente (" bay' al-'arāyā bi-ḫarṣihā "). Mālik nell' *al-Muwaṭṭa'* spiega questa derogazione alla regola:

« Si chiama " 'āriyyah " il dono di una palma del proprio giardino fatto ad un'altra persona. Se il donante si trova incomodato dalle frequenti visite del donatario, il quale va e viene, sia per dar le cure necessarie alla coltivazione delle piante, sia per fare il raccolto dei frutti, può comprare i frutti sull' albero mediante dei datteri già colti. Questi datteri dovranno essere valutati a occhio e non già dati in blocco ». Lo scopo di questa eccezione è dunque sia di facilitare ai poveri il godimento della liberalità loro fatta, sia di dar modo al proprietario di liberarsi dalla molestia che cagionano le frequenti visite di estranei nel suo fondo. Ma anche in questo caso la dottrina ha voluto ridurre quanto era possibile il carattere aleatorio dell'operazione, prescrivendo di fare la stima dei frutti che si trovano sulla pianta e di corrispondere una quantità di datteri pari a quella risultante dalla stima.

Si vuole inoltre che la vendita abbia luogo solo in caso di necessità e per una quantità di frutti non eccedente cinque some (" wasq ").

Ma come decidere se la qualità è di cinque some, nè più nè meno ? Le scuole sono assai discordi. I Malichiti considerano questa permuta come lecita, perchè la tradizione vieta la permuta solo per la quantità superiore alle cinque some. Invece gli Sciafiiti e le altre scuole la considerano proibita, perchè qui si tratta di legge di eccezione, e le eccezioni devono interpretarsi rigorosamente.

Le regole relative alla " 'āriyyah " dei datteri sono state estese dalla giurisprudenza anche all'uva, cioè alla permuta di uva fresca sulla pianta per uva già colta o uva passa (zibibbo), alle noci, ai fichi ecc. [233].

§ **63.** La stessa ragione, cioè l'alea inerente al contratto, ha fatto proibire:

la permuta [234] di carne di animale macellato, di cui si conosce la qualità e quantità, con quella di un animale vivo, di cui non si conosce la qualità e la quantità, o con un animale molto vecchio ecc.

---

[233] *Mud.*, X, 101.

[234] *Mud.*, IX, 103-104; *Muwaṭṭa'*, III, 126-127; Ḫalīl, X, n. 51.

CAPITOLO II.

Permuta dei metalli preziosi (contratto di cambio = "ṣarf").

§ **64.** La seconda categoria di beni, cui si applicano le regole relative al lucro illecito (" ribā ") nella permuta, sono i metalli preziosi [235]. Qui sono da distinguere due casi:

I. *Permuta di metalli della stessa specie, cioè di oro per oro e di argento per argento* [236]. A questo caso si applica la regola che già conosciamo. La permuta deve farsi: *a*) tra quantità perfettamente uguali; *b*) e *dalla mano alla mano*, cioè senza che interceda intervallo di tempo tra una prestazione e l'altra.

Sicchè si avrebbe " ribā " (lucro illecito), se una delle quantità permutate fosse maggiore dell'altra o venisse data un certo tempo dopo l'altra, anche se l'intervallo sia breve.

II. *Permuta di metalli di specie diversa* (oro per argento, argento per oro, argento e oro per rame), cioè il contratto di *cambio* (" ṣarf ") propriamente detto. Non si può esigere in questo caso la uguaglianza delle quantità permutate; la regola nella specie è una sola: cioè che la permuta avvenga simultaneamente, senza lasciare scorrere tempo tra l'una e l'altra prestazione. Potrebbe infatti nel frattempo avverarsi una variazione nei corsi, ed è appunto per impedire questo lucro indebito che si esige la simultaneità delle due operazioni.

§ **65.** I metalli preziosi sono i soli sottoposti al divieto del " ribā " [237].

« Non v'ha usura (" ribā "), insegnava l'antica scuola medinese con Sa'īd ibn al–Musayyab, se non rispetto all'oro ed all'argento... ». Mālik segue lo stesso indirizzo. La ragione del divieto è, infatti, il valore dei metalli che ne sono oggetto; ma i soli metalli che si possano considerare preziosi sono l'oro e l'argento: a questi dunque si

---

[235] Buḫārī, *buyū'*, 77, 78, 79, 80, 81; *Mud.*, VIII, 139 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 116 sg.; Ḫalīl, X, n. 22, 23 e nota 127–130; Ibn 'Āṣim, v. 715 sg.; *'Amaliyyāt*, 127 sg.; Juynboll, § 59; Arin, *Rech.*, pp. 14 sg.; Peltier, *Mouwaṭṭa'*, 86–87.

[236] La permuta di oro per oro o di argento per argento, quando si fa a conto od a numero, si chiama " mubādalah "; quando si fa a peso, si chiama " murāṭalah ".

[237] *Muwaṭṭa'*, III, 130–131; *Mud.*, VIII, 104; IX, 113, 115, 116; cf. Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 43, 84.

limita la regola che vieta ogni eccedenza tra i due termini; gli altri (piombo, rame, ferro ecc.) non sono metalli preziosi, in quanto non fanno funzione di moneta, e vi si deve osservare solo la regola della simultaneità dello scambio. « La regola ammessa da noi, dice l'*al-Muwaṭṭa*', è che le cose che si pesano, e che non sono nè oro nè argento, come il rame rosso (" nuḥās "), il rame giallo (" šabah "), il piombo, l'ānuk (piombo bianco), il ferro. . . non è illecito di permutarle con cose della stessa specie in ragione di due per uno, simultaneamente (*da una mano all'altra*). Così, non v'ha alcun male nel ricevere un " riṭl " di ferro o di rame dando due " riṭl " dello stesso metallo. Ma non è ben fatto, quando si permutano pesi ineguali della stessa specie, di lasciar scorrere un intervallo di tempo (tra i due termini) dell' operazione ».

Gli Sciafiiti seguono la stessa dottrina, intesa in senso anche più lato: anche per aš-Šāfi'ī il divieto ha la sua ragione nel valore dei metalli; quindi, trattandosi di metalli che non sono preziosi (ferro, piombo ecc.), aš-Šāfi'ī non esige nè la uguaglianza perfetta delle prestazioni nè la simultaneità delle prestazioni reciproche [238].

§ **66.** Rimane pertanto che l'oro e l'argento sono soli oggetto di " ribā ". La regola si trova in varie forme [239] nel " ḥadīṯ " :

« Abū Bakr ha detto: l'Apostolo di Dio ha detto: non cambiate oro per oro se non per quantità uguali, nè argento per argento se non per quantità uguali. Ma cambiate oro per argento e argento per oro come volete » (senza osservare la regola della uguaglianza delle quantità permutate).

E in altri " ḥadīṯ ": « Dīnār per dīnār (monete d'oro) e dirham per dirham (monete d'argento), senza eccedenza da una parte nè dall'altra ».

« Non vendete un dīnār per due dīnār, nè un dirham per due dirham ».

E il " ḥadīṯ " ne dà la ragione: « Non cambiate oro per oro se non per quantità uguali, affinchè uno (dei contraenti) non lucri a danno dell'altro ».

---

[238] Secondo i Ḥanafiti, la *ratio legis* del divieto del " ribā " è non il valore dei metalli, ma il loro *peso*: l'oro e l'argento sono indicati dal legislatore solo come rappresentanti dei metalli che si contrattano a peso (" mawzūn "); quindi sono " amwāl ribawiyyah ", cioè sottoposti alla regola del " ribā ", non solo l'oro e l'argento, ma anche il rame, il piombo, il ferro, che si permutano a peso.

[239] Buḫārī, l. c.; *Muwaṭṭa*', l. c.; cf. Peltier, *Ventes*, 146–150; Peltier, *Mouwaṭṭa*', pp. 40–41.

L'antica scuola medinese [240] applica rigorosamente queste regole: «Mālik, dice l' *al-Muwaṭṭa'* riferisce che Yazīd ibn 'Abd Allāh ibn Qusayṭ vide Sa'īd ibn al-Musayyab permutare, a peso, oro per oro. Egli versò il suo oro in un piatto e l'altro contraente versò il suo nell'altro piatto; quando la linguetta della bilancia segnò il punto di equilibrio, egli (Sa'īd) prese l'oro dell'altro contraente e diede il suo».

Dal che Mālik deduce la regola: Ciò che importa in questi negozi è la parità perfetta di peso dei metalli permutati; non importa il numero o la quantità, purchè il peso sia uguale: «Si ammette da noi (cioè a Medina), dice Mālik, che nella permuta a peso ("murāṭalah") di oro per oro e d'argento per argento non è cosa mal fatta che uno prenda undici dīnār e dia dieci dīnār, a peso uguale. Purchè il peso delle due somme scambiate in numerario sia uguale, non importa che da una parte vi siano più monete che dall'altra. Questa regola si applica tanto ai dirham (argento) che ai dīnār».

Invece, se le monete o i metalli sono uguali tra loro, non sarebbe lecito dar meno per ricevere di più, non dare una qualità inferiore per avere una qualità superiore, non dare un oggetto lavorato per un oggetto greggio della stessa materia. Ogni differenza di qualità o di quantità tra i due termini permutati è " ribā " e vizia il contratto. Così, ad esempio, non è lecita la permuta di 100 dīnār di buona lega per 100 di lega inferiore; nè di un certo peso d'oro o d'argento per un peso superiore od uguale di una miscela d'argento o di rame. Per applicazione dello stesso principio, un oggetto di metallo lavorato non può esser ceduto se non per il suo peso intrinseco, anche se la mano d'opera abbia un certo pregio; secondo i Malichiti, la mano d'opera non induce aumento di valore, quando si tratta di metalli preziosi [241]. «Un orefice si presentò ad 'Abd Allāh ibn 'Umar e gli disse: "O Abū 'Abd ar-Raḥmān, io fabbrico dei gioielli coll'oro e vendo l'oggetto d'oro, che ho fabbricato, per una quantità d'oro superiore, calcolando la eccedenza in proporzione del lavoro delle mie mani". 'Abd Allāh gli vietò di ciò fare. L'orefice ripetè la sua domanda e 'Abd Allāh reiterò il suo divieto finchè giunsero alla porta della moschea; ove giunti, 'Abd Allāh ibn 'Umar disse: " Dīnār per dīnār e dirham per dirham; (non vi dev'essere) nessuna eccedenza da una parte nè dall'altra " ».

---

[240] *Mud.*, VIII, 139 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 116; cf. Ḫalīl, X, n. 36-38.

[241] *Muwaṭṭa'*, l. c.; Ḫalīl, X, n. 37.

Onde la necessità di una precisa verifica delle quantità permutate: un contraente non deve attenersi alle dichiarazioni dell'altro rispetto al peso, alla quantità o qualità (cambio fiduciario), ma è tenuto a verificare quanto riceve [242].

Ma sarebbe lecito, in questi casi, compensare la differenza aggiungendo al peso una certa quantità di metallo inferiore ? [243] Si supponga, ad esempio, che le due quantità di oro non siano perfettamente uguali e che, per conguagliare la differenza, uno dei permutanti aggiunga una piccola quantità d'argento [244] all'oro da lui dato; l'operazione, dice Mālik, non sarebbe valida, perchè quel " miṯqāl " d'argento non ha per se stesso che un valore minimo, qualora si vendesse separatamente; e, se l'altro acquirente l'accetta, aggiunto che sia all'oro, per un valore molto superiore al suo valore effettivo, lo fa per non rompere il contratto, ma non consentirebbe, ove gli si domandasse di acquistare quel " miṯqāl " separatamente. Se si permettesse siffatta operazione, si verrebbe ad aprir l'adito ad una grande varietà di operazioni usurarie e ad eludere facilmente la legge.

§ **67.** Il caso si complica quando si tratta di permutare non già oro per oro od argento per oro, ma quando uno di questi metalli si trova unito ad altra materia di diversa natura che ne costituisce l'accessorio [245]. Nella tecnica giuridica si chiama questa specie « lo stajo di " 'aǵwah " » (" mudd 'aǵwah "), perchè vien presentata nelle scuole sotto questa forma: uno stajo di " ' aǵwah " [246] ed un dirham (moneta d'argento) vengono venduti congiuntamente per due dirham, ovvero per due staja di datteri; è valida questa vendita (o permuta)? Il dubbio sorge dal fatto che un dirham non può permutarsi per un dirham, nè uno stajo di datteri per un altro stajo, se non osservando la regola che esige in questa operazione la uguaglianza perfetta dei due termini e il loro scambio simultaneo. Ma nella specie i datteri e il dirham vengono venduti per un prezzo unico, ond'è che nulla assicura della uguaglianza dei due termini scambiati.

Secondo Malichiti e Sciafiiti [247] questo contratto non è valido; per dargli validità occorre che i metalli preziosi siano separati dalle

---

[242] Ḫalīl, l. c., n. 26.

[243] *Muwaṭṭa'*, III, 116 (Peltier, 48–50).

[244] Il testo dice un miṯqāl, che è la settima parte del dirham.

[245] Muslim, VII, 13; *Muwaṭṭa'*, III, 169 (Peltier, p. 33, 44–45); *Mud.*, VIII, 107, 121–124; Abū Dā'ūd, III, 165; Ḫalīl, X, n. 35; Arin, *Rech.*, p. 67 sg.

[246] La " 'aǵwah " è una specie di datteri od una pasta di datteri.

[247] *Minhāǧ*, I, 358 (Sciaf.).

altre materie, cui sono congiunti, e che si istituisca un calcolo speciale per ciascuno dei due termini che sono oggetto della vendita o permuta; la parte consistente in metalli preziosi dovrà essere venduta secondo le regole della parità di valore. Si fa eccezione per il caso in cui il metallo prezioso rappresenti solo un accessorio dell'oggetto, cioè sia in proporzione non superiore al terzo del valore totale, ed anche quando l'oro o l'argento sono congiunti alle altre materie per modo da non potersene staccare senza deteriorare l'oggetto. In questi casi Mālik ritiene che si possa vendere la cosa per un prezzo unico, senza separare l'oro e l'argento dalle altre materie.

Questa dottrina è conforme a quanto risulta dai " ḥadīṯ " [248].

« Furono portate all'Apostolo di Dio, quand'era a Ḫaybar, certe collane composte di cristallo e oro provenienti dal bottino, per esser vendute. L'Apostolo di Dio ordinò che l'oro di quelle collane ne fosse separato, dicendo: « oro per oro, peso per peso ».

Ed in un altro: « Comperai un giorno, disse Fuḍālah ibn 'Ubayd, per dodici dīnār, una collana di perle di cristallo e oro, ed avendola disfatta, trovai più di dodici dīnār di solo oro. Ne informai il Profeta ed egli mi disse: « Non si deve vendere (la collana) se non disfatta... ». Noi eravamo in una spedizione assieme a Fuḍālah e nel bottino ci toccò una collana in cui era oro, argento e perle. Io volli comprarla e interrogai Fuḍālah, il quale mi disse: " Togline l'oro, mettito nella bilancia e metti il tuo oro nell'altro piatto della bilancia e non prendere che tanto per tanto, ugualmente, perchè ho udito il Profeta dire: Colui che crede in Dio e nel dì del Giudizio non deve prendere che quantità simile per quantità simile " ».

Nello stesso ordine d'idee è rescindibile il contratto di cambio (" ṣarf "):

a) quando tra le monete cambiate, alcune risultino adulterate, e ciò anche se il contraente le abbia accettate sapendole tali; perchè sarebbe concedere un lucro illecito ad uno dei contraenti. È controverso se la rescissione si estenda a tutto il contratto o solo si limiti alle monete riscontrate false [249];

b) quando una o più monete è rivendicata da un terzo [250].

§ **68.** È escluso un termine tra l'una e l'altra prestazione: questa regola si applica alla permuta di due metalli della stessa specie (oro

---

[248] Muslim, l. c.; cf. Arin, *Rech.*, p. 69.

[249] Ḫalīl, X, n. 33; *Muwaṭṭa'*, III, 116.

[250] Sulle varie distinzioni nella specie: Ḫalīl, X, n. 34.

per oro, argento per argento) e nello scambio di metalli di specie diversa (" ṣarf ") o cambio propriamente detto.

Le prestazioni debbono farsi contemporaneamente « dalla mano alla mano ». Non è lecito permutare un metallo presente per un metallo assente cioè a termine. Secondo gli Sciafiiti ed i Ḥanafiti ciò non va inteso in modo letterale: se uno dei contraenti non ha pronto il danaro o il metallo in verghe, gli si può concedere il tempo necessario per recarsi a prenderlo e farne la consegna. La consegna può farsi anche qualche giorno dopo, quando i contraenti non si sono separati. I Malichiti sono più rigorosi. Secondo loro è necessario che la permuta avvenga *in ipso congressu;* e bisogna dire che le tradizioni sono in loro favore [251].

Si legge infatti in un " ḥadīṯ " [252]: « Ero alla ricerca di chi mi cambiasse cento dīnār; Ṭalḥah mi chiamò e, dopo avere discusso le condizioni, consentì a fare questo cambio. Egli prese l'oro in mano e lo trattenne dicendomi: " aspetta che il mio cassiere venga da al-Ġābah ". 'Omar, che aveva udito tutto ciò, mi gridò: " Non lo lasciare prima di aver ricevuto il tuo danaro, perchè il Profeta ha detto: dīnār per dirham (cioè oro per argento) è usura, a meno che non si dica: prendi e prendi " ».

Mālik obbedisce alla tradizione, quando insegna che il cambio deve avvenire tra due cose ugualmente presenti, in altri termini che il cambio (" ṣarf ") deve farsi senza che interceda tempo tra le due operazioni onde consiste la permuta dei due valori.

Il cambio è perciò illecito [253]:

1° quando, dopo aver conchiuso il contratto di cambio, uno dei contraenti dà mandato ad un'altra persona di ricevere quanto è a lui dovuto in forza del contratto, perchè ciò implica, naturalmente, un intervallo tra l'una e l'altra prestazione;

2° quando il negozio di cambio viene contratto sotto forma di semplice convenzione o impegno reciproco, senza l'effettiva prestazione dei valori. Per esempio, quando uno dei contraenti dice all'altro: « Vieni con me al mercato e porta le tue monete d'argento; se sono buone, te le prenderò a tanto per dīnār »; infatti nella specie

---

[251] *Muwaṭṭa'*, III, 110 sg., 114 sg., 116; Buḫārī, *buyū'*, n. 8, 77–81; Abū Dā'ūd, III, 166; Muslim, VII, p. 5–7, 9, 11, 12, 21, 22; *Mud.*, VIII, 102–107, 108 pr. 115, 126, 129, 130, 141.

[252] Buḫārī, *buyū'*, n. 76.

[253] *Mud.*, VIII, 105, 108–109, 112–113, 127–128, 130; Ḫalīl, X, n. 24.

il contratto è perfetto ed intanto uno dei contraenti detiene le monete da lui già virtualmente cambiate;

3° quando il cambio avviene sotto forma di compensazione tra due debiti di cui uno o ambedue sono già scaduti. Così nella specie seguente: Tizio deve a Caio una certa somma in monete d'argento (dirham), Caio deve a lui una somma in oro (dīnār); le parti convengono di compensare il debito reciproco sulla base di cento dirham per un dīnār; se i due debiti non sono ancora scaduti, ovvero se uno di essi è scaduto e l'altro no, la compensazione non sarebbe lecita, perchè manca la simultaneità delle prestazioni reciproche, requisito essenziale del contratto di cambio. Sarebbe invece lecita la compensazione, qualora i due crediti fossero scaduti;

4° è parimenti illecito il contratto di cambio, quando è congiunto ad un contratto di compra-vendita, se una delle operazioni è a termine [254]. Ad esempio, Tizio vende un oggetto per un dīnār (oro) meno due dirham (argento); il compratore gli deve il dīnār in oro, Tizio deve restituire il resto (due dirham d'argento); i due termini di questa operazione, cioè tanto la vendita quanto il pagamento, debbono compiersi senza intervallo tra una prestazione e l'altra; non sarebbe lecito contrarre la vendita e il cambio a termine o pattuire che sia il prezzo, o la merce, o il resto del prezzo, saranno consegnati a termine;

5° parimenti vietata [255] è la congiunzione del contratto di cambio colla locazione d'opera: Tizio compra una certa quantità di argento da un orefice, quindi gli consegna il metallo per farne un'opera d'oreficeria, pagandogli il prezzo e una speciale mercede per il lavoro. L'operazione è illecita, perchè manca la simultaneità dei due termini onde si compone; infatti il prezzo del metallo comprato vien pagato subito assieme alla mercede, mentre la consegna del lavoro deve avvenire a termine.

§ **69.** Derrate alimentari; metalli preziosi: queste sono le due grandi categorie di beni che la dottrina islamica chiama *beni usurari* (" māl ribawī "), in quanto sono sottoposte alla regola dell'uguaglianza rispetto alle quantità permutate ed a quella della simultaneità rispetto al tempo in cui lo scambio deve effettuarsi. E sono infatti queste le due specie di valori rispetto a cui è più agevole la

---

[254] *Mud.*, VIII, 103, 113-117, 119; Ḫalīl, l. c., n. 28.
[255] Ḫalīl, l. c., n. 29.

frode e la prepotenza da parte dei ricchi e più imperioso e frequente il bisogno da parte dei non abbienti. Ad eccezione di queste, tutte le altre materie sono oggetto di libero scambio, in cui la legge non interviene per limitare la misura dei profitti o per costringere la libertà dei negozi.

TITOLO III.

Contratti assimilati alla compra-vendita.

I negozi che la dottrina malichita equipara alla compra–vendita sono: la compensazione (" muqāṣṣah "), la disdetta o risoluzione di contratto per comune accordo delle parti (" iqālah "), la delegazione (" ḥawālah "), la dazione in pagamento (" taṣyīr "), la transazione (" ṣulḥ ").

CAPITOLO I.

La compensazione (" muqāṣṣah ")[256].

§ **70.** La compensazione in diritto musulmano è convenzionale e si opera per accordo delle parti e talvolta *officio judicis*. « La compensazione, dice ad–Dardīr, è la rinuncia che un creditore fa a quanto gli è dovuto da una persona in corrispettivo di quanto egli deve al suo debitore »[257]. O, secondo la definizione di at–Tāwudī: « La reciproca liberazione dal debito che si danno due parti, di cui ciascuna è creditrice dell'altra di un credito della stessa specie, convenendo che ciascuna prenderà quanto deve in corrispettivo di quanto gli è dovuto dall'altro contraente »[258]. È pertanto un contratto commutativo, che viene equiparato alla vendita.

La compensazione può avvenire solo tra coloro che sono personalmente debitori e creditori. Il partecipante ad una società non

---

[256] *Mud.*, IX, 116, 117, 141 e pass.; Ḫalīl, XII, n. 6 sg.

[257] Dardīr, III, 198 " isqāṭ mā laka min dayn 'alà ġarīmika fī naẓīr mā lahu 'alayka ".

[258] Tāwudī, II, 48. " taṭāruḥ al–mutadāyinayni daynahumā al–muttafiq al–ġins 'alà an ya'ḫuḍa kull minhumā mā fī ḏimmatihi fī muqābalat mā lahu fī ḏimmat ṣāḥibihi ".

può opporre al proprio creditore, in via di compensazione, quanto questi deve alla società e, reciprocamente, il creditore di una società non può opporre al socio di questa, suo creditore personale, quanto gli è dovuto dalla società medesima, come non potrebbe opporre alla società quanto gli è dovuto personalmente da un socio.

§ **71.** Quali sono i crediti tra cui può avvenire compensazione ? La materia non è facile ad esporre perchè i dottori malichiti l' hanno complicata di distinzioni per far ragione ai numerosi divieti che nella legge islamica limitano la libera disposizione di certi crediti, quali sarebbero i crediti a termine, i crediti di sostanze alimentari, quelli di specie metalliche.

Non possiamo, in un manuale di istituzioni, enumerare tutte quelle distinzioni; se ne contano non meno di 108 e, secondo altri, 144 [259]. Occorre limitarsi ai concetti direttivi.

Di regola, la compensazione non può avvenire se non fra crediti della stessa specie, consistenti ambedue in numerario o in derrate o in cose mobili dello stesso genere, ed anche tra numerario e derrate od altre cose fungibili o tra crediti aventi per oggetti cose mobili dello stesso genere.

I due crediti che si compensano debbono essere liquidi ed esigibili, cioè già scaduti od aventi la stessa scadenza.

La diversità del luogo di pagamento non è ostacolo alla compensazione. Ma in questo caso occorre tener calcolo della differenza di prezzo o di cambio a favore del contraente che da quella differenza avrebbe un pregiudizio.

Non importa che i due crediti abbiano la stessa causa. Qualunque credito può essere opposto ad un altro quando ambedue abbiano gli stessi requisiti, cioè la liquidità dei crediti e la uguaglianza delle cose dovute.

§ **72.** Fin qui le regole sono assai semplici, ma nessuna è senza eccezione, sicchè la materia della compensazione è una delle più intricate del diritto islamico. Egli è che i giuristi hanno dovuto tener conto dei divieti che riguardano il commercio di certi generi alimentari e quello delle monete [260].

Infatti che cosa è la compensazione ? È la permuta o la vendita di un credito per un altro. Quando l'oggetto del credito consiste in

---

[259] Cf. Zurqānī, VII, 231; Mayyārah, I, 325.

[260] *Mud.*, IX, 141 sg.; Ḫalīl, XII, § 6 sg.; cf. Zeys, I, p. 198 sg.; Ḫiršī, V, 233 sg.; Dardīr–Dasūqī, III, 198 sg.

derrate alimentari od in numerario, bisogna avvertire che, sotto specie di compensazione, non si deroghi alle regole che disciplinano l'usura (" ribā "); quindi la permuta di derrate alimentari deve farsi per quantità rigorosamente uguali e senza intervallo di tempo fra una prestazione e l'altra. La permuta di metalli preziosi dello stesso genere è sottoposta alle stesse regole. Finalmente la permuta di metalli preziosi diversi, cioè di oro per argento, di argento per oro, ossia l'operazione di cambio (" ṣarf "), deve farsi simultaneamente, ma non si richiede, com'è naturale, che le quantità scambiate siano uguali.

Tenendo presenti questi principi, esaminiamo le varie specie che si possono presentare nella compensazione.

I. – I due crediti consistono in numerario:

a) Le monete sono della stessa specie o di specie diversa: per esempio, un credito è in oro, l'altro è in argento; o sono di titolo diverso: per esempio, l'uno deve monete d'oro di titolo finissimo (" muḥammadiyyah "), l'altro monete d'oro di titolo più scadente (" yazīdiyyah ").

La compensazione è lecita, se i due crediti sono scaduti.

Infatti, se le monete sono della stessa specie, l'operazione si riduce ad una permuta; se di specie diverse, l'operazione è un contratto di cambio (" ṣarf "). Nei due casi la regola vuole che le due prestazioni avvengano senza intervallo di tempo. Quindi la necessità che i due crediti siano scaduti.

b) Se invece i crediti non sono scaduti, o uno è scaduto e l'altro non lo è, Ašhab ritiene che non si possa operare la compensazione. Infatti, se si permettesse di compensare, per esempio, un credito che è per scadere o già scaduto con un credito la cui scadenza avverrà tra un mese, questa differenza di tempo costituirebbe per uno dei due contraenti un benefizio usurario. Egli riceverebbe il suo credito prima del tempo, e ciò costituisce usura (" ribā "). L'opinione dominante ha ammesso però la compensazione in questo caso, seguendo l'opinione di Abū Yūsuf.

II. – I due crediti consistono in derrate alimentari (" ṭa'ām ") ed hanno per causa un mutuo. Se le derrate sono della stessa specie, la compensazione è lecita. Nè importa che le scadenze siano diverse o che i crediti non siano ancora scaduti. Io devo cento staia di grano a Tizio, che me li ha prestati a un mese. Egli mi deve a sua volta la stessa quantità che io gli ho prestato a quindici giorni. Ciascuno di noi può compensare, perchè il termine del mutuo è a favore del debi-

tore ed io posso rinunziare a quel termine e pagare prima se voglio, come lo può l'altra parte.

Quando invece i crediti sono diversi per genere o per qualità, per esempio, se uno deve grano e l'altro fave, oppure uno deve grano duro e l'altro grano gentile, la compensazione è ammessa solo quando i due crediti siano scaduti.

Difatti, se non fossero scaduti e si potesse compensare un credito a termine per grano con un altro credito a termine, l'operazione si ridurrebbe a vendere una derrata alimentare a termine per un'altra derrata alimentare a termine, il che è vietato, perchè è regola nella permuta di derrate alimentari che lo scambio avvenga seduta stante e senza intervallo di tempo.

Se i due crediti di derrate alimentari hanno per causa una vendita, la compensazione sarebbe vietata, anche se le scadenze e le quantità dovute fossero uguali; compensare significa infatti rinunciare a ricevere quanto ci è dovuto; ma qui si tratta di derrate alimentari di cui non si può disporre prima di averle ricevute. Non importa dunque se i crediti siano o no scaduti. Io ho comprato cento staia di grano da Tizio; Tizio ne ha poi acquistati cento da me; noi non potremo compensare, cioè liberarci l'uno e l'altro delle prestazioni reciproche, prima della esecuzione delle due obbligazioni, perchè vi si opporrebbero due ragioni di nullità: 1° vendita di una derrata alimentare prima di averne preso possesso; 2° vendita di un credito non scaduto per un altro credito non scaduto.

Si supponga invece che i due crediti di sostanze alimentari abbiano per causa, uno una vendita, l'altro un mutuo. Tizio mi ha venduto cento staia di grano; a mia volta, gli ho prestato cento staia. Se i due crediti, uguali per specie e qualità, sono scaduti, la compensazione è lecita; sussistono infatti i due requisiti che rendono lecita la permuta di derrate alimentari: uguaglianza e simultaneità delle prestazioni. Se invece di fare la consegna del grano che deve restituire, una delle parti trattiene, per rimborsarsi, la quantità dovuta, non v'ha pericolo di fare cosa illecita.

III. – I due crediti consistono in effetti mobili (" 'urūḍ ") [261], nome col quale s'indicano tutte le cose in commercio che non siano nè derrate alimentari nè danaro (stoffe, mobili, animali ed ogni altra cosa avente valore commerciale). La compensazione può effettuarsi se gli oggetti dovuti dalle due parti sono della stessa specie e della

[261] *Mud.*, IX, 141–143; Ḫalīl, XII, 9, 10; Zeys, I, 201–202.

stessa qualità. Non importa che abbiano la stessa scadenza o una scadenza diversa; non importa neppure la causa dei crediti; possono dipendere ambedue da mutuo o ambedue da vendita ovvero l'uno da un mutuo e l'altro da una vendita.

Se gli effetti mobili (" 'urūḍ ") sono invece di specie o qualità diversa, la compensazione non si può effettuare, se i due crediti non siano ancora scaduti o non abbiano la stessa scadenza.

§ **73.** L'effetto della compensazione è di operare l'estinzione dei due crediti fino a concorrenza delle quantità rispettivamente dovute. I Malichiti ravvisano nella compensazione un modo di pagamento *brevi manu*: ciascuno dei contraenti paga se stesso di quanto gli è dovuto dall'altro, prendendolo dalla somma o quantità che egli deve a quest'ultimo [262].

CAPITOLO II.

Mutuo dissenso (" iqālah ") [263].

§ **74.** Quando i contraenti, dopo aver concluso una vendita od altro negozio, convengono, sia prima sia dopo la esecuzione, di sciogliere il vincolo stretto tra loro, si verifica un consenso contrario [264] che, risolvendo il negozio precedente, estingue le obbligazioni reciproche delle parti. Questa risoluzione per mutuo consenso si chiama " iqālah ", che è il *distratto* della nostra antica giurisprudenza (*distrat* dell'antico diritto francese o *résiliation* nel diritto moderno).

La " iqālah " è un vero contratto, non semplicemente la negazione del contratto anteriore: è un contratto contrario a quello già perfezionato tra le parti [265] e che deve riporle appunto nelle condizioni in cui erano prima che il contratto disciolto fosse conchiuso.

La " iqālah " presuppone quindi:

1° Un contratto precedente, valido e già perfetto; non si risolve un contratto imperfetto o invalido. Tizio ha comprato un

---

[262] Mayyārah, I, 325; Tasūlī, II, 48.

[263] *Mud.*, IX, 69 sg.; XI, 145; XII, 14; *Muwaṭṭa'*, III, 120; Ibn 'Āṣim, v. 998 sg.; 1026–1028; Tasūlī, II, 138; Mayyārah, II, 71; Ḫalīl, X, § 157 sg.; Zurqānī, V, 167 in f.; Dardīr, III, 134; Ḫiršī, V, 166; cf. *Maǵallah*, a. 163, 718, 1159; *P. C. T.*, a. 461–466; Abū Dā'ūd, III, 190–191; Peltier, *Mouwaṭṭa'*, 55–57, 110–111; Zeys, II, 171.

[264] *Contrarius consensus, mutuus dissensus. Digest.*, 2, 14, 58; 18, 5, 3.

[265] Mayyārah, II, 71.

fondo; Caio interviene ed esercitando il diritto di retratto (" šuf'ah ") risolve l'acquisto di Tizio ed acquista il fondo per sè; è inutile che Tizio dichiari al suo venditore primitivo di rinunciare al contratto, la sua disdetta essendo inefficace, poichè egli non ha più diritto di rinunciare al contratto [266].

2° Un contratto contrario ugualmente valido; le condizioni di validità richieste nel primo contratto si richiedono pure in quello che lo sostituisce e lo risolve.

3° Che non esista divario tra gli elementi costitutivi del nuovo contratto e quelli del precedente. Una " iqālah " che risolve, 'ad esempio, un contratto di compra-vendita non è altro infatti che una nuova vendita contratta in senso contrario della prima tra le stesse parti: « La " iqālah ", dice Ibn 'Arafah, è il rilascio al venditore dell'oggetto venduto, mediante lo stesso prezzo » [267]. Le parti sono invertite, ma è sempre lo stesso contratto; è necessario quindi che nessuno degli elementi del negozio primitivo sia mutato. Chè, se altrimenti fosse, si avrebbe un contratto nuovo, in quanto è diverso dal primo.

« Ogni divario, dice Ḫalīl, nella natura o nella sostanza dell'oggetto impedisce la risoluzione per mutuo consenso (" iqālah "); così, per esempio, se l'animale consegnato al compratore fosse ingrassato o si fosse indebolito o fosse cresciuto, invecchiato, privato d'un occhio; non si può nemmeno restituire un equivalente ». Restituire una cosa simile od uguale non costituisce risoluzione lecita. È necessario che venga restituita la cosa stessa, per esempio, il grano medesimo che è stato consegnato [268].

Onde una difficoltà, se la cosa è stata manipolata o trasformata, mentre si trovava presso l'acquirente, per esempio, se la stoffa è stata cucita, la pelle conciata e così via. In questi casi non si ammette di regola la disdetta (" iqālah "), salvo che la parte cui la cosa vien restituita dia un compenso equivalente al maggior valore acquistato dalla cosa [269]. Se così non fosse, sarebbe facile l'adito ai negozi usurari: infatti un contraente potrebbe, per esempio, prestare del filato di lino,

---

[266] Ḫalīl, X, n. 159 e not. 757.

[267] Ḫiršī, V, 165; cf. *Digest.*, 18, 1, 72 pr.; 18, 5, 2.

[268] Ḫalīl, X, n. 157-158; Mayyārah, II, 73. La risoluzione non può pertanto essere che totale; se fosse solo *pro parte* del contratto primitivo, si avrebbe un negozio nuovo. *Mud.*, IX, 78; Ḫalīl, l. c., nota 748.

[269] Mayyārah-Raḥḥāl, II, 72.

a patto che, risolvendo il contratto, l'altro contraente glielo restituirà sotto forma di tessuto. Si verrebbe così ad eludere il divieto dell'usura; la dottrina lo impedisce prescrivendo che, ogni qualvolta la cosa è stata trasformata, non si possa risolvere il contratto se non pagando il prezzo del lavoro impiegato, in ragione del maggior valore acquistato dalla cosa.

4º È necessario che il venditore restituisca lo stesso prezzo da lui ricevuto, nè più nè meno. « Se la cosa fosse restituita per un prezzo diverso, la risoluzione sarebbe soltanto apparente e costituirebbe in fatto una seconda vendita; se la cosa venisse restituita gratuitamente, sarebbe una donazione » [270]. Non importa che si restituiscano le stesse monete, ma un valore equivalente [271].

5º È necessario che la restituzione della cosa e del prezzo avvengano nel luogo stesso del primo contratto, poichè il mutamento di luogo potrebbe offrire un benefizio indebito ad una delle parti [272].

6º I patti del primo contratto relativi ai termini ed altre clausole debbono essere ripetuti nel contratto, se erano essenziali [273]; invece l'aggiunta di un termine o altra clausola, che non era nel primo contratto, avrebbe per effetto di impedire la risoluzione in quanto tale e costituirebbe una nuova convenzione.

§ **75.** In generale le stesse condizioni richieste per la validità della vendita valgono per la validità della risoluzione volontaria. « La " iqālah " (distratto) è una vendita; vi si richiedono gli stessi requisiti e vi si oppongono gli stessi ostacoli. Perciò, se fatta nel momento in cui vien gridato l'appello alla preghiera del venerdì, la " iqālah " è rescindibile » [274]. Se la cosa restituita in conseguenza della " iqālah " si trova affetta da vizio redibitorio, ignorato dall'acquirente, egli ne dovrà la garentía e l'altro contraente avrà diritto di esercitare l'azione redibitoria nelle condizioni stesse previste per la vendita ordinaria.

---

[270] Ḫirší, V, 165; *Mud.*, IX, 72; XI, 145.

[271] Basta restituire la quantità e il valore ricevuto, indipendentemente dalla identità delle monete.

[272] *Mud.*, IX, 79, 80. La semplice variazione dei corsi, cioè del valore venale della cosa, non sarebbe di ostacolo alla " iqālah ", purchè la cosa sia rimasta immutata nella sua sostanza.

[273] Mayyārah, II, 73.

[274] Zurqānī, V, 189.

Se al momento in cui le parti convengono di risolvere il contratto la cosa, che ne è stata oggetto, fosse già perita, la risoluzione non avrebbe effetto, come nello stesso caso non avrebbe effetto una vendita, per la mancanza di oggetto.

Il perimento parziale della cosa non sarebbe di ostacolo alla " iqālah ", la quale si applicherebbe a quanto è rimasto integro, quando sia tale da avere un valore [275].

§ **76.** Non tutti i contratti ammettono la risoluzione per mutuo consenso (" iqālah "):

1° Non si può risolvere per mutuo consenso una transazione valida intervenuta sopra una contesa giudiziaria, poichè con ciò si verrebbe a sostituire uno stato di cose incerto ed aleatorio, qual'è un processo, ad una condizione di fatto ben determinata, ormai sicura e la legge è favorevole a tutto ciò che diminuisce i litigi [276].

2° La locazione–conduzione a tempo indeterminato, quando l'affitto è stato anticipato ed il conduttore è entrato in possesso, non può risolversi per mutuo consenso (" iqālah "), perchè ciò darebbe luogo alla congiunzione di una locazione e di un mutuo, facile pretesto ad un contratto usurario. Un esempio chiarirà meglio la regola: Tizio ha preso in affitto una casa di abitazione per un dīnār al mese ed ha pagato due dīnār; dopo quindici giorni dall'entrata in possesso di Tizio le parti di comune accordo vogliono risolvere la locazione; la legge lo vieta, perchè, se ciò avvenisse, un quarto della somma pagata nella specie rimarrebbe al proprietario a titolo di affitto e i tre quarti a titolo di mutuo [277].

§ **77.** L'effetto della " iqālah " o risoluzione amichevole è di riporre le parti nelle condizioni di fatto e di diritto in cui si trovavano anteriormente. La formola malichita lo esprime chiaramente [278]: « Dopo conchiusa la compra–vendita tra le parti di cui sopra, nelle condizioni sopra enunciate, i tali e tali si sono presentati ai sottoscritti notari e li hanno richiesti di prendere atto che avevano risoluto reciprocamente la vendita suddetta. In conseguenza di ciò la cosa venduta è tornata in proprietà del venditore ed il prezzo in proprietà del compratore, della qual cosa i notai sottoscritti certificano la verità ».

---

[275] Dasūqī, III, 134; Mayyārah, II, 61, 72; cf. *Maǵallah*, a. 190–191.
[276] Ibn 'Āṣim, v. 322; Tasūlī, I, 213; Mayyārah, I, 147.
[277] Ibn 'Āṣim, v. 1009, 1026, 1028; Mayyārah, II, 75, 82; Tasūlī, II, 151.
[278] Tuwātī, *Formolario*, p. 36.

CAPITOLO III.

Delegazione o cessione di credito (" ḥawālah ") [279].

§ **78.** Ibn al-Ḥāgib definisce la delegazione: « l'atto col quale taluno trasmette al proprio creditore un credito ch'egli ha verso un'altra persona allo scopo di liberarsi dal debito (*ch'egli ha verso il delegatario*) ». Abbiamo qui i due elementi essenziali della vendita [280]: trasmissione della proprietà del credito delegato, mediante un prezzo costituito dal credito di colui al quale il delegante cede la proprietà di quanto gli è dovuto da altri [281].

La delegazione si chiama " ḥawālah " da " ḥāla " = cambiare, mutare, passare da uno stato ad un altro [282], perchè infatti la obbligazione cambia di subietti ed un nuovo creditore si sostituisce all'antico. Si chiama " muḥīl " il creditore delegante; "muḥāl lahu " ed anche " muḥtāl " il delegatario; " muḥāl 'alayhi " il debitore sul quale vien fatta la delegazione; " muḥāl bihi " il debito che viene estinto mediante la delegazione.

§ **79.** La delegazione è un'eccezione al principio di diritto islamico che un credito non si può vendere mediante un credito " bay' al-kālī bi-'l-kālī " [283] ; ma la Tradizione la considera con favore, perchè vi ravvisa quasi un contratto di beneficenza.

« Colui che, potendo pagare, dice il " ḥadīṯ " [284], trae in lungo il suo creditore commette un' ingiustizia e, se ad uno di voi vien delegato un credito sopra un debitore solvente, accetti pure » (cioè

---

[279] Buḫārī, *ḥawālāt* (Krehl, II, 55 sg.); *Mud.*, XIII, 138 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 120, 139-142 (Peltier, 64-67); Ḫalīl, XVII, n. 1 sg.; Dasūqī, III, 284 sg.; Ḫiršī, VI, 16 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 421 sg.; Mayyārah, I, 329 sg.; Tasūlī, II, 52 sg.; *'Amaliyyāt*, 220 sg.; Tuwātī, *Formolario*, pp. 92-93; Ġazālī, I, 181 sg.; Širāzī, p. 66; *Minhāǧ*, I, 36; Zeys, I, 233 sg.; *P. C. T.*, a. 251.

[280] Cf. Tasūlī, I, 129, 18.

[281] Ibn 'Arafah la definisce: « la liberazione di un debitore mediante (cioè ricevendo in corrispettivo) un credito simile verso un altro (debitore) »: " ṭarḥ ad-dayn 'an ḏimmah bi-miṯlihi fī uḫrà ". Dasūqī, III, 284; Ḫiršī, VI, 16.

[282] Come nella espressione " ḥāla 'an makānihi " = « egli mutò di luogo, si trasferì ad altro luogo.

[283] Dasūqī, III, 285.

[284] Buḫārī, *ḥawālah*, n. 1; *Muwaṭṭa'*, III, 140; Muslim, VI, 439; *Mud.*, XIII, 138; " maṭl al-ġanī ẓulm wa iḏā utbi'a aḥadukum 'alà malī fa 'l-yatba' ".

deve accettare). La delegazione è infatti un modo di agevolare al debitore il pagamento del suo debito ed anche di aiutarlo a ricuperare il suo credito; chi accetta una delegazione e si sostituisce al proprio debitore nell'esigere il credito da chi lo trae in lungo fa opera buona ed aiuta a reprimere un'ingiustizia; ed è questa la ragione per cui la giurisprudenza fa eccezione ai principî generali, accogliendo la delegazione senza difficoltà.

SEZIONE I. — Elementi costitutivi.

§ **80.** La delegazione è la cessione o vendita di un credito effettuata allo scopo di estinguere con questa un debito del delegante. Richiede per ciò, come ogni contratto di alienazione: *a*) la capacità delle parti; *b*) il loro consenso; *c*) un oggetto su cui cada il consenso; *d*) la espressione di volontà o *forma*. Oltre questi elementi generali, altri ve ne sono speciali al contratto di delegazione.

A) Diciamo prima dei *subietti*. — La delegazione richiede nel delegante e nel delegatario la capacità di alienare, poichè la delegazione è da parte del delegante un'alienazione, essendo un modo di pagamento, ed è anche un'alienazione da parte del delegatario, il quale rinuncia al suo credito verso il delegante per accettare un altro debitore. Non è quindi valida la delegazione fatta dal demente, dall'impubere, da chi non ha la facoltà di alienare, e così pure quella fatta alle stesse persone.

I subietti della delegazione sono due: il delegante e il delegatario. Una dottrina autorevole (Ibn Salmūn ed altri), seguita da Ḫalīl [285] e dagli Sciafiiti, insegna che non si richiede l'intervento del debitore delegato.

La delegazione è perfetta, secondo questi dottori, col consenso del delegante e del delegatario, anche se il debitore delegato non vi abbia dato il suo consenso od anche se ne abbia ignorato la esistenza, poichè il possessore di un credito ne può disporre come meglio gli piace, come d'ogni altra parte del suo patrimonio, e comunque la posizione del debitore delegato non muta; a lui non importa pagare ad un creditore piuttosto che ad un altro. Si eccettua solo il caso in cui esista inimicizia tra il delegatario e il debitore delegato, poichè

---

[285] Ḫalīl, h. t., n. 1 (1); *Minhāǧ*, II, 36.

allora il mutamento di persona nel creditore non è più indifferente per il debitore. Il suo consenso è quindi richiesto nella specie ed egli potrebbe, qualora non fosse stato interpellato, chiedere la rescissione della delegazione avvenuta a sua insaputa [286].

B) *Forma* (" ṣīġah "). — La delegazione non richiede forme speciali: qualunque espressione, purchè esplicita, che significhi la volontà di trasferire il credito al proprio creditore basta a costituire la delegazione. Così, ad esempio [287]: « Esigi il tuo credito dal tale e da questo momento non ti devo più nulla »; « Io trasferisco al tale ciò che ti devo e da questo momento sono liberato verso di te ». È questa la dottrina prevalente presso i Malichiti. Non manca però chi esige che il delegante adoperi le parole che significano propriamente *delegazione* o *trasferimento* del credito: " aḥaltu laka " « ti ho trasferito », mentre altri, per contrario, si contentano della delegazione tacita o fatta per segni. La dottrina prevalente si contenta di qualunque espressione di volontà, purchè esplicita.

C) *Oggetto*. — Come la vendita ha per oggetto la cosa e il prezzo, così l'oggetto della delegazione è costituito da due termini: il credito delegato e il debito che s'intende estinguere mediante la delegazione. Per la validità della delegazione occorre che ambedue questi termini siano giuridicamente esistenti.

a) Il credito delegato dev'essere valido [288], avere cioè un'esistenza legale che lo renda obbligatorio per il debitore delegato: non si può delegare un credito nullo o rescindibile per la incapacità del debitore. « Non si può trasferire un credito dovuto da uno schiavo che ha contratto senza autorizzazione del padrone, da un impubere, da un pubere incapace di amministrare i suoi beni, da chi ha contratto un debito in conseguenza di una operazione di cambio di oro o argento contratto a termine ». « . . . È necessario che il credito delegato risulti da una vendita o da una permuta o da altra operazione regolare e valida ».

b) Parimenti, il debito [289] che s'intende estinguere mediante la delegazione dev'essere valido, poichè la delegazione mancherebbe

---

[286] I Ḥanafiti richiedono invece sempre l'intervento del debitore delegato (cf. *Maġallah*, a. 281–282; *P. C. T.*, a. 253 nota), perchè nessuno può essere obbligato senza il suo consenso.

[287] Ḫalīl, h. t., n. 1 (3); Tuwātī, p. 92.

[288] Ḫalīl, h. t., n. 1 (2); *Minhāġ*, II, 36.

[289] Ḫalīl, h. t., n. 1 (2); *Minhāġ*, II, 36–37.

di causa, ove il debito, che il delegante intende pagare, fosse insussistente o rescindibile.

§ **81.** A questi requisiti naturali del contratto se ne aggiungono altri speciali al diritto islamico e che sono ispirati a quel timore del " ribā " o lucro senza causa che tanta parte ha avuto nello sviluppo dei sistemi ortodossi.

Si richiede pertanto:

1° che il debito [290], che si vuole estinguere mediante la delegazione, sia scaduto ed esigibile, poichè, se questo debito non fosse ancora scaduto, il creditore, ricevendo in pagamento un credito liquido, realizzerebbe un lucro indebito, un " ribā " (*commodum temporis*). È indifferente, invece, che il credito delegato non sia ancora scaduto; si può delegare un credito anche prima della scadenza di questo, perchè il delegatario non ritrae verun vantaggio dalla delegazione, anzi soffre un pregiudizio per il ritardato pagamento del suo credito;

2° che i due crediti, cioè il credito delegato e quello che si vuole estinguere siano uguali [291]:

a) per il genere;
b) per la qualità;
c) per la quantità.

Supponendo che si tratti di numerario, « i due crediti dovranno essere ambedue di dieci dīnār, per esempio, e i dīnār dei due crediti dovranno essere della stessa specie e avere lo stesso corso; uno dei crediti non dev'essere pagabile in argento e l'altro in oro; uno non dev'essere in dīnār muḥammadiyyah [292] e l'altro in dīnār yazīdiyyah (più scadenti), perchè bisogna evitare ogni diversità nella moneta e quindi ogni lucro usurario (" ribā ") ».

Si ammette però da molti Malichiti la ineguaglianza di quantità tra i due crediti, nei casi in cui il credito delegato è inferiore al debito: se Tizio deve cento e delega un credito di sessanta che ha verso Caio, la delegazione estinguerà il debito di Tizio fino a concorrenza della somma delegata. Non si vede infatti ragione di vietare questa operazione. Ma, se Tizio deve sessanta e delega un credito di cento, si po-

---

[290] *Mud.*, XIII, 141–142; XV, 81; Ḫalīl, h. t., n. 1 (4); Ḫiršī, VI, 17–18; Dardīr–Dasūqī, III, 285; Ibn ʿĀṣim, v. 795; *Minhāǧ*, II, 36.

[291] *Mud.*, XV, 81; Ḫalīl, h. t., n. 2 (5); Ḫiršī, VI, 17–18; *Minhāǧ*, II, 37.

[292] Più pregiati, perchè di oro più fino.

trà sempre supporre che l'operazione dissimuli un contratto usurario, ed i giuristi infatti lo vietano [293].

Per ragioni analoghe è vietata la delegazione [294] quando i due crediti, cioè quello delegato e quello da estinguere, hanno ambedue per causa un " salam " di derrate alimentari. Un esempio spiegherà meglio la regola: Tizio delegante ha venduto a " salam " delle derrate alimentari; dà al suo creditore una delegazione sopra un debitore dal quale deve avere, a sua volta, delle derrate alimentari che Tizio ha acquistato a " salam ". Ma la delegazione è una vendita e le derrate alimentari non si possono vendere prima di averne ricevuto consegna; una delegazione siffatta è pertanto invalida. « In questo caso, dice Mālik nell' *al-Muwaṭṭa'* colui che deve una derrata identica a quella ch' egli ha comprato non fa altro che trasferire al suo creditore una derrata da lui comprata e di cui non ha ancora preso consegna; quando la derrata è dovuta per causa di vendita, la delegazione non è valida, poichè costituisce una rivendita di derrate alimentari prima di averne avuto il possesso ».

Sezione II. — Effetti della delegazione.

§ **82.** La delegazione ha un duplice effetto:

1° di trasferire [295] la proprietà del credito delegato nel patrimonio del delegatario, il quale esercita i diritti del delegante in quanto ha facoltà di esigere il credito dovuto a quest' ultimo. Gli accessori del credito delegato, cioè i pegni, le cauzioni che ne assicurano il pagamento, non si trasferiscono col credito medesimo, per effetto della delegazione; si richiede a ciò un patto espresso. Ed in questo caso occorrerebbe l'intervento del fideiussore o del terzo che ha fornito il pegno, ed il loro consenso a riconoscere il nuovo creditore;

2° di estinguere il debito del delegante verso il delegatario. Dal momento che la delegazione è accettata dal delegatario, il delegante è liberato, come se avesse pagato: la delegazione accettata val pagamento, perchè, accettando la delegazione, il delegatario rinuncia implicitamente al credito ch'egli aveva contro il delegante.

---

[293] Cf. *Mud.*, XV, 81.

[294] *Mud.*, XV, 82; Ḫalīl, h. t., n. 1 (6) e not. 13; Ḫiršī, VI, 18; Peltier, *Mouwaṭṭa'*, p. 65.

[295] Ḫalīl, h. t., n. 2; *Minhāǧ*, II, 37.

Da ciò la conseguenza [296] che il delegante non garentisce l'incasso del credito delegato. « Non v'ha regresso (del delegatario) quando la delegazione è fatta sopra un debitore solvente », dice la rubrica di un capitolo di al-Buḫārī: la delegazione è a tutto rischio e pericolo del delegatario che l' accetta. Se il debitore delegato non paga o vien dichiarato insolvente dopo l'avvenuto trasferimento del credito, il delegatario non ha regresso contro il delegante. S'intende che le parti possono modificare queste conseguenze di diritto e pattuire che, qualora il delegatario non riuscisse ad esigere il credito, egli potrà rivolgersi contro il delegante.

La delegazione si fa a tutto rischio e pericolo del delegatario. Con ciò s'intende che il delegante non garantisce gli eventi successivi alla cessione, per i quali il credito diventa inesigibile. Ma sarebbe contrario alla buona fede se egli potesse esimersi dal rispondere dei fatti anteriori alla delegazione, di quelle cause cioè che già prima dell'avvenuta delegazione avevano compromesso l'esistenza del credito o ne avevano resa dubbia la esigibilità, tanto più se al momento in cui delegava il credito il delegante sapeva che il debitore era insolvente o versava in condizioni critiche o contestava il credito e, nonostante ciò, il delegante abbia lasciato ignorare al delegatario la vera condizione dei fatti [297].

Il delegante garantisce quindi la esistenza del credito che delega. La delegazione non libera il delegante, ed il delegatario ha regresso contro di lui per tutto l'ammontare del suo credito, quando risulti che il credito delegato era inesistente o è rescisso per un motivo di nullità previsto dalla legge o quando il debitore delegato dimostri di aver già pagato o si trovava già in istato d'insolvenza quando la delegazione è avvenuta. In caso di dubbio si presume che, nel tempo in cui è stata fatta la delegazione, il credito delegato era esistente e valido, ma si richiede il giuramento del delegante a confermare questa presunzione.

---

[296] *Muwaṭṭa'*, III, 213; *'Amaliyyāt*, 221; cf. Buḫārī, *ḥawālāt*, n. 1, n. 2 (" in aḥāla 'alà malī fa-laysa lahu radd ").

[297] *Mud.*, XIII, 138; Ḫalīl, h. t., n. 2 e n. 4; Ḫiršī, VI, p. 19. Invece gli Sciafiiti ritengono che il cessionario non abbia ricorso contro il cedente, anche se questi sapeva che il delegato era insolvente: alcuni opinano che avrebbe ricorso se avesse accettato la delegazione col patto di solventezza del debitore. *Minhāǧ*, II, 38.

In riassunto, nel diritto malichita, il delegante non garentisce l'incasso del credito che delega, se la garentía non sia stata pattuita; risponde solo nel caso di dolo o d' inesistenza del credito [298].

V'ha un altro caso di regresso, ed è quando il credito delegato ha per origine un " ḫul' " (Lib. V, § 32), cioè un riscatto che la moglie promette di pagare al marito per ottenere il divorzio: se il riscatto non è pagato, il marito può sempre rivolgersi alla moglie per ottenere il pagamento, finchè la moglie è in vita; ma se la donna muore senza aver pagato, il marito non può chiedere il pagamento agli eredi di lei; il suo credito si estingue, perchè la dottrina malichita ritiene che quel credito non rappresenta il corrispettivo di un valore dato dal marito, ma è il prezzo del consenso da lui prestato al divorzio, consenso che non costituisce una prestazione patrimoniale. Non vi ha quindi contratto commutativo e, morta la moglie, il riscatto si estingue. Se il marito ha delegato il riscatto a lui dovuto e la moglie muore prima che il delegatario abbia incassato il credito, il delegatario non potrà rivolgersi agli eredi della moglie defunta: avrà regresso solo contro il marito delegante.

In altri casi la questione del regresso si presenta in forma meno semplice. Supponiamo che il credito delegato provenga da una vendita, la quale poi sia rescissa [299]: ad esempio, Tizio ha venduto a Caio una merce a termine ed ha delegato a Sempronio il suo credito verso Caio; prima della scadenza del termine, Caio, compratore, restituisce la merce per causa di vizio redibitorio ovvero ne soffre la evizione. Quale sarà la sorte della delegazione? Parecchi dottori malichiti con Ibn al-Qāsim ritengono che la delegazione conservi la sua validità e che il compratore sia tenuto a pagare al delegatario, salvo poi a ripetere il prezzo pagato dal venditore delegante. Tuttavia l'opinione prevalente, con Ašhab, Ibn al-Mawwāz e al-Laḫmī, respinge questa soluzione come antigiuridica e ritiene che la delegazione, nella specie, diventi inefficace [300]. Infatti, dicono quei giuristi, il credito delegato aveva per causa una vendita a termine ed era sospeso a tutti gli eventi cui era subordinato l'esito definitivo della vendita

---

[298] In diritto ḥanafita il delegatario ha sempre regresso contro il delegante, anche se non l'abbia pattuito, in caso di non pagamento del credito delegato, salvo che il delegante abbia stipulato che non garentiva il pagamento.

[299] Ḫalīl, h. t., n. 3; Dardīr-Dasūqī, III, 288; Ḫiršī, VI, 20-21; Zurqānī-Bannānī, VI, 21.

[300] Così anche gli Sciafiiti, *Minhāǧ*, II, 38.

medesima, cioè alle eventuali cause di rescissione. Risoluta la vendita, cade la delegazione che da quella dipendeva ed il delegatario ha solo regresso contro il suo cedente [301].

§ **83.** Il delegatario non ha regresso contro il delegante [302]:

a) quando conosceva lo stato d'insolvenza del debitore delegato od i motivi di nullità del credito, e non si possa imputare dolo al delegante;

b) quando il delegante lo ha informato che non aveva nessun credito verso il debitore delegato, e si è fatto dare quietanza del debito;

c) quando il debitore delegato è intervenuto al negozio ed ha consentito alla delegazione.

CAPITOLO IV.

Dazione in pagamento (" taṣyīr ") [303].

§ **84.** Quando il debitore di una somma determinata in numerario dà in pagamento, al suo creditore, una o più cose, il negozio presenta in sostanza gli elementi essenziali della compra–vendita: scambio di una cosa per una somma in danaro: ond'è che i dottori malichiti vi ravvisano una varietà di vendita, che chiamano " taṣyīr " da " ṣayyara " ' trasferire ', e che è la nostra *datio in solutum*.

SEZIONE I. — Requisiti.

Il " taṣyīr " o dazione in pagamento ha gli stessi requisiti della compra–vendita per quanto riguarda i subietti: capacità di agire tanto nel creditore che paga, quanto in chi riceve il pagamento.

Quanto all'*oggetto* della dazione in pagamento si richiede che sia in commercio; può essere mobili, immobili, animali, schiavi, purchè

---

[301] Se l'oggetto della vendita è uno schiavo e questa sia dichiarata nulla, perchè lo schiavo è riconosciuto ingenuo, la cessione del prezzo diventa nulla. *Minhāǧ*, II, 38.

[302] *Mud.*, XIII, 138–140; Ḫalīl, h. t., 1–2 e not. 5–6.

[303] *Mud.*, VIII, 110; Ibn 'Āṣim, v. 331, 781, 1011 sg.; Mayyārah, II, 75 sg.; Tasūlī, II, 142; *'Amaliyyāt*, 133; Ḫalīl, X, n. 60–61; *P. C. T.*, a. 388–389; cf. Zurqānī, V, 81–82; *Minhāǧ*, I, 387.

la cosa data in pagamento sia proprietà di chi paga; per esempio, una cosa acquistata con condizione sospensiva in favore del venditore non può esser data in pagamento finchè la vendita non sia divenuta definitiva.

Quando il valore dell'oggetto dato in pagamento è superiore a quello del debito, si può compensare la differenza mediante un conguaglio in danaro, dato dal creditore che riceve l'oggetto. Reciprocamente, se la cosa ha un valore minore a quello del credito, il debitore può aggiungere in danaro quanto occorre per completare la somma dovuta. Nel nostro diritto questi principî sarebbero ovvii, ma occorreva enunciarli esplicitamente nei sistemi musulmani per rispondere ai dubbi che sorgono dalle regole del " ribā " o profitto usurario.

Può la dazione in pagamento consistere nel godimento di una cosa ? e per esempio, può il debitore pagare concedendo al suo creditore l'abitazione di una casa, il diritto di cogliere i frutti di un orto, il raccolto di un fondo, ovvero obbligandosi a lavorare il campo del creditore per un numero determinato di giorni ? Mālik e Ibn al-Qāsim decidono in senso negativo per varie ragioni: 1° la incertezza di uno dei termini permutati può dar luogo facilmente ad un negozio aleatorio od usurario vietato dal diritto islamico; 2° questo modo di pagamento richiede un certo tempo e non si può conciliare colla regola che l'oggetto del pagamento deve esser rimesso subito al creditore. La dottrina prevalente con Ašhab ammette che la *datio in solutum* possa consistere in un godimento od in una prestazione di lavoro, purchè il godimento od il lavoro debba compiersi in un tempo molto breve. La questione tuttavia rimane controversa e molti, anche tra i più recenti, negano che l'uso o godimento di una cosa possano validamente formare oggetto di una dazione in pagamento [304].

Sezione II. — Effetti.

La consegna immediata della cosa che vien data in pagamento è requisito essenziale del " taṣyīr ": non si può dare in pagamento un oggetto promettendo la futura consegna, una casa da abitazione con riserva di occuparla ancora per un certo tempo, una schiava che dev'essere sottoposta ad un periodo di osservazione (" istibrā' "), perchè in tutti questi casi si verrebbe a *pagare un debito con un altro*

---

[304] Cf. Mayyārah, II, 76; Zurqānī, V, 81–82.

debito (" qaḍā' ad-dayn bi-'d-dayn "), negozio vietato dal diritto musulmano per la facilità che offre alle operazioni usurarie.

Ma occorre anche la presa di possesso da parte del creditore ? La questione è controversa. Gli uni lo negano [305], perchè si tratta di una vendita e nella vendita non occorre il possesso effettivo per trasferire la proprietà; basta il consenso; altri, invece, esigono il possesso del creditore, perchè nella dazione in soluto occorre qualcosa di più che nella vendita, cioè la consegna immediata, la quale dev'essere accertata in modo formale, essendo un requisito della validità dell'atto.

Quanto agli effetti della dazione in pagamento, essi sono precisamente quelli della vendita: il debitore, che dà una cosa o un credito per estinguere il suo debito, è tenuto alla stessa garentía del venditore, sia pei vizi occulti, sia per la insufficienza del titolo.

CAPITOLO V.

Transazione (" ṣulḥ ") [306].

§ **85.** La tendenza generale della legislazione musulmana, fondata sulla fraternità dei fedeli, doveva essere favorevole alla transazione. Il *Corano* (IV, 127; IV, 114; II, 280) raccomanda la composizione amichevole e le tradizioni riferiscono vari casi in cui il Profeta dà il precetto e l'esempio della conciliazione e loda chi mette pace tra gli uomini [307]; la transazione ha solo per limite i precetti della legge positiva e della morale o, come si esprime il " ḥadīṯ ": « è sempre lecita tra i Musulmani, salvo quella che vieta ciò ch'è lecito o rende lecito ciò ch' è proibito » (" illā sulḥ^{an} ḥarrama ḥalāl^{an} aw ḥallala ḥarām^{an} ") [308], il che significa che la transazione è da approvare sempre, purchè non sia contraria al diritto, non abbia per scopo di eludere la legge.

---

[305] Mayyārah, II, 76-77; *'Amaliyyāt*, 133.

[306] Buḫārī, *ṣulḥ* (Krehl, II, 164 sg.); *Mud.*, XIV, 94; Ibn Māgah, II, 32; Ḫalīl, XVI; Zurqānī, VI, 2 sg.; Dardīr-Dasūqī, III, 273 sg.; Ḫiršī, VI, 4 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 309 sg.; Mayyārah, I, 142-152; Tasūlī, I, 199-213; *'Amaliyyāt*, p. 216 sg.; Tuwātī, p. 97; Zeys, I, p. 225 sg.; *P. C. T.*, a. 1687 sg.; Sciafiiti: Ġazālī, I, 177 sg.; *Minhāǵ*, II, 24 sg.; Širāzī, p. 65; Sachau, p. 359 sg.

[307] Buḫārī, *ṣulḥ*, n. 1-3, 6, 8, 10-12, 14; *maẓālim*, n. 15; Abū Dā'ūd, III, 221.

[308] Buḫārī, *ṣulḥ*, n. 5; Ibn Māǵah, II, 32; Ḫalīl, XVI, n. 2; Ḫiršī, VI, 4; Dardīr-Dasūqī, III, 273.

« La transazione, dice Ibn ' Arafah, è la rinuncia ad un diritto, o ad una pretesa, per un corrispettivo, allo scopo di troncare un litigio o di impedire che sorga (*lett.* per timore che sorga); "aṣ–ṣulḥ al–intiqāl 'an ḥaqq aw da'wà bi–'iwaḍ li–raf' nizā' aw ḫawf wuqū'ihi ").

La transazione ha pertanto due presupposti:

1º Un abbandono reciproco di diritti da parte dei due contraenti [309]; contratto commutativo dunque che ha carattere diverso secondo l'oggetto della rinunzia: chi transige, rinunziando a quanto possedeva o reclamava, mediante un corrispettivo consistente in danaro o in altra cosa fa una vendita od una permuta; se ottiene il godimento temporaneo di una cosa, il contratto è una locazione–conduzione; se si contenta di una parte della cosa domandata, rinunziando al resto, fa una liberalità per la parte cui rinuncia. Comunque, la transazione suppone sempre un sacrificio, una rinuncia da una parte e dall'altra; chi rinuncia al suo diritto senza ricevere compenso fa una liberalità pura, una donazione, ma non transige.

2º La transazione [310] suppone sempre una contestazione sul diritto in sè, ovvero una incertezza sulla esistenza o sull' effettivo conseguimento del diritto preteso. E per questo riguardo gli autori arabi distinguono la transazione in due specie, secondo che avvenga dopo una *confessione* o riconoscimento del diritto che ne è oggetto (ṣulḥ 'alà iqrār ") o dopo una *denegazione* (" ṣulḥ 'alà inkār "). A cagion d'esempio, quando taluno pretende *cento* da un altro e questi, pur confessando il debito, offre sessanta e il creditore accetta a titolo di transazione, questa si chiama *transazione in base a confessione o riconoscimento* (" ṣulḥ 'alà iqrār "). Se il convenuto nega la sussistenza dei fatti allegati dall'altra parte o la quantità del credito, e l'attore, non avendo altra prova o per evitare le noie d'un processo, consente a comporre la vertenza, questa si dice *transazione in base ad una denegazione* (" ṣulḥ 'alà inkār "). La confessione può risultare anche dal silenzio: se la persona, da cui si pretende un debito o si allega un diritto, non risponde e continua a tacere, anche se interpellata dal giudice, il suo silenzio vale confessione e può costituire fondamento di una transazione che si chiama appunto *transazione in base al silenzio* (" ṣulḥ 'alà sukūt ").

---

[309] *Mud.*, XI, 10, 17; XIV, 94 in f., 163, 164; Ḫalīl, XVI, n. 1; Ibn Farḥūn, II, 33 in f.; Ḫiršī, VI, 4; Dardīr–Dasūqī, III, 273; Zurqānī, VI, 5; *Minhāǧ*, I, 24.

[310] *Mud.*, XI, 6, 16–17; Ḫalīl, XVI, n. 2 e not. 10–12; Ibn Farḥūn, II, 34; *Minhāǧ*, I, 24, 27.

Queste distinzioni non hanno tuttavia grande importanza pratica [311]. Sia che avvenga dopo una confessione o dopo il silenzio o dopo una denegazione, la transazione non muta natura ed implica gli stessi elementi essenziali in quanto contratto commutativo.

SEZIONE I — Elementi costitutivi.

§ **86.** Gli elementi essenziali della transazione sono quelli richiesti negli altri contratti commutativi e cioè:

a) i subietti;

b) l'oggetto;

c) la forma o manifestazione di volontà dei contraenti.

A) Nei *subietti* si richiede la capacità di disporre delle cose che sono oggetto della transazione.

La transazione fatta dal padre nell'interesse del figlio impubere viene considerata alla stessa stregua delle altre alienazioni dei beni pupillari e cioè dal punto di vista della maggiore utilità del pupillo. Il padre può validamente transigere per il figlio impubere, quando il diritto è contestato dal debitore e se ne possa temere la perdita, qualora fosse portato in giudizio, sia perchè il diritto non è certo, sia perchè la esazione ne sarebbe dubbia [312].

Invece la transazione fatta dal padre, quando il debitore riconosce il debito e la esazione non sia dubbia, costituisce una semplice liberalità e non è valida, poichè il padre non ha facoltà di alienare a titolo gratuito i beni del figlio; questa transazione sarebbe rescindibile. Il figlio divenuto pubere può impugnarla, sia di fronte al debitore, sia di fronte al padre stesso, qualora il debitore fosse divenuto insolvente.

Quanto al tutore, la transazione da lui fatta nell'interesse del pupillo richiede sempre l'autorizzazione del "qāḍī", assistente nato di tutti gl' incapaci.

B) L'*oggetto* della transazione può essere tanto il diritto o pretesa su cui si transige, quanto la controprestazione promessa;

---

[311] Sulle controversie teoriche tra Malichiti e tra loro e gli Sciafiiti sulla transazione " 'alà al-inkār " e " 'alà al-iqrār ": *'Amaliyyāt*, 217–218.

[312] In un caso solo il padre può transigere sopra un diritto non dubbio del pupillo, ed è quando consente a risolvere il matrimonio della figlia vergine, prima della consumazione, rinunciando alla metà del dono nuziale dovuto dal marito; cf. Ibn 'Āṣim, v. 320; *Muwaṭṭa'* e Zurqānī ad loc., III, 8; Zeys, I, 228.

come oggetto della vendita può essere, rispettivamente, la cosa o il prezzo.

L'oggetto della transazione [313] dev'essere in commercio. Tutto ciò che non si può vendere non può formare oggetto di transazione. Così non si può transigere sulle questioni di stato, per esempio, la libertà, la paternità, la filiazione. Non si può transigere sulla pena stabilita dalla legge per certi reati, come la calunnia (" qaḏf "), la rapina (" ġaṣb "). Solo nei casi in cui la legge stessa ammette la composizione, come nei delitti di sangue, si può transigere su quella composizione [314] (*Cor.*, II, 173, 175; V, 49); il colpevole di un omicidio, per esempio, può riscattarsi pagando ai parenti dell'ucciso un risarcimento in denaro; anche in altri casi la legge stabilisce una pena pecuniaria. Tanto l'una che l'altra di queste obbligazioni possono essere oggetto di composizione [315].

Quando la transazione ha per oggetto derrate alimentari o metalli preziosi, si dovranno osservare le regole speciali del " ribā " o profitto usurario che riguardano la vendita o permuta di quelle materie [316] (cf. Lib. VIII, tit. II). Se l'oggetto in litigio è una derrata alimentare, per esempio, l'obbligazione di consegnare cento staia di grano, e l'obbligato offra, a titolo di transazione, un'altra derrata, per esempio dell'orzo, la transazione non sarà valida, se non si osservino le regole relative alla permuta di derrate alimentari. Si dovrà, cioè, dare una quantità uguale alla derrata dovuta e darla subito, cioè senza intervallo di tempo tra la perfezione del contratto e la sua esecuzione. Non sarebbe valida nella specie la transazione avente per oggetto cento staia di orzo da consegnarsi tra un mese. Un'altra regola relativa al commercio delle derrate alimentari è che non si possano cedere prima di averne il possesso: la stessa regola si applica alla transazione avente per oggetto quelle derrate. Il compratore di una partita di grano, da consegnarsi a un certo termine, non può transigere col venditore prima di averne ricevuto consegna, salvo che l'avesse già in suo possesso per un altro titolo, per esempio, come depositario.

Se oggetto della contestazione è un debito di cento monete d'argento e si transiga mediante un monile dello stesso metallo, saranno

---

[313] *Mud.*, XIV, 149; Ibn 'Āṣim, v. 311; '*Amaliyyāt*, 216; Ḫalīl, XVI, nota 37.

[314] *Mud.*, XI, 17; Ḫalīl, XVI, n. 7.

[315] Se più sono i responsabili, la transazione conchiusa separatamente da uno di essi vale per quanto lo riguarda.

[316] Ḫalīl, XVI, n. 2; X, n. 22 sg.; *Minhāǧ*, I, 25.

da osservare le regole della permuta dei metalli preziosi: il monile dovrà avere lo stesso peso delle monete d'argento ed essere consegnato *in ipso congressu*. Se la transazione è fatta sulla base di un metallo diverso — per esempio, se Tizio, che deve cento monete d'argento, transige mediante un monile d'oro — dovranno osservarsi le regole del contratto di cambio (" ṣarf "): la consegna del monile promesso dovrà farsi senza intervallo di tempo.

Se la transazione ha per oggetto una somma in danaro, si debbono osservare le regole che limitano il commercio del denaro; non si può transigere sopra un debito a termine offrendo di pagarlo subito mediante un abbuono o sconto sul capitale, oppure di pagare ad un termine più lungo mediante un aumento sulla somma dovuta, ad esempio promettendo di pagare 105 invece di 100; tutto ciò costituisce lucro usurario (" ribā ") ed è vietato [317].

Il corrispettivo per cui si transige non dev'essere aleatorio [318]: una cosa aleatoria, come non può essere oggetto di vendita nè costituire un prezzo, così non può essere oggetto di transazione; uno schiavo fuggitivo, un animale selvatico od un uccello nello stato di naturale libertà, un raccolto futuro, dei frutti sulla pianta non si possono promettere a titolo di transazione.

I diritti ereditari possono essere oggetto di transazione, non già quelli eventuali e futuri, ma bensì quelli acquisiti, quando la successione è aperta [319]. L'oggetto della transazione è in questo caso la quota legittima attribuita dalla legge ad ogni erede; su quella quota si può transigere, anche accettando un somma minore, ma solo quando la successione è già liquida ed i debiti pagati, per modo che la parte di ogn erede sia determinata con precisione. Si supponga una vedova e dei parenti più o meno prossimi chiamati insieme ad una successione; gli eredi possono avere interesse ad eliminare la vedova mediante una transazione, e la legge lo permette, purchè l'attivo netto sia già accertato, perchè altrimenti la transazione avrebbe carattere aleatorio. Per lo stesso motivo, se la vedova è ancora creditrice di una parte del dono nuziale (" mahr ") alla morte del marito, non si potrà transigere con essa mediante una somma

---

[317] Buḫārī, *ṣulḥ*, n. 14; *Mud.*, XI, 6, 22, 24–25, 27; Ḫalīl, XVI, n. 2; *Minhāǧ*, I, 26.

[318] Ibn 'Āṣim, v. 326.

[319] *Mud.*, XI, 4–5; Ḫalīl, XVI, n. 6; Zurqānī, VI, 7–8; Dardīr–Dasūqī, III, 276–277; Ḫiršī, VI, 6–7; Ibn 'Āṣim, v. 324.

complessiva, che rappresenti ad un tempo il resto del "mahr" dovuto e la quota ereditaria della vedova: infatti, fino alla liquidazione definitiva della successione, non si può sapere a quanto ammonti precisamente quella quota, e ciò sarebbe un elemento aleatorio che vizierebbe il contratto. Se la successione comprende dei crediti, è necessario che i debitori intervengano alla transazione, perchè ad accertare la consistenza dell' asse ereditario occorre sapere se i crediti siano liquidi e certi.

Per una ragione analoga, quella dell'alea, i coeredi o comunisti non possono transigere tra loro in una divisione attribuendo certi crediti agli uni e certi crediti ad altri, perchè un credito non è sempre un valore sicuro. Un debitore può risultare insolvente, può non pagare, può fuggire ed in questo caso il socio o i soci che si sono accollati gli altri crediti verrebbero ad essere esenti da rischio, il quale sarebbe addossato tutto ad uno o più. È regola pertanto che nella divisione di una comunione i crediti rimangano indivisi e che tutti gli interessati partecipino pro quota ai pagamenti fatti dai debitori fino ad esaurimento del fondo comune [320].

C) *Forma*. La manifestazione di volontà delle parti non è vincolata, nella transazione, a nessuna forma solenne e può essere espressa in qualunque modo, purchè si possa da quello intendere chiaramente la volontà di transigere.

La transazione ha per oggetto una obbligazione *ex delicto*; per esempio Tizio deve un risarcimento per aver consumato o distrutto la cosa altrui o per la rapina di uno schiavo [321]. Egli non potrà transigere offrendo di consegnare a termine una cosa determinata, perchè « paga un debito con un altro debito », sostituisce cioè al valore della cosa, che deve risarcire, una obbligazione a termine, operazione illecita [322]. Egli può solo obbligarsi a pagare a termine una somma in numerario, purchè non superiore a quanto deve, altrimenti il creditore farebbe un prestito fruttifero, che è illecito; se la cosa distrutta era in oro od argento, non si potrà transigere mediante oro a termine, e reciprocamente, poichè ciò costituirebbe una operazione di

---

[320] Si può effettuare la divisione attribuendo ad un interessato un credito, ad un altro un oggetto ereditario; questo modo di divisione si chiama " taḫāruǵ "; cf. Buḫārī, *ṣulḥ*, n. 13.

[321] *Mud*., XI, 3, 17, 18, 19; Ḫalīl, XVI, n. 13 e not. 79–83.

[322] Cf. Ḫalīl, X, n. 60.

cambio, la quale deve farsi senza dilazione[323]. Se la cosa distrutta è una cosa mobile od un animale, la transazione potrà farsi mediante numerario, poichè si ridurrebbe ad una vendita.

SEZIONE II. — Effetti della transazione.

§ **87.** La transazione ha il duplice effetto:

1° di estinguere definitivamente i diritti e le pretese reciproche delle parti sulle cose che sono state oggetto della transazione;

2° di trasmettere a ciascuno dei contraenti la proprietà o i diritti riconosciuti in suo favore dall'altro contraente.

La transazione islamica ha pertanto un effetto traslativo di proprietà e non ,come nel diritto francese e nel nostro, un effetto semplicemente dichiarativo.

Ed è perciò che la transazione è irrevocabile[324]. I contraenti non potrebbero riporre le cose nello stato primitivo, poichè, dal momento che è divenuta perfetta, la transazione estingue definitivamente i diritti che ne sono stati oggetto e vi sostituisce quelli che risultano dal nuovo contratto, poichè, come dicono i Ḥanafiti: « un diritto estinto non può rivivere ». La transazione costituisce una vera e propria novazione, poichè sostituisce all'antico il nuovo stato di diritto che ha il suo fondamento nella convenzione intervenuta tra le parti che hanno transatto.

§ **88.** La transazione non estende i suoi effetti oltre i contraenti ed i loro successori nè ad altri oggetti che non siano quelli contemplati nella convenzione stessa[325]. Quando più persone sono interessate nello stesso affare, come soci o coeredi, la transazione conchiusa da uno di essi per la sua parte non giova e non nuoce agli altri. Questi hanno tuttavia facoltà di aderire alla transazione conchiusa dal loro socio o coerede ed in questo caso di chiedere la loro parte su di quanto egli abbia ricevuto in virtù della transazione. Non hanno però questa facoltà :

a) se, richiesti preventivamente, abbiano rifiutato di dar mandato al loro socio o d'intervenire nel giudizio da lui promosso contro il debitore comune ;

---

[323] Ḫalīl, X, n. 24.

[324] Ibn ʿĀṣim, v. 322.

[325] *Mud.*, XI, 7–9, 12; XIII, 62; Ḫalīl, XVI, n. 8 e not. 56, n. 10–11; Dasūqī, III, 280–282; cf. Zeys, I, n. 345.

b) se hanno preferito esercitare separatamente la loro azione contro il debitore comune, in quanto ciò equivale alla divisione del credito ;

c) quando la quota di ciascuno nel debito o diritto comune è rappresentata da due o più titoli distinti.

Quid iuris quando il credito non è comune, pur essendo scritto in un titolo unico ? Per esempio, se due vendono, con lo stesso atto e per un prezzo unico, pur non esistendo società tra loro [326], due schiavi o due cavalli o due sacchi di grano, di cui ciascuno appartiene ad uno dei venditori, in caso di transazione, il credito rappresentato dal titolo sarà comune o lo si deve considerare come diviso pro quota? La dottrina prevalente ritiene che esista solidarietà, perchè la comunanza del titolo stabilisce una specie di comunione nel credito; avvenuta la transazione con uno dei creditori, l'altro potrà aderirvi e chiedere la sua parte sulla somma ricevuta dall' altro.

S' intende che la transazione conchiusa da taluno in proprio nome e per un diritto ch'egli aveva in una certa qualità, non vincola quella persona, se viene poi ad acquistare quel diritto per un' altra causa. La liberazione data al debitore non vieta, per esempio, al creditore di esercitare il suo diritto se poi acquista lo stesso credito per successione *causa mortis*.

§ **89.** Nella transazione, come in tutti i contratti commutativi, le parti si debbono reciprocamente [327] la garentía delle cose scambiate in virtù della transazione. Questa garentía comprende tanto i vizi occulti quanto la evizione e, secondo la forma assunta dalla transazione, sia che costituisca vendita o locazione o donazione, la parte che vi è tenuta garantisce come venditore o locatore o donante. Per esempio, se la transazione ha carattere di vendita, la parte tenuta alla garentía deve, in caso di vizio redibitorio, sostituire all' oggetto affetto da vizio un altro oggetto che ne sia immune. Se è donazione, non è tenuta a garentía.

§ **90.** *Risoluzione*. La transazione, come tutti i contratti consensuali e commutativi, è risolubile se uno dei contraenti non adempie ai suoi obblighi. In questo caso l'altro contraente ha il diritto di *opzione* (" ḫiyār "), cioè la facoltà di chiedere l'adempimento del contratto oppure la rescissione, oltre ai danni in un caso o nell'altro.

---

[326] Ḫalīl, XVI, n. 10; Dasūqī, III, 282; Ḫiršī-'Adawī, VI, 14.
[327] Ḫalīl, XVI, n. 7 e not. 42.

Le cause per cui si possono impugnare i contratti in generale valgono anche per la transazione. Questa si può impugnare infatti:

1° Per causa di violenza o di dolo o di errore di fatto, ed in certi casi per errore di diritto [328]. Un omicida transige coi parenti della vittima e paga intera la composizione dovuta, ignorando che questa è anche a carico della sua *gens* (" 'āqilah ") la quale è tenuta assieme a lui. Egli giura che ha transatto per errore e si fa restituire quanto ha pagato in più della quota cui è tenuto come membro della sua " 'āqilah ".

2° Per deficienza o inesistenza di causa [329]. Una donna transige con un tale che la rivendicava come sua schiava; la pretesa schiava prova più tardi che è nata libera; un debitore transige sopra un'obbligazione e risulta poi che il titolo era falso o che la sentenza su cui si fondava il credito era nulla; un venditore transige sopra un vizio redibitorio di cui gli si chiedeva risarcimento e che poi risulta inesistente. In tutti questi casi, venuta meno la causa, cade pure la transazione che su quella si fondava. E così pure se dopo la transazione si ritrova un titolo che si credeva perduto, quando la mancanza di quel titolo è stata la causa determinante della transazione. « Quando, dice Ibn Farḥūn [330], il creditore ha smarrito il suo titolo di credito e di fronte alla denegazione del debitore ha dovuto transigere, rinunciando ad una parte della somma dovuta, egli ha il diritto, se poi ritrova il titolo, di ripetere il resto del credito, purchè presti giuramento (a conferma di questi fatti) ».

Lo stesso diritto di impugnativa si avvera quando il debitore, dopo ottenuta la transazione, confessa il suo debito [331], come nella specie seguente: Tizio reclama un credito di cui il debitore nega la esistenza: non avendo titolo, Tizio, si rassegna ad accettare una transazione; avvenuta questa, il debitore confessa il debito. Tizio potrà chiedere la rescissione della transazione, poichè « la cosa ottenuta mediante transazione non è lecita (" ḥalāl ") per il contraente ingiusto (" ẓālim ") » (Ḫalīl, h. t., n. 3), ed è ingiusto chi è di mala fede, negando quanto sapeva di dovere.

---

[328] *Mud.*, XI, 11; Ḫalīl, XVI, n. 9 e not. 64.

[329] Buḫārī, *maẓālim*, n. 2, 3, 13, 16; Muslim, vol. VII, p. 51, 456; *Mud.*, XI, 7, 16; Ḫalīl, XVI, n. 3, 4; Tasūlī, I, 36, 7 sg. La scuola ḥanafita ha regole più rigorose in questa materia; cf. *Maǵallah*, a. 1556 sg.

[330] Ap. *'Amaliyyāt*, 220.

[331] *Mud.*, XI, 16; Ibn 'Āṣim, v. 323; Ḫiršī, VI, 5; Dardīr–Dasūqī, III, 274–275; Zurqānī, VI, 6.

Sarebbe diverso [332] il caso se colui che ha transatto sapeva di possedere una prova decisiva contro il suo avversario e pur nondimeno non l'ha prodotta, nè si è riservato di produrla. La dottrina ritiene che chi ha liberamente rinunciato alla prova che sapeva di avere abbia voluto fare una liberalità e non possa impugnare la transazione spontaneamente accettata.

Una questione elegante, assai controversa tra i Malichiti, è la seguente [333]: Tizio reclama una somma da un'altra persona e, non avendo altra prova, deferisce il giuramento al convenuto. Questi sa di non dover nulla, ed effettivamente non deve nulla; ma il giuramento è cosa grave per un Musulmano che si rispetta ed è, specialmente, lesivo del suo decoro. Per sfuggire al giuramento, il convenuto transige e paga; questa transazione è valida? può il convenuto ripetere quanto ha pagato provando la mancanza di causa? Molti dottori malichiti ritengono che questa transazione sia rescindibile: chi paga in questo stato di fatti, dice Ibn Hišām, commette uno sperpero di beni (“ iḍā'at al-māl ”), cosa vietata dalla legge; inoltre, dà un cattivo esempio, perchè concede un premio ad una forma di ricatto; trasgredisce al precetto del Profeta, perchè dà ciò che non deve, mentre il Profeta ha detto « ogni transazione è valida, tranne quella che fa lecito ciò che è illecito » e chi paga, non dovendo nulla, rende lecito per l'avversario ciò che in realtà sarebbe un acquisto illegittimo. Malgrado questa forte motivazione, l'opinione prevalente, con Ḫalīl (l. c.), ritiene valida la transazione fatta allo scopo di evitare un giuramento. Poichè il desiderio di evitare un processo, un giuramento pubblico e quella specie di disdoro che nelle idee musulmane risulta da tutto ciò per un uomo che si rispetta è causa sufficiente a legittimare un sacrificio pecuniario e non può considerarsi un inutile sperpero di beni.

§ **91.** L'errore o l'ignoranza di diritto non possono, di regola, essere invocati per impugnare la transazione. Non si può nemmeno invocare la lesione, salvo che si provi il dolo, dell'altro contraente o che colui che l'invoca sia un impubere od un “ waqf ”, equiparato dalla legge al minorenne o incapace.

Quando le parti hanno transatto in modo generico su tutti gli affari esistenti tra di loro, liquidando così ogni rapporto, il ritrovamento, posteriore alla transazione, di documenti ignoti alle due parti e che, se fossero stati noti prima, avrebbero dato un aspetto diverso a

---

[332] Ḫalīl, XVI, n. 5; Zurqānī, VI, 4–7; cf. *'Amaliyyāt*, p. 220.

[333] Ḫalīl, XVI, n. 2 e not. 9.

quei rapporti, non basterebbe, secondo Mālik e molti dottori della sua scuola [334], per chiedere la rescissione della transazione. S'intende che, se quei documenti fossero stati sottratti per dolo dall'altro contraente, la impugnativa sarebbe sempre di diritto, *ex capite doli*.

Quando taluno[335] ha dovuto sottostare, suo malgrado, ad una coazione morale o fisica ed accettare una transazione, la legge offre modo, in certi casi, di difendersi dalle conseguenze del suo atto: è quello che si chiama " īdā' " ed anche " istir'ā' " o protesta segreta; ecco in che consiste: Tizio, non avendo titolo, ha dovuto transigere per una somma minore del suo credito effettivo, di fronte alla denegazione del suo debitore o contentarsi di rinunciare a quanto doveva avere, per timore della potenza del suo avversario o per non incorrere in perdite più gravi in altri affari che aveva in comune con lui o ha dovuto riconoscere all'avversario dei diritti che questi non aveva. Per sottrarsi alle conseguenze di questa violenza, Tizio, prima di accettare la convenzione o poco dopo, fa prendere atto da due notai delle circostanze che lo obbligano a transigere in quel modo, dichiarando che si riserva di esercitare i suoi diritti appena sarà in grado di farlo. Quest'atto basta a conservare i suoi diritti, malgrado ogni apparente rinuncia.

Ecco un esempio di questa protesta segreta, che trovo nei *Consulti* " fatāwà " dello šayḫ 'Ilayš, moderno giureconsulto malichita [336]. Due fratelli vivevano in comunione di beni; uno dei fratelli muore, lasciando un figlio minorenne, il quale continua a convivere collo zio, rimasto solo amministratore del patrimonio comune, assai cospicuo. Giunto il nipote alla maggiore età, lo zio gli dice: « Tuo padre non ha lasciato nulla ed il patrimonio che ora possiedo è tutto frutto del mio lavoro; se tu consenti a farmi una dichiarazione notarile in questo senso, ti darò quattromila "qirš"; altrimenti, non ti darò nulla». Il nipote finge di accettare, ma nello stesso tempo si presenta a due notari, dicendo che era in procinto di dare una quietanza generale a suo zio, ma che con ciò egli non intendeva obbligarsi; non avendo i mezzi per muover lite allo zio, accettava la proposta per ottenere i quattromila "qirš" da lui promessi, ma si riservava di esercitare i propri diritti contro lo zio appena gli fosse possibile. Lo šayḫ 'Ilayš, richiesto di un parere sul valore di quella dichiarazione e sulla possi-

---

[334] *'Amaliyyāt*, 220.

[335] 'Ilayš, II, 138; *P. C. T.*, a. 500; Tuwātī, p. 102 sg.

[336] 'Ilayš, l. c.

bilità d'intentare l'azione, rispose: « La protesta segreta può essere invocata dal nipote, il quale è nella condizione di chi, non avendo a disposizione i mezzi di prova che possedeva, ha dovuto sottostare ad una transazione che gli è stata imposta da un debitore di mala fede ».

CAPITOLO VI.

Riconoscimento o confessione di debito (" iqrār ").

SEZIONE I. — Concetto.

Per terminare la serie dei negozi, che implicano un tramutamento di proprietà e sono perciò assimilati alla vendita, rimarrebbe a far parola di tre altri contratti: *a*) il compromesso (" taḥkīm "); *b*) la divisione (" qismah "); *c*) il riconoscimento o confessione di debito o di altro diritto a favore di un'altra persona.

Ma il compromesso (" taḥkīm "), cioè la convenzione colla quale le parti costituiscono un arbitro (" ḥakam ") per dirimere le loro controversie, appartiene piuttosto alla procedura, per ragione di materia. La divisione (" qismah ") è il modo di porre fine ad una comunione, e ne è parola nel trattato della società ed in quello delle successioni. Rimane quindi la confessione o riconoscimento di diritto (" iqrār ") in favore altrui, e di questo dobbiamo ora indicare la natura e gli effetti [337].

§ **92.** La promessa di riconoscere un diritto non vale confessione. Se una persona, stretta dal suo creditore, gli dice: « Dammi un mese di tempo ed io dichiarerò (o confesserò) » oppure semplicemente: « Confesserò », ciò non vale riconoscimento di debito; è solo un modo di guadagnar tempo e dà solo al creditore il diritto di deferire il giuramento al preteso debitore per fargli dichiarare s'egli non intendeva con quella parola di confessare il debito. Altro caso: una persona chiede un libro in prestito; per esimersi da questa richiesta, il possessore dice che il libro è di Tizio. Tizio non può prevalersi di questa sola enunciazione per ripetere il libro come suo [338].

---

[337] Ḫalīl, XXI (*iqrār*).

[338] Ḫalīl, XXI, § 2 e nota 12–13, § 4 e nota 21, § 5 e nota 32; Dasūqī, III, 351.

Il riconoscimento di debito o confessione è pertanto la dichiarazione che viene emessa coll'animo ed allo scopo di costituire da parte di chi la emette un diritto in favore di un'altra persona o, come definisce Ibn 'Arafah: « una enunciazione che costituisce un diritto a carico di chi l'ha emessa »; può essere giudiciale o extra giudiciale, ma ciò non ne muta la natura [339].

§ **93.** Il riconoscimento ("iqrār") è quindi un contratto [340], di cui gli elementi costitutivi sono:

a) colui che emette la dichiarazione o confitente (" muqirr ");

b) colui in favore del quale la dichiarazione è stata emessa (" muqarr lahu ");

c) l'oggetto della dichiarazione (" muqarr bihi ");

d) la forma (" ṣīġah ") o espressione della volontà (" ṣīġat al-iqrār).

A). - *Il confitente* (" muqirr ") [341]. — Chi emette la confessione dev'essere: *a*) capace di alienare in generale; quindi l'impubere, l'alienato di mente, lo schiavo non si obbligano mediante la confessione; *b*) avere la capacità di disporre della cosa che è oggetto della confessione: il prodigo interdetto, l'oberato (anche prima della dichiarazione d'insolvenza) non fanno confessione valida quando si tratta di diritti patrimoniali.

È valida invece la confessione dello schiavo, quando si tratta di fatti che non si riferiscono al patrimonio; per esempio, di un delitto che importa per lui una pena corporale.

La confessione del padre o tutore a nome del pupillo è sottoposta alle regole dell'alienazione dei beni pupillari; quella della donna maritata alle regole generali del matrimonio (cf. Lib. IV, § 14; V, § 16); quella del malato durante la sua ultima malattia alle regole enunciate nel Lib. IV, § 11 cui conviene aggiungere qualche particolare chiarimento [342] :

a) Quando la dichiarazione o confessione è a favore di un erede per cui il malato aveva un'affezione speciale (per esempio, una

---

[339] Dardīr–Dasūqī, III, 348; Mayyārah, II, 225; Ḫiršī, VI, 86–87; cf. *Maġallah*, a. 1572.

[340] Cf. l'*Anerkennungs–vertrag* del diritto germanico; Ḫalīl, XXI, n. 1.

[341] *Mud.*, XIII, 98–99; XVI, 93; XV, 77; *Muwaṭṭa'*, IV, 24; Ḫalīl, XXI, n. 1 e nota 2; XXVI, § 1 (a) e not. 6; cf. *Maġallah*, a. 1573, 1576; *Digest.*, 42, 2, 6 § 5.

[342] Ḫalīl, XXI, n. 1; Ibn 'Āṣim, v. 1405–1408, 1415; Dasūqī, III, 350–351.

moglie prediletta) o che egli aveva ragioni particolari di favorire, la validità ne è subordinata al consenso degli altri eredi.

Se invece non si può sospettare l'autore delle dichiarazioni di una speciale parzialità, la dichiarazione sarà valida, anche senza il consenso dei coeredi. Si supponga, per esempio, un "iqrār" emesso in favore di una moglie per la quale il malato aveva una certa avversione o d'un figlio ribelle e poco affezionato ai genitori; non si potrà supporre parzialità o preferenza ingiusta nella dichiarazione del malato.

Ma può avvenire che la moglie, per la quale il malato non aveva nessuna speciale affezione, abbia un figlio impubere: ecco di nuovo sorgere il sospetto che il malato abbia voluto, sotto il nome della madre, favorire specialmente il figlio di lei, a danno degli altri coeredi; si richiederà in questo caso, a convalidare la confessione, il consenso dei coeredi.

b) Il riconoscimento di debito o confessione in favore di un erede è valido se ha causa legittima; quando, per esempio, il figlio possiede un patrimonio proprio, proveniente dalla successione di sua madre, da un legato, da una donazione a lui fatta, o quando tra padre e figlio esistano rapporti di affari da cui risulti un credito in favore del figlio; in questi casi e altri analoghi, esistendo una causa che la giustifichi, sarà valida la dichiarazione del malato a favore dell'erede.

In sostanza, la validità delle dichiarazioni eccedenti il terzo disponibile emesse dal malato saranno da esaminare caso per caso: si dovrà dichiararle inefficaci se sospette di parzialità o tendenti ad eludere le leggi successorie; riconoscerle valide, invece, quando appaiano giustificate o non vi sia motivo di sospetto.

B). – *Colui cui è fatta la dichiarazione* (" al-muqarr lahu "). — La confessione è un contratto, poichè, salvo la successione *causa mortis*, che è un acquisto forzoso, niuno acquista contro la sua volontà [343]: *invito non acquiritur*, in diritto musulmano come già in diritto romano. Se colui in favore del quale è fatta la dichiarazione vi oppone un diniego od un rifiuto, e per esempio, se Zayd dichiara di dover mille a Ḫālid e questi risponde: « Tu non mi devi nulla », la confessione di Zayd non avrà effetto.

Ma occorre, per rendere inefficace la dichiarazione, che il rifiuto sia categorico. Se la persona, cui è diretta, risponde in modo evasivo,

---

[343] Ḫalīl, XXI, § 1.

dubbioso, la dichiarazione rimarrà in sospeso, finchè quella persona abbia espresso più precisamente la sua volontà. Se Zayd dichiara di dover *mille* a Ḫālid e questi risponde: « Non sono sicuro che tu li debba a me », « Non so di questo debito », « Non mi rammento veramente che tu mi debba qualcosa », non si può dire che Ḫālid abbia respinto la dichiarazione e converrà aspettare ch'egli si spieghi più chiaramente.

Chi accetta la dichiarazione non dev'essere sospetto [344] e deve anch'egli avere la capacità di contrarre; l'incapace non emette accettazione valida.

Si eccettuano i casi seguenti, considerati in diritto musulmano come *causae favorabiles* [345]:

a) il nascituro, essendo questi capace di acquistare anche prima di venire alla luce;

b) gli enti morali (la moschea, il ponte o altro edificio pubblico erigendo o già eretto) acquistano anche senza un atto formale di accettazione;

c) l'impubere, anche non assistito dal tutore, accetta validamente la confessione di debito fatta in suo favore; in questo caso il contratto è obbligatorio per il maggiorenne capace.

Non importa sempre che la confessione sia fatta direttamente a colui in favore del quale è emessa. Vi sono casi in cui la dichiarazione fatta ad un terzo crea un diritto a favore di altri; esempio: *Primo* si presenta a *Secondo* dicendo di aver ricevuto mandato di esigere mille dīnār che Secondo deve a *Terzo*. Secondo riconosce di dovere la somma a quest'ultimo e promette di pagarla a Primo quale mandatario. Nel frattempo Terzo, informato del fatto, dichiara di non aver mai dato mandato a Primo di riscuotere quella somma per lui. Terzo non dovrà pagare nulla a Primo, ma intanto la dichiarazione da lui fatta in favore di Terzo lo obbliga pienamente, come se egli l'avesse fatta a quest'ultimo.

Nello stesso ordine d'idee, il mandato, conferito da una persona al suo rappresentante in giudizio di riconoscere un'obbligazione od un diritto, fa piena fede contro il suo autore, anche prima che il rappresentante abbia fatto la dichiarazione.

---

[344] Si ritiene sospetto un amico intimo, un parente stretto, in cui si potrebbe sospettare la collusione.

[345] Ḫalīl, XXI, § 1 e 3; Zeys, II, 22–23; cf. *Maǵallah*, a. 1574.

C). – *Oggetto.* — Può essere oggetto di " iqrār " tutto ciò che può formare oggetto di diritto: un debito, una liberazione di debito, l'esistenza di una società in accomandita (" qirāḍ "), un deposito, lo stato di paternità o di filiazione sono tra gli oggetti di " iqrār " indicati nelle fonti [346]. Occorre solo che sia possibile, giuridicamente o fisicamente. Non avrà pertanto efficacia la confessione o dichiarazione che enuncia [347]:

1° un fatto evidentemente inesistente (per esempio, se un bambino impubere asserisce di essere maggiorenne) o fisicamente impossibile;

2° un fatto che tende a costituire un'obbligazione contraria alle leggi od ai buoni costumi o ad eludere le disposizioni della legge: a quest'ordine d'idee appartiene la *compra-vendita simulata* ("ta'līġ, tawliġ "), quando il compratore non può o non vuole figurare e agisce mediante interposta persona; la *vendita di favore* (" muḥābāh "), in cui si fa figurare una persona fittizia per dissimulare una cessione fatta a patti troppo favorevoli ad un erede od altra persona che si vuole avvantaggiare.

D). – *Forma* (" ṣīġah "). — Il riconoscimento o confessione di diritto non esige forma speciale; può farsi verbalmente o per iscritto, od anche per gesti da chi è malato o muto [348].

Può anche essere tacita ? Per esempio, se taluno dice ad un altro: « Tu mi devi cento » e l'interpellato tace, il silenzio vale confessione di debito in questo caso ed altri simili ? Ibn al-Qāsim ha professato in proposito due opposti pareri; Ibn Rušd, seguíto dalla dottrina prevalente, insegna che il silenzio, in questi casi, non vale confessione [349] (cf. *Digest.*, 50, 17, 142).

Ma, qualunque sia la forma adottata, è necessario che ne risulti chiara la volontà del dichiarante. Non importa che questa volontà risulti direttamente dalla dichiarazione o ne sia la conseguenza implicita, ma necessaria. Si obbliga ugualmente chi dice: « Devo tanto al tale », « Ho ricevuto dal tale », quanto chi, richiesto di pagare, risponde: « Ti pagherò oggi stesso », « Sicuro », « Sta bene » oppure

---

[346] Ḫalīl, XXI, n. 17; Mayyārah, II, 226.

[347] Ḫalīl, XXI, § 1 e not. 5; Tasūlī, II, 299; Ibn Farḥūn, II, 36; cf. *Maġallah*, a. 1577.

[348] Ḫalīl, XXI, n. 1 (b); cf. *Maġallah*, a. 1577.

[349] Bannānī, VI, 97; Dasūqī, III, 353.

dice « Non ho di che pagarti »; « Ora non posso ». È evidente che tali espressioni equivalgono ad un riconoscimento del diritto preteso [350].

Sarà invece da considerare rifiuto o diniego una risposta ironica o derisoria: « Aspetta che ti paghi ! »; « Chi deve pagare, io o un altro ? »; « In quale moneta vuoi che ti paghi ? » [351].

Dipenderà dalle circostanze di fatto il decidere se una risposta evasiva o dubbiosa si debba considerare quale riconoscimento: « Mi pare di dover mille »; « Per quanto io sappia, ti devo mille »; « Aspetta che venga il mio agente » [352].

§ **94.** Nei casi più dubbi, soccorrono alcune presunzioni [353]; chi dice « Io debbo una certa somma al tale » senza precisare la cifra, si presume abbia riconosciuto un debito di venti dīnār, perchè questo è il minimo imponibile della " zakāh ".

Quando l'espressione è in forma alternativa: « Debbo questa pecora o questo camello », il confitente deve la prima delle cose da lui indicate: « Una delle due vesti è tua »; spetta al confitente precisare quale delle due sia dovuta o, se non può o non vuole, la scelta spetterà al creditore.

Non ha effetto la dichiarazione condizionale, per esempio: « Gli debbo cento se giura », salvo che sia emessa in un giudizio.

Quid iuris se la dichiarazione di debito si trovi ripetuta identicamente, e per esempio, se Tizio dichiara dinanzi a testimoni di dover cento a Sempronio e poi risulta che la dichiarazione, identica per la sostanza, per la somma e per la persona è stata fatta di nuovo dallo stesso Tizio? Dovrà egli la obbligazione una volta sola o due ? La questione è variamente risolta dai Malichiti [354]. Gli uni vogliono che si stia all'affermazione del creditore, purchè confermata dal suo giuramento; altri invece che si debba stare a quanto afferma il debitore, sotto giuramento, perchè nel dubbio dobbiamo attenerci alla soluzione più mite (*in dubiis quod minimum est sequimur*), ed è questa l'opinione di Saḥnūn, cui Mālik era giunto dopo aver molto esitato. Quando il duplice debito risulta, non già da prova testimoniale, ma da due documenti scritti, Ibn al-Ḥāǵib, seguíto da Ḫalīl, distingue:

---

[350] Ḫalīl, XXI, n. 4 e not. 22; Zurqānī, VI, 96; cf. *Maǵallah*, a. 792.
[351] Dasūqī, III, 353; cf. *Maǵallah*, a. 792.
[352] Ḫalīl, XXI, § 4 e not. 23–24.
[353] Ḫalīl, XI, § 8 e not. 37–42, § 10–11 e not. 52; Dardīr–Dasūqī, III, 359–360.
[354] Ibn 'Āṣim, v. 1416–1418; Ḫalīl, XXI, § 8; Dardīr–Dasūqī, III, 358; Zurqānī, VI, 101; Mayyārah, II, 230.

quando i due documenti esprimono la causa dell'obbligazione e questa è identica nei due, si dovrà solo quanto risulta da uno degli atti. Se invece la causa è diversa, si dovrà quanto risulta dai due atti. La dottrina prevalente, con Ibn 'Arafah, respinge la distinzione; quando si producono due documenti di debito verso la medesima persona, questa deve, in caso di dubbio, quanto è scritto nei due documenti, tanto se la causa delle due obbligazioni sia la medesima, quanto se sia diversa, ovvero non sia espressa la causa, perchè ogni titolo ha per se stesso un valore patrimoniale distinto da quello dell' altro.

§ **95.** La confessione non si può scindere. Pertanto:

a) La confessione o dichiarazione concepita in termini generali deve essere intesa nello stesso modo. La quietanza generale, con cui taluno libera un altro *da tutto* quanto gli deve o da *ogni obbligazione*, ha per effetto di liberare assolutamente l'obbligato, rispetto alle obbligazioni incorse anteriormente alla quietanza, anche se abbiano per causa un delitto [355].

b) « La confessione vale a provare il *termine* allegato dal confitente » dice Ḫalīl; in altri termini, quando il debitore riconosce di dovere la somma richiesta, ma allega che la deve ad un certo termine, la confessióne è inscindibile. La dottrina distingue, però, secondo il negozio cui si applica la confessione:

1° se il debito ha per causa una compra-vendita e il debitore indica un termine che, secondo la consuetudine, è probabile, la sua confessione farà fede quanto al termine indicato; non farà fede se il termine è inverosimile e il debitore, giurando, viene creduto in quanto allega;

2° quando il debito ha per causa un mutuo, l'affermazione del debitore non fa fede e basta che il creditore giuri escludendo il termine, per avere causa vinta, perchè il termine nel mutuo non si presume e chi lo allega deve provarlo. Ibn 'Arafah respinge questa distinzione; ma Ḫalīl e la dottrina prevalente l'hanno seguíta, perchè conforme al testo esplicito della *al-Mudawwanah* [356].

c) La dichiarazione o confessione di debito non si può scindere in danno di chi l'ha emessa, se manca ogni altra prova della obbligazione o del diritto allegato verso di lui [357].

---

[355] Ḫalīl, h. t., n. 15; Ḫirší, VI, 99; Dardīr-Dasūqī, III, 361; cf. *Digest.*, 46, 4, 19 § 1; *Cod.*, VIII, 43, 3, 13.

[356] Ḫalīl, h. t., n. 6 e nota 33; *Mud.*, X, 86 in f., 87; Bannānī, VI, 98-99; Dardīr-Dasūqī, III, 355; 'Adawī, VI, 93.

[357] Ḫalīl, h. t., § 5, § 8, § 14; Dasūqī, III, 353-354; Zeys, II, p. 24.

Tizio dichiara: « Riconosco che la casa tale appartiene a Sempronio, salvo la stanza tale o il tal muro divisorio ». La casa sarà da attribuire a Sempronio, meno la stanza o il muro, per la inscindibilità della confessione. Chi riconosce di aver ricevuto una somma, soggiungendo però che le monete erano false o mancanti di peso, fa una confessione che non si può scindere. « Colui, dice Ibn Farḥūn, che riconosce di dovere una certa somma, ma aggiunge una dichiarazione che distrugge questa sua confessione, fa una confessione nulla, salvo che l'altra parte dimostri il contrario. Per esempio, se taluno dice: « Devo mille al tale per valore di maiale o di vino », egli non contrae nessuna obbligazione [358], salvo che l'altro risponda: « No, i mille mi sono dovuti per valore di seta » e faccia la prova di quanto afferma, prestando giuramento. Tizio ammette di aver riconosciuto un debito, ma dice di averlo riconosciuto quando era ancora impubere; la confessione non si può scindere a suo pregiudizio, salvo che l'avversario dimostri che Tizio non era impubere quando ha riconosciuto la obbligazione.

§ **96.** La dichiarazione o confessione [359] si può scindere, invece, quando i fatti enunciati non costituiscono un tutto indivisibile: per esempio, quando la dichiarazione si riferisce a fatti distinti tra loro o tali che uno dei fatti possa provarsi anche indipendentemente dalla confessione. Tizio ammette di aver confessato il debito, ma soggiunge che in quel momento era malato o pazzo. La malattia o la pazzia sono stati eccezionali e contingenti, e chi li allega deve farne la prova. La confessione sarà dunque da scindere: Tizio sarà debitore in virtù della sua confessione, quindi spetterà a lui di stringerne l'effetto provando la eccezione che allega.

Tizio risponde a chi gli reclama un debito: « Ti ho pagato ». In queste parole è un riconoscimento del debito; spetta poi al convenuto provare il pagamento.

Del pari, se taluno risponde, a chi rivendica da lui un oggetto: « Tu me l'hai donato » o « venduto » o « prestato », la confessione si scinde, perchè il convenuto ammette di avere la cosa, ma oppone un fatto distinto che a lui spetta provare.

Quando una persona riconosce di dover mille, per esempio, ma subito dopo dichiara che la obbligazione manca di causa, perchè egli non ha ricevuto l'oggetto in vista del quale si era obbligato, la

---

[358] Occorre appena rammentare che quelle sono materie fuori di commercio pei Musulmani.

[359] Ḫalīl, XXI, n. 4 e not. 18.

confessione si può dividere contro chi l'ha emessa; egli è debitore, perchè ha riconosciuto di dover mille; la riserva da lui aggiunta non muta l'esistenza del fatto ed egli deve provarla, perchè è cosa distinta da quello. Se avesse voluto sostenere che non doveva nulla, avrebbe dovuto dire: « Non devo nulla, perchè non ho ricevuto la cosa in contemplazione della quale mi ero obbligato ». La sua confessione sarebbe allora indivisibile [360].

È divisibile parimenti la confessione se tra le due cose, che ne sono oggetto, non v'ha connessione necessaria. Tizio dichiara di avere in deposito una veste appartenente a Sempronio, rinchiusa in una cassa; il riconoscimento vale per la veste, ma non comprende la cassa, perchè tra i due oggetti non v'ha nesso necessario [361]. Ma se Tizio dichiara di aver presso di sè dell'olio, che spetta a Sempronio, la confessione relativa all'olio si estende al recipiente ove quello è contenuto e che ne è, per così dire, parte integrante [362]. Così pure è indivisibile la confessione di chi dice: « Ho l'anello, ma la gemma è mia ».

SEZIONE II. — Riconoscimento di paternità o di parentela (" istilḥāq, iqrār an-nasab ").

§ **97.** Il riconoscimento di paternità [363] è caso speciale del riconoscimento o dichiarazione di diritto (" iqrār ") a favore di altri; non è altro infatti che la dichiarazione o confessione con cui taluno afferma che taluno è suo figlio. Si chiama però non " iqrār ", ma " istilḥāq "; " istilḥāq " significa propriamente *adottare* (annettere a sè) e si applicava alle adozioni di schiavi o di prigionieri di guerra con cui le famiglie o le tribù cercavano di accrescere il numero dei loro componenti, a dare maggiore prestigio o potenza al loro gruppo. L'Islām abolì l'adozione; rimase quindi la parola a significare il riconoscimento di paternità che ne fa le veci. Su ciò basterà riferirsi a quanto si è detto nel Lib. V, § 22 di quest'opera.

---

[360] Ḫalīl, XXI, n. 5 e not. 26–27.

[361] La questione è controversa, secondo Ḫalīl, l. c., n. 9.

[362] *Mud.*, XIV, 73; Ḫalīl, l. c., n. 7.

[363] Ḫalīl, XXI, n. 17 sg.; Dasūqī, III, 361; Ḫiršī, VI, 100; Zurqānī–Bannānī, VI, 105; cf. *Aġānī*, I, p. 7 ult.; Goldziher, *M. St.*, I, 136.

§ **98.** Ma, oltre che al riconoscimento di paternità, l' " iqrār " serve pure al riconoscimento di parentela (" iqrār an-nasab ") [364]; gioverà qui dirne qualche parola.

Il riconoscimento di parentela è la dichiarazione colla quale due parenti dello stesso grado affermano che taluno è parente del defunto, del loro medesimo grado, ed ha diritto ad essere chiamato alla sua successione.

Il riconoscimento o confessione di parentela (" iqrār an-nasab ") ha il carattere e gli effetti di una testimonianza; si richiede perciò nei dichiaranti:

a) la idoneità ad essere testimone (" 'adālah ") (Lib. IV, § 16);

b) che i dichiaranti siano parenti del defunto nello stesso grado della persona da loro riconosciuta; per esempio, occorre che siano due figli del *de cuius* per riconoscere un terzo come figlio del *de cuius* e quindi come loro fratello, due zii per riconoscere un terzo come zio del *de cuius*. Si assicura con ciò la sincerità della dichiarazione; infatti, nel sistema successorio islamico i parenti dello stesso grado concorrono alla stessa quota legittima, sicchè, quando due fratelli o due zii riconoscono una persona come loro fratello o come zio del defunto, essi lo ammettono a partecipare, con loro, alla quota di eredità devoluta ai figli, agli zii ecc., diminuendo quanto a loro spetterebbe. Si comprende perciò che un parente di grado diverso ed anche meno un terzo estraneo non abbiano veste per riconoscere ad altri la qualità di parente del *de cuius*.

L'effetto del riconoscimento è duplice:

a) conferisce al riconosciuto la qualità di parente del *de cuius*;

b) gli dà diritto di essere chiamato alla successione, in quella qualità, assieme ai parenti dello stesso grado.

Ciò si verifica, tuttavia, quando il riconoscimento è fatto da due testimoni incensurabili, parenti dello stesso grado. *Quid iuris* se quei testimoni non avessero tutti i requisiti richiesti? [365].

Conviene distinguere:

a) il riconoscimento è fatto da due parenti dello stesso grado, ma che, come testimoni, non sono ineccepibili. La loro dichiarazione non basterebbe a conferire al terzo la qualità di parente del *de cuius*, ma vale contro di loro: la persona da loro riconosciuta come

---

[364] *Muwaṭṭa'*, III, 203; *Mud.*, VIII, 99; Ḫalīl, XXI, n. 22-25.

[365] Ḫalīl, XXI, n. 25 e not. 88.

parente ha diritto di partecipare con loro alla quota ereditaria loro spettante;

b) il riconoscimento emana da un solo parente, perfettamente idoneo; questo testimone singolo non è sufficiente, poichè la legge esige due testimoni per riconoscere la qualità di parente. La persona riconosciuta da quell'unico parente dovrà integrare la testimonianza di quest'ultimo prestando giuramento sulla verità dei fatti. Con ciò egli non acquista la qualità di parente, ma bensì il diritto di concorrere alla successione per la quota riservata ai parenti del suo stesso grado;

c) il riconoscimento è attestato da un solo parente, il quale, per di più, non è idoneo: il terzo così riconosciuto non può essere dichiarato parente, ma, prestando giuramento sulla verità dei fatti, può aver parte alla successione, in concorso con colui che lo ha riconosciuto.

LIBRO IX

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI

II. – CONTRATTI COMMUTATIVI DI GODIMENTO

Della locazione-conduzione [1].

§ **99.** La locazione-conduzione malichita è di due specie: 1º locazione di cose (" kirā' "); 2º locazione di lavoro o di opere (" iǵārah ").

« La locazione di opere (" iǵārah ") e la locazione di cose (" kirā' ") – dice ad-Dasūqī – sono in sostanza la stessa cosa ed indicano il contratto col quale si concede ad un'altra persona il godimento di una cosa di cui è lecito l'uso, e ciò per un tempo determinato e mediante un corrispettivo. È però prevalso l'uso di chiamare " iǵārah " il contratto che ha per oggetto le utilità (o servizi, " manāfi' ") che si ritraggono dalle opere dell'uomo e dalle cose mobili, salvo le navi e gli animali; di chiamare " kirā' " il contratto che ha per oggetto le utilità, " manāfi' ", cioè il godimento delle cose immobili, come la terra e le case, e così pure di chiamare " kirā' " quello che ha per oggetto le navi e gli animali, quali gli animali di trasporto (" rawāḥil ") [2].

---

[1] *Mud.*, XI, 147 sg.; XII, 25 sg.; Buḫārī, (Krehl, II, 48 sg.); Ibn 'Āṣim, v. 1023 sg.; Tasūlī, II, 146-174; Mayyārah, II, 81-108; Ḫalīl, XXIX; *'Amaliyyāt*, p. 343 sg.; Zeys, II, 131 sg.; *P. C. T.*, a. 843 sg.; Šīrāzī, p. 75; Ġazālī, I, 229 sg.; *Minhāǵ*, II, 150 sg.; Sachau, p. 541 sg.; 'Abdu 'r-Raḥīm (trad. Cimino), p. 382.

[2] La scuola sciafiita chiama " iǵārah " generalmente tanto la locazione-conduzione di cose quanto quella di opere o di persone. Cf. *Minhāǵ*, II, 150.

CAPITOLO I.

Della locazione di cose (" kirā', iġārah ") [3].

§ 100. La locazione-conduzione [4] di cose è un contratto in tutto simile alla compra-vendita, con questa differenza però che la compra-vendita ha per oggetto la sostanza (" ḏāt, raqabah ") o *corpus rei*, di cui viene trasferita la proprietà mediante un corrispettivo o prezzo di vendita, mentre la locazione-conduzione ha per oggetto l'utilità (" manfa'ah "), cioè l'uso o godimento di una cosa per un tempo determinato mediante un corrispettivo o prezzo di locazione. La locazione è pertanto una *vendita delle utilità* (" bay' al-manāfi' ") ed è modellata sul tipo della compra-vendita, salvo le naturali differenze dipendenti dalla diversa natura dei due contratti.

SEZIONE I. — Elementi essenziali.

Gli elementi essenziali (" arkān " = colonne) della locazione-conduzione di cose (" kirā', iġārah ") sono [5]:

A) *I contraenti* (" al-'āqidāni "), cioè: *a*) il locatore (" kārī, mu'ǵir "), *b*) il conduttore (" muktarī, musta'ǵir ").

B) *L'oggetto* (" al-ma'qūd 'alayhi "), cioè la cosa locata (" mu'ǵar ") e il prezzo o corrispettivo di quel godimento (" aǵr ").

C) *La forma* o espressione del consenso (" ṣīġah ").

A) *I contraenti* (" al-'āqidāni ").

Oltre alla capacità di contrarre, che è necessaria nei due contraenti, si richiede nel locatore la facoltà di disporre della cosa che concede in locazione, sia come proprietario, sia come rappresentante di questo [6]. Il marito non può quindi concedere in locazione i beni della moglie senza mandato speciale. La locazione della cosa altrui può valere solo se il proprietario la ratifichi. Coloro che hanno sulla

---

3 Non v'ha ragione di distinguere, come fanno i Malichiti, la locazione di cose mobili (" iġārah ") dalla locazione d'immobili (" kirā' ").

4 *Muwaṭṭa'*, III, 167 in f.; *Mud.*, XI, 184; XIV, 164; IX, 67; Buḫārī, *buyū'*, n. 106; *P. C. T.*, a. 843; cf. *Digest.*, 19, 2, 2 pr. § 1.

5 Ḫalīl, XXIX, n. 1; Dardīr-Dasūqī, IV, p. 2.

6 *Mud.*, XI, 198; Zeys, II, 149 sg.; *P. C. T.*, a. 844, 851, 852; cf. *Digest.*, 19, 2, 7, 9 pr. § 6.

cosa solo un diritto d'uso, di abitazione, di pegno non possono concederla in locazione. I tutori e gli amministratori di opere pie (" waqf ") non possono prendere in locazione le terre che amministrano, se non all'asta pubblica e per i prezzi offerti dai maggiori offerenti.

B) Oggetto della locazione-conduzione (" al-ma'qūd 'alayhi ").

L'oggetto della locazione-conduzione è duplice, cioè quanto al conduttore il godimento della cosa locata e quanto al locatore il corrispettivo pattuito per quel godimento.

L'utilità o godimento, oggetto della locazione dev'essere:

1° *possibile*, cioè tale che il locatore possa disporne per quell'uso [7]; perciò non può essere oggetto di locazione un terreno invaso dalle acque e da cui non si spera che le acque si ritirino [8];

2° *lecita*: un godimento od uso non lecito secondo la Legge divina è ragione d'invalidità del contratto. A cagion d'esempio, gl'istrumenti musicali (tranne quelli di cui è lecita la vendita) non sono oggetto di locazione valida e così i libri od oggetti adoperati nelle scienze occulte (magia, astrologia, divinazione) [9]. Parimenti non può un Musulmano locare un fondo per uno scopo contrario alla legge islamica od ai buoni costumi, per esempio, per stabilirvi un commercio di vino o di bevande alcooliche, nè un terreno per piantarvi viti destinate alla fabbricazione del vino, nè per servire ad un culto diverso dal culto musulmano [10];

3° *determinata* [11].

Quando la cosa locata è *assente* ("ġā'ib "), cioè non si trova nel luogo del contratto, dovrà farsene la descrizione precisa e il conduttore conserva la facoltà di opzione (" ḫiyār ") concessa al compratore, cioè la facoltà di risolvere il contratto qualora, esaminata la cosa, non la trovi conforme a quanto desiderava (" ḫiyār ar-ru'yā " = *lett.*: *optio visionis*) [12].

---

[7] *Minhāǧ*, II, 152.

[8] Gli Sciafiiti aggiungono: lo schiavo fuggitivo, la cosa presa mediante rapina, il cieco, se è locato per servire da guardiano, il fondo seminativo sprovvisto d'acqua.

[9] *Mud.*, XI, 65; Ḫalīl, XXIX, n. 27 (f), 30 (a); IX, n. 88; *P. C. T.*, a. 853-856.

[10] (Sciafiiti) *Minhāǧ*, II, 53. Non si possono locare i servigi di una donna mestruata per fare il servizio della moschea.

[11] *Mud.*, XI, 160, 161; Ḫalīl, X, n. 19; XXIX, n. 31 e not. 109-113, n. 71 e not. 252; *Minhāǧ*, II, 154.

[12] Gli Sciafiiti aggiungono che il godimento dev'essere valutabile, cioè tale che se ne possa determinare il valore: quindi nullità, per esempio, di una locazione

§ **101.** I. – Tutte le cose, sì mobili che immobili, da cui si può trarre un godimento lecito, possono essere oggetto di locazione, qualunque ne sia lo scopo. Così, ad esempio, è valida la locazione di un Corano per leggerlo, di piante per stendervi i panni ad asciugare, di un diritto di passaggio, di quello di stendere le reti in un luogo determinato [13].

Non possono essere oggetto di locazione le cose che si consumano con l'uso [14] — per esempio, cose fungibili per consumarle, ovvero piante per coglierne il frutto, od una pecora per averne il latte [15], — poichè in questi casi il contratto costituirebbe vendita, non locazione. Invece si possono locare validamente le cose che si deteriorano con l'uso, quali le gioie, le stoffe, i parati, gli oggetti di rame o di ferro, e tanto più se siano locati *ad pompam et ostentationem*, per esempio, la locazione di ornamenti muliebri ad una donna per adornarsene in occasione di nozze o d'una festa speciale. Tuttavia sarebbe illecito il patto per cui il conduttore si obbligasse a reintegrare allo spirare del contratto gli oggetti deteriorati o divenuti inservibili, perchè ciò muterebbe la figura del contratto, che non sarebbe più una locazione, ma una vendita [16].

Oggetto della locazione [17] può anche essere una quota indivisa di cosa mobile od immobile, ad esempio: la metà di una casa, di uno schiavo, e ciò tanto se il conduttore sia un condomino od un terzo estraneo. In questo caso, il conduttore ha il diritto, trattandosi di una casa, d'abitarne la metà, se di uno schiavo o di un animale, di servirsene alternando per giorni con il locatore.

---

di oggetti d'oro per mero adornamento, di cose per metterle in mostra, di un cane per la caccia (rammentiamo che il cane non si può vendere): *Minhāǧ*, II, 152; cf. Lib. VI, § 7 di questa opera.

[13] *Mud.*, XI, 55, 56; Ḫalīl, XXIX, n. 23, 28; *P. C. T.*, a. 851, 852, 860; cf. *Digest.*, 13, 6, 3 § 6, 4.

[14] *Mud.*, XI, 147–149; Ḫalīl, h. t., n. 28–29 e not. 100–101. Le cose fungibili si possono locare se siano destinate ad un uso che non ne implichi il consumo, per esempio, ad essere messe in mostra o portate in giro in una processione. Gli Sciafiiti non lo permettono.

[15] Il godimento del latte di una pecora locata per altri usi sarebbe tollerato, perchè non costituisce lo scopo principale del contratto, ma un vantaggio accessorio ed eventuale.

[16] *Mud.*, XI, 59; IX, 57–60; Ḫalīl, XXIX, n. 25 (b).

[17] *Mud.*, XI, 151, 152, 154, 155; Ḫalīl, h. t., n. 72 e not. 253–254. Regola speciale ai Malichiti e Sciafiiti, mentre le altre scuole lo ammettono solo quando il conduttore è un condomino.

Può essere oggetto di locazione [18] una miniera o giacimento metallifero, mediante una corrisposta determinata che non consista nello stesso metallo estratto, per non violare il precetto relativo allo scambio dei metalli preziosi.

§ **102.** Può la locazione avere per oggetto un diritto incorporeo, e per esempio, il diritto di percezione di un'imposta di una data regione o di un certo luogo (" iltizām " = *redemptio vectigalium*)? [19]. I giuristi non considerano questo negozio con favore e la natura giuridica ne è assai controversa: gli uni lo considerano una locazione–conduzione, altri lo ritengono una concessione speciale del Principe (" iqṭā' "), una terza dottrina vi ravvisa una assunzione di debito (*constitutum debiti*) per cui l'appaltatore dell'imposta si sostituisce al contribuente, garantendo il tributo dovuto allo Stato, salvo poi a rivalersi della somma pagata. Si comprende che, a seconda del modo d'intendere il contratto, gli effetti del contratto ed i diritti attribuiti all'appaltatore siano variamente intesi. L'opinione prevalente tra i Malichiti considera il contratto come un *constitutum debiti* e restringe singolarmente i diritti dell'appaltatore; ma in ciò hanno influito motivi sociali e politici sui quali non possiamo qui intrattenerci.

Può il diritto di pesca in uno stagno od in un lago essere oggetto di locazione? La questione si è già presentata in materia di compra–vendita ed abbiamo veduto che è vivamente controversa tra i Malichiti, appunto per il carattere aleatorio del contratto, l'incertezza del risultato per il compratore e la mancanza della causa del lucro per il venditore, qualora la pesca non desse i risultati sperati dall'acquirente. Le stesse difficoltà sussistono nel caso della locazione–conduzione; sicchè la dottrina malichita decide generalmente, per gli stessi motivi, contro la validità della locazione–conduzione di un diritto di pesca.

II. – *Il prezzo* di locazione è l'altro oggetto della locazione–conduzione [20], considerata nei riguardi del locatore, il quale concede il godimento della cosa in vista del corrispettivo; ad ogni frazione della cosa, o piuttosto del godimento, corrisponde una frazione del prezzo, secondo il concetto dei giuristi islamici.

---

[18] Ḫalīl, III, n. 17; Ḫiršī, II, 209; Zurqānī, II, 171; Arin, pp. 45–49.
[19] Dardīr–Dasūqī, IV, 48, 52; *Digest.*, 50, 16, 16; 39, 4.
[20] *P. C. T.*, a. 853–856.

« Tutto ciò che può essere venduto, dice Mālik, può anche esser dato come prezzo di locazione »[21]. Il prezzo può dunque consistere tanto in danaro quanto in prodotti od altre cose mobili, in commercio[22], di qualunque natura.

È controverso tra i Malichiti se il prezzo di locazione possa consistere in una parte o quota dei prodotti della cosa locata, e per esempio, se si possa dare in locazione un mulino ad acqua od un frantoio mediante una certa quantità della farina macinata in quel mulino o dell'olio prodotto in quel frantoio[23]. La Scuola è per l'affermativa: « È lecito, dice Ibn Ḥazm, locare un mulino mediante farina o derrate alimentari, un frantoio mediante olio, e l'affitto può essere anticipato ».

« È lecita, dice Ḫalīl (h. t., n. 6), la locazione d'una bestia da soma mediante la metà, per esempio, del fieno, della legna od altro (carico) che sarà trasportato da quella . . . »[24].

Il prezzo di locazione dev'essere determinato[25]; se consiste in derrate o prodotti, si dovranno determinare la quantità e qualità delle cose, se in danaro, la quantità e qualità delle monete, se in una parte del carico, qualora sia precisato nel contratto o per consuetudine, il peso che si può caricare sull'animale.

Il prezzo di locazione, come il prezzo di vendita, dev'essere effettivo e serio. Sarebbe nulla la locazione da cui venisse escluso il prezzo, o che fosse stata fatta per un prezzo nominale[26].

Ma non si esige dai giuristi che il prezzo sia giusto: nella locazione, come nella vendita, è lecito ai contraenti di avvantaggiarsi a spese l'uno dell'altro, purchè non vi sia dolo[27].

C) Forma della locazione-conduzione.

Il contratto di locazione non richiede forma speciale[28]. Basta alla perfezione del contratto il consenso delle parti intorno all'oggetto

---

[21] *Mud.*, XI, 49.

[22] *Mud.*, XI, 51; *Muwaṭṭa'*, III, 167 sg.; 155 e Zurqānī ad loc.; Ḫalīl, X, n. 4, 11; cf. *Digest.*, 19, 5, 5 § 2.

[23] *Mud.*, XI, 49, 56; Ibn 'Āṣim, v. 1033; Mayyārah, II, 85; Tasūlī, II, 153; Ḫalīl, l. c., n. 6, 24; cf. *Digest.*, 19, 2, 25 § 6; *Cod.*, IV, 65, 8, 21.

[24] Ḫalīl, XXIX, n. 6.

[25] Cf. *Minhāǧ*, II, 151–152.

[26] *Mud.*, XI, 51, 112, 153, 193, 194.

[27] La scuola sciafiita vuole che il prezzo sia pagato subito, pena la nullità, quando si tratti di locazione di cosa genericamente determinata (" fī 'ḏ-ḏimmah "), che è quella detta dai Malichiti " maḍmūnah ", per esempio, di un animale da soma per fare un trasporto, senza individuare la bestia. *Minhāǧ*, II, 151.

[28] Zurqānī, VII, 3; *P. C. T.*, a. 845; *Minhāǧ*, II, 150.

(cosa e prezzo) ed agli altri elementi essenziali, quali che siano i termini adoperati, purchè tali da esprimere chiaramente la volontà dei contraenti di conchiudere una locazione–conduzione [29]. Il consenso può anche essere tacito; colui che sale sopra una barca e rimette il prezzo del tragitto al barcaiuolo, chi beve ad un'otre portata in giro dall'acquaiolo, come si fa in Oriente, e, dopo bevuto, gli rimette una moneta conclude un contratto di locazione–conduzione che è perfetto, benchè le parti non abbiano scambiato parola.

Quando le parti non abbiano determinato il prezzo, si presume che abbiano voluto riferirsi alla consuetudine del luogo.

§ **103.** Il periodo della locazione comincia dalla data stabilita dalle parti; in caso diverso, dalla data del contratto [30].

La locazione può farsi a giorni, a settimane, a mesi, od a tempo più lungo, senza che occorra determinare la parte di prezzo corrispondente ad ogni frazione del termine [31].

Può farsi in forma *periodica*, cioè senza scadenza determinata, « a tanto per settimana », « a tanto per mese ». Questa forma di locazione periodica si chiama " mušāharah " (mensile) ed è risolubile a volontà delle parti, nel senso che il conduttore può, quando vuole, lasciare il fondo o altra cosa locata, pagando il fitto in proporzione del tempo della sua occupazione e che il locatore può espellere l'affittuario, nelle medesime condizioni [32]. Qualora però il prezzo di locazione sia stato anticipato, il contratto è obbligatorio per tutto il periodo corrispondente all'anticipazione [33].

Se la locazione è fatta a *data fissa*, cioè per un periodo determinato (" wagībah "), ad esempio, « per *questo* mese », « per *quest'*anno », « fino al tal mese », il contratto obbliga le parti dalla data in cui è divenuto perfetto e per tutto il periodo susseguente da esse determinato, salvo che abbiano riservato la facoltà di rescissione [34].

---

[29] Non si potrebbe dire, secondo gli Sciafiiti, « ti ho venduto le utilità », « ti ho venduto il godimento », ma bisogna dire « ti ho locato », « ti ho ceduto il godimento », indicando la durata. *Minhāǧ*, II, 150.

[30] *Mud.*, XI, 156; Ḫalīl, h. t., n. 74; *Minhāǧ*, II, 155.

[31] Ḫalīl, h. t., n. 12, 16, 75.

[32] *Mud.*, XI, 155, 178; Ḫalīl, h. t., n. 75 e not. 259–260; Bannānī, VII, 46 (questione controversa).

[33] Tizio ha preso in affitto una casa « a mese » (" mušāharah ") per 10 dirham al mese; ne ha pagati 100 anticipati: il contratto è obbligatorio per dieci mesi.

[34] *Mud.*, XI, 155.

Le locazioni d'immobili non possono farsi per un termine [35] superiore ai trent'anni, secondo Ḫalīl ed alcuni Sciafiiti, od ai vent'anni, secondo altri, se si tratta di beni rustici, ed ai dieci anni, se si tratta di beni urbani.

Una limitazione particolare riguarda i beni delle fondazioni pie (" waqf " o " ḥubus "). Gli amministratori dei " ḥubus " non possono concederli in affitto per un periodo superiore ai tre anni, salvo che il conduttore sia uno dei beneficiari della fondazione. In questo caso, l'affitto può anche farsi per dieci anni. Secondo un'altra dottrina, professata da alcuni dottori malichiti, i beni del « ḥubus » possono essere dati in affitto per quattro anni o più, se sono rustici, ma non per più di un anno, se urbani.

È controverso se la locazione di uno schiavo possa farsi per quindici anni. Ḫalīl lo ammette; altri vietano il contratto quale aleatorio, potendo lo schiavo variare in così lungo periodo [36].

Sezione II. — Effetti della locazione-conduzione di cose.

§ **104.** Gli effetti della locazione-conduzione sono in sostanza gli effetti stessi della compra-vendita, salvo le differenze derivanti dalla speciale natura dei due contratti, e si possono considerare: 1° rispetto al locatore; 2° rispetto al conduttore.

I. *Rispetto al locatore.*

Il locatore ha due obblighi principali: *a*) quello di consegnare la cosa locata; *b*) quello di garantire il godimento; cioè obblighi analoghi a quelli cui è tenuto il venditore nella compra-vendita.

A) *Tradizione.*

La consegna della cosa locata è disciplinata secondo le regole della vendita [37].

La consegna o tradizione dev'essere effettiva, cioè tale che il conduttore possa entrare in possesso senza impedimento ed avere la cosa a sua disposizione. Non basterebbe che fosse detto nell'atto di locazione che il conduttore ha preso possesso, se ciò non è avvenuto effettivamente, nè costituirebbe consegna la tradizione delle chiavi

---

[35] Ḫalīl, h. t., n. 15; *Minhāǧ*, II, 162; cf. Ibn 'Āṣim, v. 1037 (dieci anni pei beni rustici).

[36] Ḫalīl, h. t., n. 15 e not. 54.

[37] *Minhāǧ*, II, 159.

dell'immobile al conduttore, se questi non vi potesse penetrare, per esempio, perchè non può aprire la porta.

La consegna della cosa locata deve comprendere tutti gli accessori e dipendenze occorrenti per l'effettivo godimento di quella e che ne fanno parte. Invece non sono da consegnare, perchè non si considerano compresi nella locazione[38]:

a) le cose che per legge o per consuetudine non si reputano parte integrante della cosa, per esempio, gli sciami di api, gli alveari, le colombaie mobili, le colombe;

b) i frutti pendenti già maturi, perchè dal momento della maturazione i frutti appartengono al locatore. Se fossero compresi nella locazione – e nulla vieta di congiungere i due contratti – si avrebbero due convenzioni: una locazione rispetto al fondo ed una vendita rispetto ai frutti. Se però i frutti non sono ancora maturi, converrà tener conto delle regole del "ribā" relative al lucro usurario e all'alea nella vendita: la stipulazione dei frutti pendenti a favore del conduttore sarà lecita, se il valore dei frutti non eccede il terzo del prezzo d'affitto e i frutti siano prossimi a maturare, tanto che si possa prevedere che giungeranno a maturazione prima dello spirare del contratto.

Oltre all'obbligo della consegna, il locatore è tenuto a garantire la cosa locata; tale garentía comprende:

a) l'obbligo di garentire al conduttore il godimento pacifico della cosa locata;

b) nonchè l'obbligo di garentire contro i difetti della cosa che impediscono il godimento.

L'obbligo di garentire il godimento[39] importa per il locatore l'astensione da ogni fatto che possa diminuire o turbare il godimento che il conduttore ha il diritto di ritrarre dalla cosa locata secondo la sua destinazione speciale.

Per l'obbligo che ha di assicurare il godimento, il locatore è tenuto altresì a mantenere la cosa locata in buono stato di riparazione[40].

Questa regola, che a noi pare così ovvia, non si è introdotta nel diritto malichita senza difficoltà. I più antichi Malichiti ritenevano contrario al concetto stesso di proprietà che il proprietario potesse essere astretto a fare qualcosa sul suo: se al fondo locato sopravven-

---

[38] Ibn 'Āṣim, v. 1029 sg.

[39] *Mud.*, XIV, 78 sg.; *P. C. T.*, a. 861–888; cf. *Digest.*, 19, 2, 9 pr.

[40] Così anche per gli Sciafiiti, *Minhāǧ*, II, 159.

gono guasti che ne diminuiscono il godimento, il conduttore non può costringere il proprietario ad eseguire i lavori necessari per ripararli, ma rimane in facoltà del conduttore di rescindere il contratto, se non vuol sottostare a quegli inconvenienti. Così ragionava Ibn al-Qāsim e la prima scuola malichita di Medina, ed a questa regola si attiene Ḫalīl [41]. Ma già fin dai primi tempi la dottrina di Ibn al-Qāsim non mancava di oppositori. Più tardi, la giurisprudenza spagnuola, con Ibn Rušd, e la scuola africana, con Saḥnūn, segue un indirizzo diverso [42], e distingue le riparazioni in vari gradi:

1° *riparazioni ordinarie*: il proprietario è tenuto a riparare le degradazioni di non grande importanza che impediscono il pieno godimento della cosa locata;

2° *riparazioni straordinarie*: cioè i guasti di notevole importanza (crollo della casa, crollo di un muro maestro e simili). La scuola malichita posteriore è concorde nel ritenere, come già Ibn al-Qāsim, che non possa il proprietario essere costretto a quelle riparazioni; il conduttore ha solo il diritto di rescindere il contratto, qualora il proprietario rifiuti di eseguirle.

In sostanza, la dottrina malichita distingue tre categorie di riparazioni [43]:

1° degradazioni di lieve importanza, che non diminuiscono il godimento dell'immobile (per esempio, il cattivo stato delle porte, delle finestre, delle mattonelle, ecc.); il conduttore non può in questo caso pretendere una diminuzione d'affitto nè rescindere il contratto; può eseguire i lavori a sue spese ed ha il diritto di asportare i materiali alla fine del contratto, quando siano separabili;

2° degradazioni o altri fatti di notevole importanza, che diminuiscono notevolmente il godimento; per esempio, il cattivo stato dei tetti, il crollo di una stanza che non pregiudica il godimento della casa, evizione od occupazione di una parte dell'immobile. Il conduttore ha diritto ad una riduzione proporzionale dell'affitto, qualora il proprietario non faccia le riparazioni necessarie, ma non può chiedere la rescissione;

3° degradazioni maggiori (per esempio, lo stillicidio continuo, il crollo d'un muro divisorio), che esigono una spesa notevole: il con-

---

[41] *Mud.*, XI, 163; Ḫalīl, h. t., n. 92; Zurqānī, VII, 54; Dasūqī, IV, 49.

[42] *'Amaliyyāt*, 348-349; Ḫalīl, h. t., nota 309; Ibn Rušd ap. Bannānī, VII, 53.

[43] Ḫalīl, h. t., n. 87-88; Zurqānī-Bannānī, VII, 52; cf. Zeys, II, 152; *P. C. T.*, a. 585.

duttore ha il diritto di risolvere il contratto, qualora il proprietario non faccia le riparazioni necessarie; il conduttore deve l'intero prezzo di locazione, qualora continui ad occupare la casa.

Le parti possono derogare a questa regola [44] e porre a carico di uno dei contraenti le riparazioni ed i lavori che legalmente spetterebbero all'altro. Ma, nello stipulare questi patti, si dovranno osservare le cautele seguenti, stando al diritto malichita:

1º il patto non dev'essere espresso genericamente; non si dirà, per esempio, che il conduttore sarà tenuto a fare le riparazioni o ad un'altra obbligazione espressa in modo generale, chè sarebbe un'obbligazione nulla, perchè indeterminata, ma si dovrà specificare esattamente quanto il contraente dovrà fare;

2º che il patto non implichi un'anticipazione di valori a carico di una parte in favore dell'altra: per esempio, che il pagamento delle spese di riparazione sarà fatto dal conduttore, anche prima che sia dovuto l'affitto, perchè ciò costituisce una forma larvata di mutuo.

Ha d'altronde grande importanza in questa materia la consuetudine del luogo, alla quale la legge si rimette generalmente.

B) *Garentía.*

Il locatore ha un altro obbligo, ed è quello di garentire al conduttore i difetti della cosa locata che ne diminuiscono il godimento rispetto al fine cui è destinata, ed anche la mancanza delle qualità stipulate nel contratto [45]. A cagion d'esempio, chi ha locato un animale mordace o scontroso o che ha il vizio d'inciampare, sapendo che l'animale aveva quel vizio, risponde del danno che ne consegue.

Il locatore non garantisce i vizi apparenti della cosa locata e quelli che il conduttore conosceva o doveva conoscere al momento del contratto. Non risponde pure dei vizi da lui espressamente dichiarati e che, in mancanza di riserva del locatore, si ritengono accettati da quest'ultimo.

Nei casi in cui il locatore è tenuto alla garentía, il conduttore può, secondo l'importanza dei vizi riscontrati nella cosa locata, domandare la rescissione del contratto od una diminuzione del prezzo convenuto.

§ **105.** II. *Rispetto al conduttore.*

Gli obblighi del conduttore si riassumono in due doveri principali:

---

[44] *Mud.*, XI, p. 150, 151; Ḫalīl, h. t., n. 81; Bannānī, VII, 48; Ḫiršī, VII, 47.
[45] *Mud.*, XI, 63, 140; Ḫalīl, XXIX, n. 37; *P. C. T.*, a. 880–883.

A) pagare il prezzo di locazione;

B) far uso della cosa locata in modo normale o, come noi diciamo, da buon padre di famiglia [46].

A) Il pagamento del prezzo di locazione è dovuto dal momento in cui la cosa locata è stata posta a disposizione del conduttore per modo ch' egli possa farne uso, se vuole [47].

Quando la locazione è subordinata, per la sua perfezione, ad una condizione sospensiva, per esempio, alla facoltà risolutiva o *pactum displicentiae* ("ḫiyār aš-šarṭ") o, trattandosi di cosa non presente nel luogo del contratto, alla « *opzione d'ispezione* » (" ḫiyār ar-ru'yā ") (vedi questo Lib., § 100), l'obbligo di pagare il prezzo di locazione sorge dal momento in cui il contratto diventa definitivo e la cosa locata è stata posta a disposizione del conduttore.

Nella locazione-conduzione ad ogni frazione del godimento corrisponde una frazione del prezzo, il quale matura giorno per giorno, a mano a mano che viene ottenuto o si reputa ottenuto il godimento. Il pagamento dell'affitto è dovuto, pertanto, per tutto il tempo stabilito dal contratto, anche se il conduttore non abbia potuto o voluto, per cause da lui dipendenti, godere dei diritti che il contratto gli conferiva. E per esempio, se la locazione è fatta per un anno o più, il conduttore dovrà l'affitto di tutto l'anno, anche se abbia goduto soltanto tre mesi o non abbia goduto affatto, per cause da lui dipendenti.

Il conduttore [48] deve pagare il prezzo di locazione nei termini stabiliti dalla convenzione o dall'uso locale. Si può anche stipulare che l'affitto sarà pagabile per anticipazione, quando si tratti di un godimento che per la natura del suo oggetto, è assicurato, qual'è il caso dei fondi urbani. Invece non si può pattuire il pagamento anticipato, quando il godimento non sia sicuro; per esempio, nella locazione di un mulino ad acqua si potrà stipulare il pagamento anticipato solo quando non sia da temere una interruzione della forza motrice. Ed è perciò che le anticipazioni d'affitto non possono farsi che in certi

---

[46] *Mud.*, XI, 129, 162, 179, 183; Ḫalīl, h. t., n. 2 e not. 8-10; *P. C. T.*, a. 889-909; *Minhāǧ*, II, 163-164, 166, 169.

[47] Come il pagamento del prezzo di vendita è dovuto fin dal momento in cui la cosa venduta è stata posta a disposizione del compratore.

[48] *Mud.*, XI, 179, 183, 197; Dasūqī, IV, 146; *P. C. T.*, a. 890; cf. *Digest.*, 19, 2, 24 § 2.

casi nella locazione di fondi rustici, come diremo più oltre (vedi questo Lib., § 110).

B) Il conduttore deve godere da buon padre di famiglia [49]: egli non deve adoperare la cosa locata ad un uso diverso dalla sua normale destinazione o dallo scopo speciale per il quale è stata locata. Se ne abusa, e per esempio, se nella casa destinata ad abitazione istituisce un postribolo o nella bottega impianta una vendita di liquori o di vino, il giudice gl'intima, a richiesta del locatore, di restituire la cosa alla sua destinazione normale; non obbedendo, al conduttore viene tolta la disposizione della cosa; per esempio, trattandosi di una casa, questa vien affittata per suo conto ed egli rimane responsabile della differenza; se il prodotto della nuova locazione è uguale a quello cui il conduttore era tenuto per contratto, egli non dovrà nulla al locatore; se la casa non si può affittare o viene affittata per un prezzo minore, il conduttore rimane responsabile della differenza nei limiti della cifra stabilita nella sua locazione.

§ **106.** Il conduttore [50] può godere della cosa locata sia direttamente, sia cedendo il suo diritto ad altri.

Egli non può tuttavia sublocare per un uso diverso o più oneroso di quello previsto nel suo contratto: « Se l'affittuario di una bottega, dice Ibn Muġīṭ, volesse subaffittarla ad altri, ciò gli sarà lecito, purchè l'arte o il mestiere esercitato dal sublocatario non sia più dannoso per il locale di quello che non sia l'arte esercitata dal conduttore » . . . o il subaffittuario non sia persona di cattiva fama o destini il locale a deposito di animali o di altri oggetti che quel locale (se per esempio, è una casa) non era destinato a ricevere.

§ **107.** *C*) Ultimo obbligo del conduttore è di restituire la cosa locata allo spirare del termine della locazione. Egli deve restituirla nello stato in cui l'ha ricevuta; si presume sempre, in mancanza di prova contraria, che l'abbia ricevuta in buono stato.

Se non può restituirla o la restituisce deteriorata, egli risponde del perimento o della deteriorazione, qualora siano a lui imputabili, ma non di quelli prodotti da forza maggiore, da rapina, dal vizio stesso della cosa locata [51].

---

[49] *Mud.*, XI, 115, 122, 162; XII, 14; XV, 162; Ḫalīl, h. t., n. 48 e not. 186, n. 56 e not. 203–204; *Minhāǧ*, II, 164–165.

[50] *Mud.*, XI, 15, 58, 157, 158; *Muwaṭṭa'*, III, 155; Ḫalīl, XXIX, nota 204 e 206, cf. n. 27; '*Amaliyyāt*, p. 347, 348; *P. C. T.*, a. 894; *Minhāǧ*, II, 162.

[51] *Mud.*, XI, 57–58, 76, 77; Ḫalīl, XXIX, n. 35, not. 127, n. 56; *Minhāǧ*, II, 162–163.

Il conduttore risponde:

1º in caso di colpa a lui imputabile, e per esempio, se abbia fatto nel locale affittato « un fuoco eccedente la misura ordinaria » o abbia altrimenti provocato l'incendio. In caso di dubbio, fa fede l'affermazione giurata del conduttore che il sinistro è avvenuto senza sua colpa, perchè egli è considerato fiduciario (" amīn "), salva sempre la prova contraria;

2º quando abusa della cosa locata. S'intende per abuso l'adoperare la cosa in modo eccessivo ed anormale o ad un uso diverso da quello cui è destinata per la sua natura o per patto. Ogni abuso siffatto si chiama tecnicamente « usurpazione », « eccesso » ("ta'addī" = *furtum usus*), perchè infatti il conduttore eccede i limiti del godimento normale, cui ha diritto, e con ciò si obbliga a rispondere delle conseguenze del suo fatto.

Può il conduttore ripetere le spese utili fatte per la cosa, cioè quelle che ne aumentano il valore (costruzioni, piantagioni e simili) ?

I Malichiti distinguono due casi:

1º il conduttore non era autorizzato a fare quelle spese;

2º oppure vi era autorizzato.

Nel 1º caso, il conduttore non ha diritto di ripetere le spese e può solo asportare le migliorie da lui fatte.

La regola è così esposta da Ibn ar-Rāmī: « Un uomo piantò una palma nel terreno appartenente ad uno degli ausiliari (Anṣār) del Profeta. Il Profeta decise che il fondo sarebbe restituito al suo proprietario e che colui il quale aveva piantato l'albero era tenuto ad asportarlo. Regola generale: quando una persona pianta o costruisce sul terreno altrui senza poter allegare la buona fede, egli è tenuto ad asportare ciò che ha fatto, a meno che il proprietario preferisca di pagargli il valore dei materiali o delle piantagioni senza tener conto del maggior valore acquistato dal fondo ».

Nel 2º caso, cioè quando v'ha consenso del proprietario alle migliorie, questi deve rimborsare il valore delle opere fatte.

« Mālik ha detto – è sempre Ibn ar-Rāmī che parla –: ogni persona, la quale abbia costruito sul terreno altrui, coll'autorizzazione del proprietario o a sua conoscenza, ha il diritto di farsi rimborsare il valore delle sue costruzioni. Ogni persona, la quale ha costruito sul fondo altrui senza permesso del proprietario od a sua insaputa, non può ripetere che il valore dei materiali. Queste regole si applicano anche al conduttore nel contratto di locazione. »

§ **108**. *Fine della locazione-conduzione.*

1. La locazione-conduzione non è risoluta per la morte del locatore [52] nè per quella del conduttore [53]. Gli eredi del conduttore hanno bensì la facoltà di continuare la locazione o di rinunziarvi, ma la loro rinuncia non li libera dalle obbligazioni risultanti dal contratto. Il locatore ha facoltà in questo caso di affittare la cosa locata per conto degli eredi, per il tempo che rimane a decorrere fino allo spirare del contratto. Se ottiene un prezzo inferiore a quello convenuto nel contratto, gli eredi dovranno completare la differenza; se il prezzo ottenuto è maggiore, il locatore dovrà rifonderla agli eredi [54].

2. La insolvenza del conduttore dà diritto al locatore di chiedere la rescissione [55].

3. Trattandosi di un fondo urbano, la locazione-conduzione finisce per la risoluzione chiesta dal conduttore, quando il locatore non adempie all'obbligo di fare le riparazioni necessarie (diritto sciafiita; vedi altresì questo Lib., § 104) [56].

4. La locazione-conduzione finisce di diritto collo spirare del termine convenuto, senza che occorra disdetta, salvo patto o consuetudine in contrario.

In mancanza di termine fisso e quando l'affitto è pagabile a certi periodi determinati (per esempio, tanto al mese, tanto all'anno), il contratto spira con lo spirare del termine o di ognuno dei termini convenuti per il pagamento dell'affitto [57].

Se dopo spirato il termine, il conduttore continua nel godimento della cosa locata, il contratto si presume rinnovato per un altro periodo uguale a quello spirato (*relocatio tacita*).

5. La locazione si risolve:

---

[52] Quando il locatore è un amministratore di " ḥubus ", la sua morte risolve il contratto se avviene prima del tempo stabilito (Sciafiiti): *Minhāǧ*, II, 167.

[53] Ḫalīl, XXIX, n. 40 e not. 154.

[54] V'ha una sola eccezione ed è quando il locatore è beneficiario d'un fondo appartenente ad un " waqf " o fondazione pia. Essendo egli nella condizione di un semplice usufruttuario, le locazioni da lui fatte non vincolano i beneficiari successivi, i quali hanno un diritto di godimento distinto dal suo e tutto personale. La morte del beneficiario del " waqf " risolve quindi le locazioni da lui contratte. Ḫalīl, h. t., n. 45 e not. 180.

[55] Ḫalīl, XIV, n. 5 e not. 28; Dasūqī, III, 232; Ḫiršī, V, 267.

[56] *Minhāǧ*, II, 160.

[57] *P. C. T.*, a. 913-922, 926-929; cf. *Digest.*, 19, 2, 4.

A) pei fondi urbani, quando il proprietario ha necessità di abitare la casa che ha locata [58];

B) in caso di vendita del fondo locato sia volontaria o giudiciale[59]. Non basterebbe tuttavia la semplice dichiarazione del locatore di aver venduto il fondo; si richiede per dar luogo alla risoluzione dell'affitto una vendita perfetta e accertata nelle forme legali (cf. *Digest.*, 19, 2, 25 § 1; *Cod.*, IV, 65).

6. *Per mancanza dell'oggetto*[60]. Quando la cosa locata è perita o deteriorata per modo da non poter più servire allo scopo pel quale è stata locata, il conduttore può chiedere la rescissione; ad esempio, se la casa è crollata, se perisce l'animale o altro oggetto individualmente determinato che è oggetto della locazione [61], se il mulino locato non può funzionare per mancanza di acqua, per gravi turbamenti della sicurezza pubblica, per una carestia e quei fatti siano tali che non se ne possa prevedere la durata [62]. Secondo i Malichiti spagnuoli si può stipulare nella locazione di mulini che il conduttore sarà tenuto a pagare il fitto anche se l'acqua venisse a mancare (cf. *Digest.*, 19, 2, 9 § 2).

Lo stesso avviene quando la cosa locata venga sottratta al conduttore per fatto del Principe [63]. « Una locazione di botteghe in un bazar cessa dal momento in cui per ordine del Principe o di altra autorità superiore i locali siano fatti chiudere, poichè dal quel momento il conduttore non può più godere della sua locazione; ma se l'autorità ha commesso un'usurpazione a danno del conduttore, essa è responsabile del prezzo d'affitto e deve pagarlo ». Questa è la giurisprudenza teorica. In pratica si decide che il conduttore, cui non è più concesso il godimento per una causa di forza maggiore, si trova nella condizione in cui sarebbe se il contratto fosse stato rescisso e dovrà il prezzo di locazione solo in proporzione del godimento ch'egli ha retratto dal fondo.

---

[58] Il caso è previsto anche dal diritto romano e dal diritto canonico.

[59] *Mud.*, XI, 107, 117; Ḫalīl, h. t., n. 46 e not. 181. In diritto sciafiita la vendita non risolve la locazione e non la risolve l'affrancamento dello schiavo locato: *Minhāǧ*, II, 170.

[60] Ḫalīl, XXIX, n. 40 e not. 153; *'Amaliyyāt*, 352; *Minhāǧ*, II, 167, 168.

[61] Se l'animale è stato noleggiato in forma generica, e non individuato, il contratto non si risolverebbe per la morte dell'animale, poichè *genus non perit* (cf. *Digest.*, 19, 2, 15 § 2 in f., 3, 19 § 6). *Minhāǧ*, II, 161.

[62] Se invece si tratta d'una interruzione breve, il conduttore può solo chiedere una riduzione proporzionale del prezzo di locazione.

[63] Ḫalīl, XXIX, n. 42 (*a–b*) e not. 164–165; Zurqānī, VII, 33.

La stessa regola vale per il caso di usurpazione violenta (" ġaṣb ")[64] della cosa locata, quando non sia possibile di ottenere giustizia contro l'usurpatore, per esser questi persona ingiusta e temibile o tale per la sua posizione che non si possano adire contro di lui i tribunali ordinari (cf. *Digest.*, 19, 2, 33 in f.).

SEZIONE III. — Di alcune varietà di locazione-conduzione di cose.

§ **109.** *A) Locazione dei fondi rustici*[65].

I. – Nell'Arabia preislamica vigevano due forme di locazione-conduzione di fondi rustici. La locazione per danaro o affitto (" kirā' ") e la locazione mediante una parte dei prodotti del fondo medesimo (" muḫābarah "), forma che doveva certo essere la più comune per la scarsità del numerario e la limitata produttività della terra.

La " muḫābarah " aveva varie forme. Tra queste era il contratto con cui il proprietario concedeva la sua terra riservandosi il prodotto di una parte determinata del fondo; altra volta il proprietario pattuiva come compenso quella parte dei prodotti che sarebbe nata presso i canali d'irrigazione (" arbi'ā' "), più una certa quantità di fieno o di paglia (" tibn "); altre volte era una quota parte dei prodotti dell'intero fondo (contratto detto " mu'āmalah " o " muḫābarah ", ed anche " muzāra'ah "), quota che poteva essere del terzo o del quarto ed anche della metà del raccolto[66]. Queste combinazioni, specialmente le prime, presentavano un carattere molto aleatorio; poteva avvenire infatti che la parte determinata del fondo riservato al proprietario o le parti coltivate presso i canali d'irrigazione dessero un prodotto abbondante e altre un prodotto scarso o nullo. Onde avveniva che sia il raccolto dell'affittuario sia l'affitto dovuto al locatore presentasse grandi varietà di anno in anno.

Questo carattere aleatorio ed usurario (" ribawī ") è la ragione per cui il Profeta nel " ḥadīṯ " vieta quelle varie forme di affitto comprese sotto il nome di " muḫābarah "; la scuola malichita ne seguì l'esempio:

---

[64] Ḫalīl, l. c.; Zurqānī, l. c.; *Minhāǧ*, II, 168.

[65] *Muwaṭṭa'*, III, 168, 170, 172 e Zurqānī ad loc.; Buḫārī, *šurūṭ*, n. 7; *ḥarṯ wa muzāra'ah*, n. 7 sg., 18–19; Abū Dā'ūd, III, 175 sg., cf. 158 (*muzāra'ah*); *Mud.*, XI, 169 sg.; 186, 194–195; XII, 2; Muslim, *buyū'*, VI, 400, 403–418; Ibn Māǧah, II, 45–47.

[66] Buḫārī, *ḥarṯ*, n. 8, 18; *iǧārah*, 22; Muslim, VI, *buyū'*, 406 e Nawawī ad loc.

« La terra, dice Ibn ʿĀṣim, non può essere locata mediante una quota di ciò che produce . . . nè mediante ciò che vi cresce spontaneamente senza che vi sia stato seminato, tranne le canne e il legname, nè mediante una certa quantità di prodotti commestibili, quali il miele, il latte, la carne » [67].

La eccezione in favore del legname può parere singolare; essa si fonda sul concetto che i giuristi si fanno della vegetazione arborea. Secondo loro la pianta giunta al suo completo sviluppo acquista una esistenza sua propria, è quasi una sostanza a sè, distinta dal fondo in cui è cresciuta, perchè ormai sottratta alle vicende delle stagioni ed ai sinistri che colpiscono il raccolto [68]. « È rescindibile. . ., dice Ḫalīl (l. c.), la locazione di una terra lavorativa per una certa quota di derrate alimentari prodotte dalla terra medesima, ed anche non prodotte dalla terra, quali il latte ed il miele. Parimenti è illecita la locazione d'una terra mediante una parte dei suoi prodotti, anche se non siano derrate alimentari, quali la canapa, il lino, il cotone, il fieno, salvo che la terra dia solo legname (da costruzione o da ardere), cioè legno di sandalo, o canne, erba ed altri prodotti spontanei ».

Allo stesso ordine d'idee appartiene un'altra eccezione [69]: la locazione della miniera mediante una quota del minerale estratto da quella. La difficoltà giuridica nella specie era la stessa: un metallo ricavato da un fondo non può essere dato come prezzo di locazione del fondo stesso. I giuristi rispondono applicando la stessa distinzione di cui si valgono per il legname: il minerale non è il prodotto del fondo da cui viene estratto; la terra è solo il luogo ov'è contenuto, il deposito, per così dire, in cui Dio crea il metallo e lo conserva finchè venga estratto per opera dell'uomo; si può dunque pagare il prezzo di locazione della miniera col metallo proveniente da questa, perchè non si paga in questo caso la terra mediante il suo prodotto, ma con una materia che vi è solo contenuta e che vi si trova come corpo estraneo. Per la stessa ragione, si può locare una salina mediante una parte del sale estratto; poichè il sale non è un prodotto della terra stessa, ma delle acque ivi accumulate le quali, evaporando, lasciano un sedimento salino.

---

[67] Ibn ʿĀṣim, v. 1034 sg.; Ḫalīl, XXIX, n. 5 (*g*); Dasūqī, IV, 7; Tasūlī, II, 154; Mayyārah, II, 85.

[68] *Mud.*, XI, 187 in f., 188.

[69] Zurqānī, II, 171; Tasūlī, II, 153; Dasūqī, IV, 7.

I Malichiti di Spagna e quelli del Maġrib, accedendo alla dottrina andalusa, sostengono fortemente la colonía parziaria. «Alcuni dottori malichiti, dice Ibn Raḥḥāl, e la massima parte degli Andalusi, permettono che la terra sia locata a persona che la lavori e la semini, a patto che il proprietario del fondo abbia la metà o il quarto o altra quota convenuta tra le parti su quanto Dio darà come prodotto» [70]. «La locazione di una terra mediante una quota dei suoi prodotti, dice at-Tasūlī, è una dottrina che ha in suo favore molte tradizioni, di cui parecchie assai bene autenticate. Infatti noi vediamo che Dio permette a chi possiede dei capitali di impiegarli per ottenere un guadagno o di affidarli ad altri affinchè li impieghi [71]. La terra è precisamente la stessa cosa; infatti, qual'è la differenza tra l'una e l'altra (di queste forme di ricchezza)? Questo è argomento molto valido e noi (Maġribini) facciamo così». «Questa è pratica comune del Maġrib, aggiunge il giurista, e nessuno può indurre la gente a recederne».

Tuttavia, la dottrina spagnuola è rimasta limitata all'Andalusia ed all'Africa. La scuola malichita non l'ha seguita ed ha conservato il divieto professato dai più antichi Malichiti di Medina di locare una terra mediante una parte dei prodotti di quella od una certa quantità di prodotti; vieta quindi ogni forma di colonía parziaria e ammette solo la locazione dei fondi rustici mediante un prezzo determinato in danaro od in cose mobili (merci, stoffe, animali).

§ **110.** II. – La locazione dei fondi rustici è disciplinata dalle regole generali della locazione di cose e da altre che sono richieste della natura speciale del contratto.

Quando il contratto ha per oggetto un certo numero di braccia o di jugeri da prendersi in un dato fondo, si dovranno determinare precisamente le parti del fondo cui si applica la locazione, salvo che il terreno sia dapertutto della stessa qualità [72].

Il contratto deve pure determinare con precisione:

1° le coltivazioni e piantagioni per le quali il fondo è locato [73]. In mancanza di questa indicazione, si presume che l'affittuario possa fare solo le coltivazioni che non esauriscono troppo il terreno; questa è la dottrina prevalente tra i Malichiti. Secondo altri, questa omissione sarebbe ragione di nullità del contratto;

---

[70] Mayyārah, II, 85, 86; Tasūlī, II, 155.
[71] Cf. *Muwaṭṭa'*, III, 156.
[72] Ḫalīl, h. t., n. 78.
[73] Ḫalīl, h. t., n. 82, 84; *Minhāǧ*, II, 155.

2° il prezzo di locazione dovuto dall' affittuario.

Si può locare un fondo a scopo di piantagione, col patto che allo spirare del termine la piantagione apparterrà per intero o per una parte determinata al proprietario? La questione è controversa: Ibn al-Qāsim ritiene il contratto valido, per la certezza del corrispettivo, e così la dottrina prevalente; altri lo nega, e con essi Ḫalīl, per la incertezza del corrispettivo, giacchè s'ignora se le piante vivranno fino allo spirare del termine stabilito e quante ne resteranno vive [74].

Può il fitto dei fondi rustici stipularsi pagabile per anticipazione? Ciò dipenderà dalla natura del fondo.

I Malichiti distinguono infatti due categorie di fondi [75]:

a) Fondi in cui la irrigazione è assicurata (" arāḍī ma'mūnah, ma'mūnat ar-rayy, arāḍī mu'īnah, dāt 'uyūn "), cioè provviste di una irrigazione regolare, come quelli inondati periodicamente dal Nilo o situati in prossimità di un corso d'acqua o dotati di acque proprie.

b) Fondi dipendenti per la loro irrigazione dalle acque piovane (" arḍ maṭar " = *lett.* terra di pioggia).

Quando la irrigazione è assicurata, si può lecitamente stipulare il pagamento anticipato del prezzo di locazione, perchè il godimento del fondo è assicurato al conduttore ed egli non corre rischio anticipando il corrispettivo.

Quando invece il fondo dipende, per la sua irrigazione, dalle piogge, l'anticipazione non si può validamente stipulare, perchè le piogge possono mancare ed il conduttore che anticipa il fitto corre rischio di non ottenere il godimento corrispondente.

Il determinare se un fondo abbia un'irrigazione assicurata o non l'abbia è questione di fatto. Se il fondo, benchè sprovvisto d'irrigazione regolare, si trovi in una regione ove le pioggie cadono con grande regolarità, in certe stagioni dell'anno, il fondo sarà da considerarsi come avente un'irrigazione assicurata e l'affitto potrà stipularsi anticipato. Se invece il fondo, benchè situato nella valle del Nilo, si trovi in una posizione tale che la piena non vi giunga o vi giunga raramente, esso sarà da considerare come appartenente alla categoria delle terre non irrigate e il pagamento anticipato dell'affitto non

---

74 *Mud.*, XI, 177; Ḫalīl, h. t., n. 84.

75 *Mud.*, XI, 161, 170, 173; Ḫalīl, h. t., n. 77 e not. 265–268, n. 87–88 e not. 292; *P. C. T.*, a. 890 nota; Zeys, p. 153–155.

si potrà pattuire; in questi casi l'affitto non è dovuto se non quando si abbia la sicurezza che la terra seminata ha avuto tant'acqua quanto le basta.

§ **111.** Il prezzo di locazione dei fondi rustici è dovuto fin dal momento in cui il conduttore ha avuto a sua disposizione il fondo locato e ne ha potuto trarre il godimento ch'era oggetto del contratto, anche se effettivamente non ne abbia goduto per ragioni da lui dipendenti o per causa di forza maggiore [76]. Il prezzo di locazione è quindi dovuto:

a) se dopo compiuti i lavori di aratura e di seminagione o dopo ottenuto il raccolto è sopravvenuto un sinistro ("ġā'iḥah"), per esempio, le locuste, il gelo, il passaggio di un esercito nemico e simili, per cui tutto sia andato perduto;

b) se l'affittuario non ha seminato, perchè gli è mancato il seme o perchè è stato incarcerato o il fondo gli è stato sottratto da un usurpatore.

Invece il prezzo di locazione non sarà dovuto se il raccolto è perito totalmente o in massima parte [77]:

a) per cause inerenti al fondo stesso (topi, talpe, vermi ecc.), perchè si ritiene che, in questo caso, l'affittuario non abbia avuto il godimento che era oggetto del contratto;

b) per la prevalenza della siccità, perchè l'ottenuto possesso del fondo e il godimento cui l'affittuario ha diritto non si reputano completi se manchi quell'elemento indispensabile che è l'acqua nelle terre sprovviste d'irrigazione regolare.

L'affittuario ha diritto alla *riduzione* proporzionale del canone o prezzo di locazione [78], od alla restituzione *pro parte* qualora l'abbia anticipato:

a) in caso di siccità, per cui il raccolto è perito in una parte del fondo;

b) quando una parte del fondo è inondata.

§ **111**[bis]**.** L'affittuario deve godere del fondo locato a norma delle regole dell'arte agricola e delle consuetudini del luogo, ed astenersi da tutti quei modi di coltivazione che possono nuocere al fondo [79].

---

[76] *Mud.*, XI, 116, 117 pr., 156, 157, 184; Ḫalīl, h. t., n. 87 e not. 292 e i testi ivi; Zeys, II, p. 155; *Minhāġ*, II, 166.

[77] *Mud.*, XI, 70; XII, 37, 170, 172; Abū Dā'ūd, III, 193; Ḫalīl, h. t., n. 91; cf. X, n. 188.

[78] Ḫalīl, h. t., n. 88.

[79] Cf. Ḫalīl, h. t., n. 82.

L'obbligo è ancor più stretto quando il genere di coltivazione sia determinato nel contratto. Chi ha preso in affitto un fondo per coltivarvi grano, per esempio, e vi coltivi dei legumi od ortaggi risponde verso il proprietario, perchè queste coltivazioni esauriscono molto di più il fondo e richiedono una irrigazione più copiosa.

L'affittuario non ha diritto agli accrescimenti che sopravvengono al fondo nè al parto degli animali che vi si trovano, perchè, dicono i Ḥanafiti. esprimendo con ciò il pensiero delle altre scuole, egli ha solo diritto alle utilità della cosa e non alla sua sostanza. Il conduttore non può quindi pretendere, in virtù del contratto di locazione, il prodotto della caccia o della pesca che si trova sul fondo; avrebbe bensì diritto a quanto può prenderne personalmente, come ogni altro cacciatore.

Il lavoro ordinario di manutenzione (spurgo dei canali, manutenzione delle cisterne, dei muri di cinta ecc.) spettano all'affittuario; invece le grosse riparazioni degli edifici, magazzini, canali, pozzi e quant'altro occorra spettano al locatore [80].

§ **112.** La locazione dei fondi rustici [81] prende fine collo spirare del termine stabilito nel contratto. Non essendo stabilito un termine, l'affitto s'intende fatto per il tempo necessario affinchè il conduttore possa raccogliere tutti i prodotti del fondo locato; quindi, nelle terre che dipendono dalle acque piovane per la loro irrigazione, l'anno agricolo finisce colla mietitura e, se il raccolto ha più tagli, coll'ultimo taglio; invece nelle terre dotate di acque proprie, l'anno si conta per dodici mesi dalla data del contratto.

Se allo spirare del termine stabilito il conduttore rimane sul fondo, il contratto s'intende rinnovato per un periodo uguale a quello del precedente contratto, se è a termine fisso; in caso diverso, per un altro anno agricolo.

Se allo spirare del contratto il raccolto non è ancora nato o non è maturo, il conduttore ha diritto di rimanere per tutto il tempo necessario a raccoglierlo e dovrà un supplemento di fitto, sulla base di quanto sarà stimato dai periti [82]. Ma se il conduttore ha usato di astuzia ed ha seminato in tempo indebito, per modo da far apparire un raccolto non ancora maturo ed ottenere così una proroga del

---

[80] Ḫalīl, XXVIII, n. 13.

[81] *Mud.*, XI, 179-180; Ḫalīl, l. c., n. 85; cf. Zeys, p. 157.

[82] *Mud.*, XI, 180 (sistema prevalente); invece Ibn Yūnus fa pagare l'affitto sulla base stabilita nel contratto.

contratto [83], l' *al–Mudawwanah*, seguita da Ḫalīl, non distingue e concede una proroga imponendo un aumento proporzionale. Invece la scuola di al–Qayrawān decide che il proprietario ha, in questo caso, il diritto di espellere il conduttore e di far svellere i raccolti, salvo che preferisca conservarli, pagandoli al prezzo di stima.

Finalmente, una terza dottrina, professata da Ibn Ḥabīb, concede al proprietario, a sua scelta, la facoltà di costringere l'affittuario doloso a svellere ciò che ha piantato o di esigere l'affitto più alto, cioè quello di stima o quello determinato dal contratto.

Il conduttore non deve far nulla che impedisca al suo successore di entrare subito in possesso: non può quindi intraprendere nè arature nè altri lavori due mesi prima dello spirare del contratto e deve, anche prima della fine del contratto, permettere al suo successore di fare i lavori preparatori in tempo debito, anzi offrirgli tutte le agevolezze necessarie.

§ **113.** *Locazione perpetua o a lungo termine. Enfiteusi.*

Nella enfiteusi e contratti affini noi vediamo un diritto di obbligazione trasformarsi in diritto reale per la variazione avvenuta in uno dei suoi elementi, cioè il tempo.

Quando una persona ottiene la locazione di un fondo per un termine molto lungo o indefinito, rinnovabile a piacimento del conduttore, questi non si trova più nelle condizioni di chi ha sulla cosa un mero diritto di godimento dipendente dalla volontà altrui, quando ne sia spirato il termine. Il conduttore, il quale ha sulla cosa un diritto di godimento di lunga durata o rinnovabile a sua volontà, si trova in una condizione speciale. Egli comincia infatti a sostituirsi fino ad un certo punto al proprietario, e vi si sostituisce in massima parte, se il periodo di locazione sia molto lungo ed i diritti a lui concessi molto estesi. E così coll'andar del tempo l'enfiteuta prende figura di quasi proprietario e l'enfiteusi si trasforma in dominio utile, specie di frazionamento della proprietà. Questa trasformazione non è completamente avvenuta nel diritto romano, il quale, come tutti sanno, dopo lunghe controversie sulla natura dell'enfiteusi, decide finalmente che l'enfiteusi non è una locazione nè una vendita, ma un diritto reale intermedio e *sui generis* [84] che partecipa dell'una e dell'altra. La trasformazione avviene dopo; nel diritto medievale la proprietà vien concepita come divisa in due parti ideali: un nudo

---

[83] Ḫalīl, h. t., n. 85.

[84] Cf. Gai., III, 145; *Cod.*, IV, 66, 1.

dominio, che è quello spettante al proprietario, un dominio utile, spettante all'enfiteuta.

Si osserva la stessa evoluzione nel diritto islamico. Le locazioni a lungo termine dei fondi rustici e i vari contratti affini si concepiscono come rapporti obbligatori e ne conservano il nome: " kirā' mu'abbad " = *conductio perpetua*. Ma anche in questo caso assumono, per una evoluzione naturale, la figura e l'indole di veri diritti reali e costituiscono un gruppo importante di *iura in re aliena*, di cui abbiamo avuto occasione di parlare ampiamente trattando dei diritti reali (Lib. VI, § 78 sg.).

CAPITOLO II.

Locazione di opere o di servigi (" iġārah ") [85].

Il contratto di lavoro ha due forme principali:

a) la locazione di servigi od opere (*locatio operarum*) = " iġārah ";

b) la locazione di opera, altrimenti detta cottimo (*locatio operis*) = " ġu'ālah ", " ġu'l ".

SEZIONE I. — Locazione di opere (" iġārah ").

§ **114.** Si chiama " iġārah ", da " aġr " = mercede, salario, il contratto con cui taluno si obbliga a prestare il proprio lavoro, mediante un corrispettivo, ad un'altra persona. In sostanza è una vendita del godimento di opere o di servigi, come la locazione di cose è la vendita del godimento od utilità di certi oggetti.

I giuristi islamici vi ravvisano gli stessi elementi costitutivi (" arkān ") [86] della vendita, cioè:

1° I contraenti (" al-'āqidāni ");

---

[85] *Muwaṭṭa'*, III, 167, 168, 181–183, 213; Buḫārī (Krehl), *iġārah*, II, 48; Ibn Māġah, II, 5, 44; *Mud.*, XI, 44; Ibn 'Āṣim, v. 1079 sg.; *'Amaliyyāt*, 326 sg.; Ḫalīl, XXIX, n. 1 sg.; Ḫiršī, VII, 2 sg.; Dasūqī, IV, 2 sg.; Mayyārah, II, 101–108; Tasūlī, II, 113; *P. C. T.*, a. 985–994; Zeys, II, 131 sg.; Ġazālī, I, 229 sg.; Širāzī, 75–78; Sachau, I, 539.

[86] Ḫalīl, h. t., n. 1; Ḫiršī, VII, 2–3; *P. C. T.*, a. 955–956.

2° L'oggetto (" al-ma'qūd 'alayhi "), cioè le opere o servigi promessi da un contraente ed il prezzo o mercede dovuta dall'altro.

3° La forma (" ṣīġah ") o espressione del consenso.

§ **115.** 1. *I contraenti.*

Oltre ai requisiti generali di capacità contrattuale,

a) la donna maritata non può promettere i suoi servigi come balia senza il consenso del marito, perchè il baliatico obbliga la donna ad allontanarsi dal domicilio coniugale ed oltre al privare il marito dell'assistenza domestica, cui ha diritto, può essere dannoso per il figlio comune, in quanto lo priva in tutto od in parte del latte della madre [87];

b) l'infedele non si può adibire a certi servigi speciali attinenti al culto, per esempio, il servizio di nettezza in una moschea, benchè in generale l'impiego di infedeli da parte dei Musulmani sia lecito, come lo provano i numerosi " ḥadīṯ " in cui è detto che il Profeta si valse dell'opera di infedeli e di idolatri per le incombenze più varie [88];

c) è lecita, ma considerata riprovevole, la locazione di servigi di un Musulmano schiavo o libero ad un infedele, perchè l'Islām deve sempre avere una superiorità sugli altri culti (arg. *Cor.*, IV, 140) [89].

2. *La forma.*

Il contratto di locazione di opere non richiede forma speciale ed è perfetto col consenso delle parti in qualunque modo espresso, anche se tacitamente.

3. L'*oggetto* della locazione-conduzione è costituito da due elementi: 1° il fatto o lavoro promesso dal locatore d'opere; 2° il compenso dovuto dal conduttore d'opere per quel godimento.

1° Il lavoro, oggetto della locazione d'opere, deve avere i requisiti che si esigono nell'oggetto della vendita: in altri termini il fatto od opera da cui si ritrae il godimento dev'essere: *a*) valutabile, cioè rappresentare una utilità valutabile, concreta; *b*) determinata; *c*) possibile; *d*) lecita.

a) Il fatto che costituisce oggetto della locazione deve rappresentare una utilità valutabile; ad esempio, non è utilità valutabile il piacere che si può ritrarre dal canto, dalla musica [90], concetto al

---

[87] Ḫalīl, h. t., n. 19.

[88] Ḫalīl, h. t., n. 30; cf. Buḫārī, *iġārah*, 3, 4 sg.

[89] *Mud.*, XI, 75; Ḫalīl, h. t., n. 27 e not. 90; *P. C. T.*, a. 953.

[90] *Mud.*, XI, 63; Ḫalīl, h. t., n. 28 e not. 96.

quale non sono certo estranee le tendenze del culto, avverso ai trattenimenti musicali (cf. Lib. VI, §§ 1, 9).

b) Dev' essere determinato [91]: per esempio, se si prende un precettore per un ragazzo, si dovrà precisare le qualità fisiche e morali dell'allievo, perchè da un ragazzo ad un altro è grande la differenza del lavoro richiesto dall'insegnante, secondo la maggiore o minore attitudine dell'allievo, la docilità, la salute. Se si prende una balia, occorre determinare l'età e le condizioni fisiche del bambino da allattare, per la grande diversità della prestazione di lavoro richiesta secondo la diversità dei bambini.

L'oggetto della locazione dovendo essere un fatto determinato, si è dubitato se il pubblico banditore, il sensale, il bagnaiuolo abbiano diritto ad un salario, appunto perchè, per la loro indole, i servizi di quelle persone non sono capaci di una determinazione e quindi di una valutazione precisa. Ma anche in questo caso le necessità pratiche, rappresentate dall'" iǵmā' " (consenso), prevalgono sul rigore dei principî e la legittimità di quei contratti vien giustificata, al solito, dal " ḥadīṯ ".

I numerosi accenni ai vari mestieri [92]: tessitore, fabbro, falegname, orefice ed altri, che si trovano nelle raccolte di tradizioni e che talvolta paiono oziosi od inopportuni, hanno lo scopo di dimostrare mediante l'esempio o l'approvazione tacita del Profeta, la legittimità di quei mestieri e quindi della mercede dovuta a chi li esercita. Così i tradizionisti raccontano che il Profeta si fece radere da uno schiavo barbiere e gli fece dare una misura (" ṣā' ") o due di grano; il salario del barbiere è quindi legittimo. Un'altra volta è un sarto di cui il Profeta accetta un invito ad un banchetto nuziale, onde la conseguenza che il guadagno del sarto è legittimo, poichè il Profeta non avrebbe gradito gli alimenti offerti dal sarto se non li avesse ritenuti di origine legittima, cioè prodotti da un guadagno lecito.

Quanto al sensale, al-Buḫārī cita Ibn Sīrīn ed altri antichi giureconsulti medinesi i quali credevano lecito assegnargli una mercede ed anche una partecipazione nel guadagno. « Ibn 'Abbās ha detto: non v'ha nulla d'illecito se si dice a taluno: " vendi quest'oggetto

---

[91] *Mud.*, XI, 83–88; Ḫalīl, h. t., n. 19, 31 (*a–b*); *Minhāǵ*, II, 156, 157.

[92] Abū Dā'ūd, III, 182–183; Ibn Māgah, II, 3–7; Buḫārī, *iǵārah*, n. 14, 16–18; *buyū'*, n. 21, 28–32; *Muwaṭṭa'*, III, 33; IV, 218–220; Muslim, VI, 456; cf. Peltier, *Muwaṭṭa'*, p. 126; *'Amaliyyāt*, p. 337; *P. C. T.*, a. 1068–1073, 1075, 1078, 1079 nota.

per tale somma; se vi sarà una eccedenza sarà tua ", oppure " noi la divideremo tra noi " ».

c) Il fatto o lavoro, oggetto della locazione, dev'essere *possibile*; un fatto fisicamente impossibile per il locatore d'opera non sarebbe oggetto valido; così, ad esempio, se un cieco promette i suoi servigi come contabile o segretario, o un paralitico in qualità di facchino [93].

d) Il fatto dev'essere *lecito* [94]: non è valida la locazione d'opere che ha per scopo l'insegnamento o l'esecuzione di un fatto delittuoso o contrario alla legge od ai buoni costumi. In questo ordine d'idee sono comprese l'astrologia, la magia, le scienze occulte in genere, ed anche il canto e la musica, poichè gli esercenti di quelle arti in Oriente, come nel mondo greco–romano, non godono buona fama rispetto ai costumi. Solo per eccezione si permette la musica, in occasioni solenni, quali il ricevimento d'un Principe, nelle feste pubbliche, nel matrimonio, in occasione della *deductio in domum mariti* della novella sposa, la quale viene accompagnata con nacchere, trombette ed altri strumenti atti a dar pubblicità al matrimonio (cf. Lib. V, § 15).

Nello stesso ordine d'idee [95], non è lecita la locazione d'opere avente per scopo di sostituire un'altra persona in un atto del culto che ogni Musulmano è tenuto a compiere personalmente (" farḍ 'ayn " = dovere personale), quale la preghiera, il digiuno, una espiazione religiosa; si ammette la sostituzione dell'obbligato mediante compenso solo in quegli atti del culto che hanno carattere collettivo, come il pellegrinaggio, che è un " farḍ kifāyah ", cioè uno di quegli atti che, compiuti da uno o più Musulmani, dispensano gli altri dal compirli.

Si è dubitato per lungo tempo se l'insegnamento del Corano, quello della Legge (" fiqh "), il consulto dato dal giurisperito potessero essere oggetto di locazione d'opere e di compenso [96]. Colui che possiede la scienza divina è per legge astretto a farne parte a coloro che la

---

[93] Ḫalīl, h. t., n. 28 e not. 94.

[94] *Mud.*, XI, 61, 66; XII, 138; Buḫārī, *ašribah*, n. 6; *'īdayni*, 2, 3, 25; Buḫārī–Qasṭallānī, II, 204, 227; VIII, 400–403; Ibn Māǵah, I, 202, 300; II, 6, 68 in f., 69; Ḫalīl, h. t., 27–28, 30; IX, n. 88; cf. Ibn Nuǵaym, II, 258–259; Ibn Sa'd, IV, 1, 120, 11; cf. Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, IV, 37 (poesia).

[95] *Mud.*, XI, 62; Ḫalīl, h. t., n. 28, 30 (*d*); *Minhāǵ*, II, 158.

[96] Ibn Māǵah, I, p. 47–49, 54–58; Abū Dā'ūd, III, 181, 238–240; Buḫārī–Qasṭallānī, I, 153; III, 14; *'Amaliyyāt*, 326–327; *Minhāǵ*, II, 158.

conoscono meno di lui. Egli deve diffonderla col suo insegnamento e prestare gratuitamente l'opera sua, quando ne sia richiesto per dare forma giuridica agli atti conclusi tra i credenti. Fare commercio di tutto ciò è cosa indegna di un credente, non solo perchè l'oggetto del contratto non ha valore venale, ma anche perchè importa la violazione di un dovere positivo imposto ad ogni credente il quale sia in grado di compierlo [97].

Si legge nella Tradizione [98] che 'Ubādah ibn aṣ–Ṣāmit avendo insegnato il Corano ad alcuni credenti, uno di questi gli regalò un arco. « Ed io dissi tra me: Non è un valore (" māl ") e me ne servirò per combattere per la causa di Dio. Andrò a vedere l'Apostolo di Dio ». Egli consulta il Profeta e questi gli risponde: « Se tu vuoi avere un collare di fuoco intorno al collo, ricevi quell' arco ».

Ma a poco a poco il rigore dei principî si attenua dinanzi alle inflessibili necessità della vita: i giuristi ammettono che si possa dare una retribuzione per l'insegnamento del Corano, « perchè, dice un Malichita, prevale ai nostri giorni una certa rilassatezza in fatto di religione e l'insegnamento del Corano scemerebbe qualora si vietasse ogni retribuzione a coloro che lo impartiscono » [99]. Lo stesso avviene per gli atti notarili, considerati come parte della giurisprudenza, che in massima dovrebbero essere gratuiti, come la testimonianza; si comprende che interdire ogni onorario ai notai sarebbe interdire l'esercizio della professione, con grave danno degli affari, e si permette ai notai di ricevere un onorario, per il lavoro di redazione dell'atto. E così per il " fiqh " o giurisprudenza: benchè i giuristi [100] dichiarino riprovevole la locazione avente per oggetto d'insegnare il diritto, essi permettono all'insegnante di ricevere un compenso, se gli è offerto, anzi una dottrina autorevole (Ibn Yūnus, al–Laḫmī ecc.) permette e il pagamento, per contratto, d'un onorario ai maestri di diritto e la vendita dei libri che lo insegnano.

Rispetto ad un punto solo la dottrina è rimasta inflessibile, ed è per quanto riguarda i consulti giuridici ("fatwà"). Il giureconsulto che spiega la Legge divina – e questo è l'ufficio essenziale del " muftī " – compie un dovere preciso ed è largamente retribuito dal me-

---

97 Ḫalīl, h. t., n. 27, not. 86.

98 *Muwaṭṭa'*, III, 181; Ibn Māǵah, II, 5.

99 Buḫārī, *iǵārah*, n. 16; *Mud.*, XI, 61; Ḫalīl, h. t., n. 25 e not. 79; *Minhāǵ*, II, 155.

100 Buḫārī, *iǵārah*, n. 16; *Mud.*, XI, 61; Ḫalīl, h. t., n. 27 e not. 86, n. 87.

rito che acquista dinanzi a Dio nel compierlo. Il suo ufficio non solo può, ma deve essere essenzialmente gratuito, perchè il merito che lucra dinanzi a Dio è più che sufficiente a compensarlo.

Anche per il "mu'aḏḏin" (banditore della preghiera), per l'"imām" (direttore della preghiera) è la stessa ripugnanza a riconoscere il carattere di salario; e rimane controverso nella giurisprudenza se l'assegno che vien dato per quegli uffici sia una mercede o non piuttosto un sussidio o soccorso ("i'ānah") avente un carattere di beneficenza [101].

§ **116.** 2° Il prezzo di locazione o mercede corrisponde a quello che nella vendita è il prezzo ed è il secondo oggetto del contratto di locazione d'opere appunto perchè, se il conduttore ha per fine di ottenere i servigi promessi, il locatore d'opere ha per fine la mercede pattuita.

Il prezzo può consistere sia in numerario, sia in prodotti od in altri valori, purchè siano in commercio e determinati rispetto alla quantità e alla qualità. Il prezzo deve essere sempre determinato al momento del contratto o, per lo meno, essere suscettibile di determinazione precisa.

Se, dice az-Zurqānī, per consuetudine o per patto il locatore d'opere avesse diritto ad un tanto proporzionale a ciò che egli venderà o comprerà, il patto sarebbe lecito.

Si può anche stabilire la mercede, o compenso, in un tanto per ogni porzione di lavoro fatto [102], da non confondere però con quella stabilita a lavoro compiuto o cottimo ("ǵu'l").

È perciò invalida [103] la locazione pattuita mediante una mercede aleatoria o indeterminata, in quanto dipende dal risultato del lavoro che il lavoratore ha promesso di compiere o, come dicono le nostre fonti, quando la locazione d'opere sia congiunta ad un cottimo ("ǵu'l"). Non è lecito, ad esempio, fare scuoiare un animale promettendo come mercede la pelle, perchè questa non sarà dovuta se non a lavoro finito e può avvenire che nella operazione sia deteriorata o si rompa, e quindi perda valore, sicchè il lavoratore avrebbe un compenso nullo od insufficiente. Per ragioni analoghe:

---

[101] Abū Dā'ūd, I, 154; Ḫalīl, II, § 8; Zurqānī, I, p. 162; *'Amaliyyāt*, 388-389.

[102] *Mud.*, XI, 91, 92; Ḫalīl, XXIX, n. 26.

[103] *Mud.*, XI, 46, 47, 48-51, 102; *Muwaṭṭa'*, III, 168; Ḫalīl, h. t., n. 4-5, 5bis e nota 12, e nota 22-23; Dasūqī, p. 7; *Minhāǵ*, II, 152-155.

a) non si può far macinare il grano promettendo come compenso la crusca prodotta dalla macinazione, perchè non se ne può determinare la quantità;

b) nè far tessere una stoffa, promettendone come salario una certa parte, perchè s'ignora quale sarà il prodotto del lavoro sia come qualità sia spesso anche come quantità;

c) nè far scuotere le olive promettendo in compenso al lavoratore una parte di quelle che cadranno dalla pianta, nè far spremere le olive mediante una quota-parte dell'olio estratto, se non sia determinata la quantità di misure dovute al locatore di opere;

- poichè in tutte queste ipotesi la mercede è indeterminata ed aleatoria, potendo variare secondo le difficoltà del lavoro, la qualità della materia e le circostanze particolari, senza dire che in certi casi, per esempio quello della macinazione del grano mediante una quota della farina prodotta, si viola la regola che prescrive di permutare le derrate alimentari solo per quantità uguali e senza intervallo di tempo.

In questi casi il contratto è dunque viziato (" fāsid "), cioè rescindibile, ed al locatore d'opere si deve assegnare un compenso adeguato, ragguagliato sui prezzi correnti del luogo per quel genere di lavoro.

Per lo stesso motivo non si può stabilire la mercede in modo alternativo; per esempio, non si può contrarre con un artigiano in questo modo: « Se tu mi consegnerai la veste oggi avrai un dīnār, se la consegnerai domani avrai solo mezzo dīnār » [104].

Questo modo di stabilire il compenso non avrebbe quella determinatezza che si esige per dar validità al contratto.

§ **117.** *Effetti del contratto.*

A). *Obblighi del locatore di lavoro.* — Ciò che il locatore di lavoro cede, in forza del contratto, è l'opera sua, *id est faciendi necessitatem*, dicevano i giuristi romani; lo stesso concetto è presso i Musulmani, e per questo rispetto il locatore di lavoro è assimilato al venditore.

1. Il locatore di opere o servigi deve eseguire personalmente le opere ch'egli ha assunto di compiere, nè può farsi sostituire da altri, quando dall'indole delle opere o della convenzione risulti l'interesse del committente ad impedire ogni sostituzione di persona. È vietato,

---

[104] Ḫalīl, XXIX, n. 5 (*i*).

in massima, al pastore di assumere la custodia di un altro gregge, se non è in grado di custodire i due greggi insieme [105].

2. Deve eseguire il lavoro assunto con diligenza e puntualità [106] e risponde non solo della mancata diligenza, ma anche della sua imperizia professionale. Così il medico, il chirurgo rispondono delle conseguenze della loro cura o dell'atto operatorio da essi eseguito, qualora risulti che non si sono attenuti alle regole dell'arte; il notaro, che ha redatto un contratto di mutuo, risponde qualora sia dimostrato che gli atti di proprietà dati in garanzia al mutuante sono falsi, perchè spettava al notaro assicurarsi dell'autenticità dei documenti esibiti; il sarto che, per imperizia, taglia la stoffa per modo che non basti a fare la veste ordinatagli, quando risulti che la quantità di stoffa a lui fornita era sufficiente a quell'uopo.

È controverso tra i Malichiti se il locatore d'opere possa pattuire che non risponderà della sua colpa; l'opinione prevalente è in senso negativo.

3. Deve attenersi alle istruzioni del committente. È in colpa il locatore di lavoro se vien meno alle prescrizioni precise a lui date [107]. L'artigiano, il quale ha ricevuto l'ordine di tingere in rosso una stoffa e invece la tinge in giallo, deve il valore della stoffa, salvo che il committente preferisca riceverla qual'è, pagando all'operaio il solo valore delle materie adoperate per la tintura; il pastore, al quale era stato prescritto di far pascolare il gregge in un certo luogo, risponde se la fa pascolare altrove.

Se vi sia dubbio sulle modalità prescritte all'operaio, fa fede l'affermazione giurata di questo quanto alle istruzioni che dice aver ricevuto: «Quando taluno consegna una veste ad un tintore per tingerla e, dopo che è stata tinta, il padrone della veste dice: " Io non ti avevo prescritto di tingere di quel colore " ed il tintore dice: "Ma no, tu mi avevi ordinato di tingerla appunto in quel modo ", l'affermazione del tintore farà fede, e così pure quella del sarto, dell'orefice (nei casi analoghi), purchè prestino giuramento» (*Muwaṭṭa'*, l. c.). Per applicazione della stessa regola, il barbiere (cerusico) che estrae un dente, mentre il cliente afferma di avergli prescritto di estrarne un altro diverso, è creduto, quando afferma di aver estratto

---

[105] Ḫalīl, XXIX, n. 32.

[106] *Mud.*, XI, 29 sg., 44 sg.; Dasūqī, IV, 23–24; *P. C. T.*, a. 971.

[107] *Muwaṭṭa'*, III, 213; *Mud.*, XI, 34, 83, 93–97, 128; X, 82; Ḫalīl, h. t., n. 37, 39, 95–96, e not. 150, 151, 317, 320; *P. C. T.*, a. 972; cf. *Minhāǧ*, II, 163.

il dente che gli era stato indicato. Il messaggero o altro locatore d'opere fa fede quando afferma di aver rimesso alla persona a lui indicata la lettera o il messaggio di cui era incaricato; e così il vetturale o il facchino incaricato di un trasporto, quando affermano di averlo rimesso a destinazione, dovendosi, tanto l'uno che l'altro, considerarsi quali fiduciari (" amīn "). I Malichiti fanno il ragionamento seguente: il committente ammette di aver dato un ordine preciso, ma, poichè contesta le modalità di quest'ordine, egli è attore ed a lui spetta la prova di quanto afferma; inoltre egli è interessato a privare l'artigiano o lavoratore della mercede promessa e la sua affermazione è sospetta, in mancanza di prova; si deve quindi, nella specie, stare a quanto afferma il locatore d'opere, se l'affermazione di quest'ultimo è verisimile. Qualora non lo sia, si deve deferire il giuramento al committente.

Gli Sciafiiti (e con essi i Ḥanbaliti) prestano fede, invece, all'affermazione del committente, perchè il locatore d'opere, riconoscendo, nella specie sopra indicata della veste tinta in giallo anzichè in rosso, di aver ricevuto un oggetto appartenente ad altri, riconosce altresì di averlo trasformato, di aver fatto alcunchè di nuovo; spetta quindi a lui dimostrare che quella trasformazione è conforme alla volontà del proprietario di quell'oggetto.

Il locatore d'opere risponde non solo del fatto proprio o della colpa, ma anche del fatto o colpa degli operai o altre persone da cui si è fatto assistere nell'esecuzione del lavoro commessogli. « Il lavatore di panni, che ha molta roba da lavare e assume come aiuto un operaio che manda al fiume a lavare parte di quelle cose, risponde di ciò che il suo operaio ha perduto » [108].

4. Il locatore di lavoro deve restituire al committente le cose che gli sono state affidate per eseguire il lavoro a lui commesso.

Nel caso in cui si contesti della restituzione, saranno da distinguere due ipotesi [109]:

a) se si tratta di cose facilmente trafugabili (" mā yuġābu 'alayhi ": cf. Lib. VI, § 5), quali le gemme, i monili, le stoffe ecc., che il locatore d'opere afferma di aver restituite, mentre il committente nega di averle ricevute, la fede l'affermazione del committente, perchè il locatore di lavoro, affermando di aver restituito la cosa,

---

[108] *Mud.*, XI, 31; *P. C. T.*, a. 973.

[109] *Mud.*, XI, p. 34. 35 pr., 94; Ḫalīl, h. t., n. 35, 97; Ibn Farḥūn, II, 285.

ammette implicitamente di averla ricevuta e spetta a lui provare la eccezione di cui si prevale, cioè la restituzione al committente;

b) se la cosa non è facilmente trafugabile (" mā lā yuġābu 'alayhi »: Lib. VI, § 5), fa fede l'affermazione del locatore di lavoro di averla restituita al committente, poichè farebbe fede se dicesse che la cosa è perita (§ 118); tuttavia, se la cosa gli è stata rimessa dinanzi a testimoni a ciò richiesti, il locatore di lavoro non è liberato se non facendo la prova della restituzione, secondo le regole seguite in materia di deposito [110].

§ **118.** Se il locatore d'opere non restituisce la cosa affidatagli o la restituisce deteriorata, converrà distinguere due casi, secondo che ciò dipenda:

I. da sottrazione o smarrimento della cosa;

II. da perimento totale.

I. Se il locatore di lavoro allega che la cosa gli è stata sottratta o che l'ha smarrita, dovrà egli rispondere ? in altri termini, risponde egli della custodia ?

La dottrina malichita decide, di regola, negativamente [111]. Il locatore di lavoro è, al pari del depositario, un " amīn " (fiduciario), quindi la sua affermazione fa fede, sia ch'egli dica che la cosa è smarrita o che gli è stata sottratta; egli non risponde quindi, salvo che non gli si possa imputare colpa. E pertanto non risponde il guardiano del bagno degli oggetti ivi lasciati dai clienti, il sensale degli oggetti a lui affidati per venderli, se allegano la perdita o la sottrazione di quelle cose, il pastore, se allega che un animale del gregge gli è stato rubato o che ha dovuto ucciderlo perchè moribondo, salvo il giuramento che potrà esser loro deferito in caso di dubbio [112]. Invece è in colpa, e quindi responsabile, il guardiano di un bagno che, avendo visto taluno prendere certi vestiti, non si è assicurato che chi li prendeva ne era il proprietario, se risulti che quella persona ha preso delle vesti che appartenevano ad altri clienti.

II. *Perimento della cosa* [113]. Il locatore di lavoro non risponde se la cosa che deve restituire è perita per forza maggiore o caso fortuito,

---

[110] Cf. Ḫalīl, XXII, n. 18; *Digest.*, 50, 17, 35.

[111] *Mud.*, XI, 86; Ḫalīl, h. t., n. 36, 39; Dasūqī, IV, 24; *'Amaliyyāt*, p. 337-338; *P. C. T.*, a. 971–976; cf. *Cod.*, IV, 65, 22, 14.

[112] Dasūqī, IV, 24: « La dottrina più recente tende a rendere responsabili i guardiani di notte, i custodi, i pastori, e ciò per ragioni di ordine pubblico ».

[113] *Mud.*, XI, 30, 86, 87, 131–133, 134; Ḫalīl, h. t., n. 36, not. 129–135; X, nota 564; Dasūqī, IV, p. 24; Zurqānī, VII, 27; *Minhāǧ*, II, 163.

salvo che gli si possa imputare dolo (" ġurūr ") o colpa nella esecuzione, sia *in committendo* (" ta'addī ") sia *in omittendo* (" tafrīṭ "), od egli sia in mora nel restituire la cosa.

Così il vetturale o il facchino incaricati del trasporto di una cosa fragile (un orcio d'olio, un vaso contenente derrate alimentari ecc.) non rispondono se, rompendosi la fune o inciampando l'animale, le cose affidate si deteriorano o vanno perdute. Ne rispondono invece se il sinistro sia avvenuto per un loro dolo *di fatto* (" ġurūr fi'lī "), per esempio, perchè hanno adoperato una fune logora o poco resistente od una bestia che aveva il vizio d'inciampare, o per loro colpa, per esempio, perchè hanno troppo affrettato il passo dell'animale che conducevano o sono passati per una via troppo frequentata, esponendosi agli urti dei passanti, quando potevano passare per un'altra via. Il guardiano notturno non risponde se avviene un furto per effrazione della casa o bottega che era incaricato di custodire; risponde invece se sia incorso in una negligenza, per cui si è reso possibile il furto o la sottrazione, per esempio se ha lasciato la porta aperta o mal chiusa o se si è assentato durante la notte. Il capitano di nave non risponde se la nave affonda per forza maggiore; risponde invece se l'affondamento è avvenuto per una falsa manovra da lui fatta o perchè si è posto in mare con un tempo minaccioso od ha imposto un carico eccessivo alla nave.

La responsabilità del locatore d'opere cessa nei casi in cui vi è un rischio inerente all'operazione stessa di cui è incaricato; per esempio, quando si tratta di forare una perla, d'intagliare una gemma, di un'operazione chirurgica, il locatore d'opere risponde solo della imperizia e della colpa grave [114].

S'intende sempre che la prova della forza maggiore o del caso fortuito, che ha prodotto il perimento o la deteriorazione, è a carico del locatore di lavoro che l'allega.

§ **119.** Per ragioni d'ordine pubblico [115], una responsabilità più rigorosa è imposta agli artigiani (" ṣunnā' ") che lavorano in bottega o a domicilio, ed anche a quelli che, pur non avendo negozio aperto, esercitano pubblicamente un'arte e ricevono le cose che debbono mettere in opera e le portano a quest'uopo nella loro casa o nella loro bottega. Essi debbono la custodia delle cose loro affidate, debbono

---

[114] *Mud.*, XI, 30, 31, 33, 137 pr., 139.

[115] *Mud.*, XI, 29–30, 86; Ḫalīl, h. t., n. 38 e not. 139–140; Dasūqī, IV, 125; Ibn Farḥūn, II, 285 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 337 in f., 338 pr., 339; *P. C. T.*, a. 977.

cioè risponderne, qualora non possano restituirle, nè è lecito esimersi da questa garentía mediante patto, perchè un patto siffatto sarebbe contrario all'interesse pubblico; può liberarli solo la prova ch'essi facciano della forza maggiore. « L'artigiano ("ṣāni' "), dice Ḫalīl, risponde della cosa che gli è stata affidata per metterla in opera, anche se non abbia bottega o non abbia pattuito un salario, se egli esercita pubblicamente l'arte sua . . . Se la cosa perisce, ed egli non possa provare il caso fortuito, ne dovrà il valore calcolato al giorno in cui la cosa gli è stata consegnata, malgrado ogni patto in contrario, ed anche se avesse già chiesto al committente di riprendere la cosa sua » [116]. Una dottrina recente estende queste responsabilità ai sensali [117].

La responsabilità speciale dell'artigiano è limitata all'oggetto [118] o alle materie a lui affidate per metterle in opera. Per le altre cose a lui affidate, ancorchè necessarie alla esecuzione del lavoro, egli risponde in qualità di depositario [119]. Qualche esempio farà più chiara la regola: il copista incaricato di copiare un libro risponde solo della copia a lui affidata, non del libro a lui rimesso per farne la trascrizione; l'armaiolo, cui è rimessa una sciabola per aggiungere qualche ornamento all'impugnatura, risponde dell'arma, non del fodero; se al calzolaio è rimesso per la risolatura un paio di sandali, egli deve rispondere, in quanto artigiano, del sandalo che deve risolare, non di quello che fa il paio con esso, che vien considerato solo come deposito. Questo sistema, professato da Saḥnūn, è seguito dalla dottrina prevalente, di cui è interprete Ḫalīl [120].

§ **120.** B). *Obblighi del committente o conduttore di lavoro.* — L'obbligo principale del committente o conduttore di lavoro è di pagare la mercede o corrispettivo stabilito dalla convenzione o dalla consuetudine per il lavoro fatto. È un obbligo non solo giuridico, ma religioso. « Tre persone, dice il Profeta nel " ḥadīṯ ", mi avranno avversario il giorno del Giudizio, e coloro di cui io sarò l'avversario

---

[116] Cf. la responsabilità più rigorosa degli osti, stallieri, padroni di navi in diritto romano (cf. *Digest.*, 4, 9, 3 § 1–2; 19, 2, 31), « *quia necesse est res custodiae eorum committere* », *Digest.*, 4, 9, 1 pr.; cf. *Digest.*, 47, 2, 14 § 17; 47, 5, 1 § 4.

[117] *'Amaliyyāt*, l. c.

[118] Ḫalīl, h. t., n. 38.

[119] La responsabilità del depositario riguarda il fatto proprio e non si estende alla custodia.

[120] Sulle dottrine opposte da altri, ma che non sono prevalenti, cf. Ḫalīl, h. t., nota 140.

saranno vinti: l'uomo che mi ha promesso fede e poi ha tradito; l'uomo che avrà venduto un libero e ne avrà consumato il prezzo; l'uomo che ha assunto i servigi di un operaio e, dopo aver ottenuto tutto ciò che doveva avere da lui, non gli paga il suo compenso »[121].

In caso di contestazione sulla mercede dovuta, conviene distinguere[122].

a) se la cosa che è stata oggetto del lavoro dell'operaio o locatore di lavoro si trova ancora in suo possesso, fa fede l'affermazione giurata di questo ultimo quanto alla mercede dovuta, purchè sia verosimile; infatti il locatore di lavoro, il quale è in possesso della cosa, è nella condizione del venditore, il quale non ha ancora consegnato la cosa venduta. Se invece la sua affermazione non sia verosimile, farà fede l'affermazione giurata del committente, purchè verosimile.

b) se il locatore di lavoro non è in possesso della cosa che è stata oggetto del lavoro, per esempio quando l'operaio è stato incaricato di eseguire dei lavori nella casa del committente, farà fede l'affermazione giurata del committente, quanto alla mercede dovuta.

In difetto di queste presunzioni, spetterà al giudice determinare il compenso dovuto, secondo la qualità del lavoro e le circostanze di fatto.

§ **121.** Ad ogni frazione del lavoro corrisponde una frazione del prezzo, dovuto al locatore di opere, frazione che è dovuta al compimento di quella parte del lavoro; è la stessa regola seguita nella compra-vendita e nella locazione di cose. Benchè, di regola, la rimunerazione sia il corrispettivo del lavoro prestato, pur tuttavia il locatore di lavoro ha diritto al suo compenso, anche se, senza sua colpa, egli non abbia prestato il servizio o lo abbia prestato solo in parte, purchè si sia tenuto a disposizione del committente per tutto il tempo necessario e non abbia impiegato il suo lavoro altrove[123]. Il conduttore di una cavalcatura deve quindi la mercede promessa, anche se rinunci volontariamente al viaggio o ne sia stato impedito, per cause di forza maggiore, o relative alla persona del viaggiatore, quantunque il mezzo di trasporto ed il conduttore siano stati pronti in tempo debito e si siano tenuti a disposizione del viaggiatore. Il professore, che per

---

[121] Ibn Māǵah, II, 44.

[122] Ḫalīl, h. t., n. 96 (*c*) e not. 322, n. 97 e nota.

[123] *Mud.*, XI, 116, 117, 119, 135; Ḫalīl, h. t., n. 26; cf. n. 87; *Minhāǧ*, II, 166-167.

mancanza di scolari non ha potuto fare le sue lezioni o le ha dovute interrompere per ragioni di vacanze o ferie annuali, ha diritto al suo stipendio per quel tempo intero.

§ **122.** Il conduttore di lavoro non deve altro che la mercede promessa e non è tenuto a veruna indennità o compenso per gli infortuni occorsi al locatore d'opere nell'esecuzione del lavoro commessogli [124]. Chi fa scavare un pozzo, chi sfrutta una cava di pietre od una miniera non deve indennizzo se, per lo staccarsi di un inasso, per una frana od altro accidente dipendente da quel lavoro, l'operaio sia ferito od ucciso, « perchè, dice az-Zurqānī [125], il proprietario (del terreno ove si fa lo scavo) non vi ha contribuito (*non è in colpa*), avendo fatto eseguire gli scavi in luogo in cui gli è lecito di farli (cioè in luogo di sua proprietà) [126], e per il " ḥadīṯ ", riferito nell' *al-Muwaṭṭa'* e nei due *Ṣaḥīḥ* (raccolte autentiche, cioè quelle di al-Buḫārī e di Muslim): il fatto dell'animale bruto è impunito (non dà diritto ad indennizzo), il pozzo è impunito (non dà diritto ad indennizzo, se taluno vi cade) e la miniera è impunita (non dà diritto ad indennizzo, se taluno è ucciso o ferito per una frana o altro accidente inerente al terreno) = " al-'aǵmā' ǵubār wa 'l-bi'r ǵubār wa 'l-ma'din ǵubār " » [127].

La regola cessa, ed il conduttore di lavoro è tenuto ad indennità per gl'infortuni, quando l'operaio ferito od ucciso è un minorenne od un incapace. « Se avviene loro un infortunio nel corso del lavoro, dice az-Zurqānī [128], hanno diritto ad un compenso ed in caso di morte si dovrà il prezzo del sangue (" diyah " = composizione per omicidio) ».

§ **123.** *Estinzione della locazione-conduzione di lavoro.*

Il contratto di locazione-conduzione di lavoro si estingue:

1° Per lo spirare del termine convenuto tra le parti o il compimento del lavoro speciale che era oggetto del contratto.

2° Quando il fatto o lavoro, che era oggetto del contratto, è divenuto impossibile per mancanza o perimento della cosa su cui doveva compiersi il lavoro [129]. Si estingue, ad esempio, il contratto

---

[124] Cf. *Digest.*, 14, 2, 2 § 1.

[125] Zurqānī, VIII, 120.

[126] *Qui iure suo utitur, nemini damnum facit.*

[127] Sulla regola Buḫārī, *diyāt*, n. 28, 29; *širb*, n. 3; *Muwaṭṭa'*, IV, 46, 47; Muslim, VII, 265; Abū Dā'ūd, IV, 157, cf. Ḫalīl, XXXVII, n. 107 e le note 448, 449, 458.

[128] Zurqānī, VII, 3.

[129] *Mud.*, XI, 84, 86; Ḫalīl, h. t., n. 41 e not. 155-158; Zurqānī, VII, 32-33; Ibn Salmūn, II, 3; Dasūqī, IV, 28; *P. C. T.*, a. 979.

di baliatico se il bambino da allattare muore, quello col domatore di cavalli se il cavallo perisce o è vittima di un infortunio, quello col dentista chiamato per estrarre un dente se il dolore è cessato. Altre applicazioni della regola: taluno contrae con una squadra di operai per la mietitura del suo raccolto, ma, prima che vi mettano mano, un uragano distrugge il raccolto; un vetturale viene incaricato di trasportare certi oggetti, ma questi periscono prima della consegna al vetturale. In tutti i casi precitati ed altri analoghi il contratto di locazione si risolve.

Se la mancanza dell'oggetto si verifica mentre il contratto era in corso di esecuzione, è controverso, tra i Malichiti, se sia dovuta al locatore di lavoro la mercede pattuita in proporzione del lavoro compiuto (dottrina prevalente) ovvero la mercede intera, perchè l'impedimento non è dipeso dal fatto del locatore d'opere. Quest'ultima dottrina è sostenuta da Saḥnūn ed altri.

3° Per la morte del locatore di lavoro [130]; così la morte del pastore risolve il contratto di pascolo, quella dell'artigiano la convenzione con lui fatta, e ciò si comprende, perchè l'abilità tecnica e la qualità della persona sono generalmente un elemento essenziale di questa specie di contratti. Invece la morte del committente o locatore di lavoro non risolve il contratto. Se chi ha condotto i servigi d'un vetturale muore prima d'intraprendere il viaggio, i suoi eredi dovranno il prezzo di trasporto, anche se non abbiano bisogno di servirsi del vetturale, se questi è rimasto a loro disposizione.

4° Per un impedimento sopravvenuto al locatore di lavoro, indipendente dalla sua volontà (malattia, infortunio ecc.) e che gli vieta permanentemente o per lungo tempo d'intraprendere o di continuare il lavoro assunto [131]: in questo caso il contratto si risolve, ma il locatore d'opere ha diritto al compenso pattuito o a quello d'uso, in proporzione del lavoro fatto. Così se la balia si ammala o è ridotta in condizioni fisiche da non poter continuare l'allattamento, se l'operaio o il domestico cade malato gravemente. Non ha influenza invece sul contratto un disturbo lieve e di breve durata.

5° Per la risoluzione pronunciata dal giudice.

---

[130] *Mud.*, XI, 116, 117, 119; Ḫalīl, h. t., nn. 22, 26, cf. 87; cf. *Minhāǧ*, II, 167.

[131] *Mud.*, XI, 78 pr., 85, 143; Ḫalīl, h. t., n. 42 (*c–d*); Zurqānī, VII, 34; Ibn ʿĀṣim, v. 1080; *ʿAmaliyyāt*, p. 334.

Si fa luogo alla risoluzione giudiciale quando, prima della esecuzione del contratto, sia insorto dissenso tra le parti riguardo alla mercede pattuita, al lavoro da fare, alle modalità importanti della esecuzione o ad altri elementi essenziali del contratto [132].

6° Per la rescissione chiesta dal conduttore per causa di vizio redibitorio della cosa locata: ad esempio se lo schiavo locato risulta portato al furto, se la balia è una donna di cattivi costumi, se l'animale locato risulta incapace di fare il lavoro che era scopo del contratto, come nel caso che, essendo stato locato per macinare due staia di grano al giorno, non ne possa macinare più d'uno [133].

7° Un caso speciale di risoluzione è quello che riguarda l'impubere ed il prodigo interdetto, che è stato locato dal padre o tutore o curatore mentre era minorenne o si trovava sotto curatela. Appena divenuto pubere o *sui iuris*, egli può chiedere la risoluzione del contratto, salvo che la locazione d'opere sia prossima a spirare in quell'epoca [134].

8° L'affrancamento dello schiavo locato non è ragione di risoluzione della locazione, perchè il conduttore, avendo un diritto acquisito sulla cosa locata, non può esserne privato per fatto dell'altro contraente [135].

SEZIONE II. — Locazione d'opera (*locatio operis*) o cottimo ("ġu'ālah, ġu'l") [136].

§ **124.** Una forma speciale di locazione di opere (*locatio conductio operarum* = " iġārah ") è quella che ha per oggetto non già l'esecuzione di singole opere o servigi da parte del locatore di lavoro, sibbene l'opera o lavoro già compiuto, cioè il prodotto finito di un certo lavoro (" ġu'l " = *locatio conductio operis*). E per esempio[137]: quando taluno rimette ad un sarto una pezza di stoffa, perchè gliene faccia

---

[132] Ibn 'Āṣim, v. 1082.

[133] *Mud.*, X, 78, 117; Ḫalīl, h. t., n. 43, n. 70; Zurqānī, VII, 34, 44; Dardīr–Dasūqī, IV, 39.

[134] *Mud.*, XI, 97–98; Ḫalīl, h. t., n. 44 e not. 174–178; Zurqānī, VII, 34; Dasūqī, IV, 29–30.

[135] Ḫalīl, h. t., n. 49 e nota 187.

[136] Ḫalīl, XXX, ("ġu'l" o cottimo); cf. Ibn Nuġaym, I, 296; *Maġallah*, a. 388 sg.

[137] *Muwaṭṭa'*, III, 159; *Mud.*, XI, 61, 91, 100; Ḫalīl, XXIX, n. 16; XXX, n. 1 e not. 5; Ibn 'Āṣim, v. 1096; Tasūlī, II, 176 sg.; Zurqānī, VII, 19, 60 sg.; Ḫiršī, VII, 59 sg.; cf. *Digest.*, 19, 2, 13 § 1–6; Dasūqī, IV, 10 in f., 16 pr.; Sachau, p. 561 sg.; *Minhāġ*, II, 219; *P. C. T.*, a. 996 sg.; Ġazālī, I, 240.

un vestito, o s'intende con un costruttore o con un terrazziere che si obbliga a fabbricargli una casa, a scavargli un pozzo, e così via, mediante una somma determinata da pagarsi dal committente quando sarà consegnato il lavoro, il contratto che si forma nella specie è una *locatio operis* o " ǵu'ālah, ǵū'l ". Similmente, se taluno, avendo smarrito un animale, uno schiavo o altro oggetto promette pubblicamente una ricompensa a chi gli ricondurrà la cosa smarrita, si avrà per analogia la figura del "ǵū'l". Quando colui che eseguisce il lavoro somministra anche la materia, si avrà una compra-vendita (vendita della materia da porre in opera), congiunta ad una *locatio operis*, senza però che la natura di quest'ultimo contratto subisca modificazione.

La natura più o meno aleatoria di questo contratto non è sfuggita ai giuristi musulmani, i quali però ne trovano la giustificazione e nella Tradizione [138] e nel Corano (XII, 72), là ove i messi di Faraone promettono una ricompensa a chi troverà la coppa smarrita dal Re, e finalmente nel consenso unanime della Comunità musulmana (" iǵmā' ") [139].

Ibn 'Arafah definisce il " ǵu'l ": « Il contratto commutativo col quale, per la prestazione d'un servigio da parte d'un essere umano, viene promesso un corrispettivo che sarà dovuto solo dopo il compimento dell'opera promessa e non già a mano a mano di quanto vien fatto (dell' opera stessa) » [140].

§ **125.** A). *Elementi essenziali del " ǵu'l " o cottimo.*

Gli elementi essenziali del " ǵu'l " o *locatio operis* sono:

1° i contraenti, cioè il committente o assuntore d'opera (" musta'ǵir ") ed il locatore d'opera (" aǵīr ");

2° l'opera o fatto (" 'amal ") che è oggetto del contratto;

3° il compenso convenuto, detto " ǵu'l " al pari del contratto stesso.

Esaminati partitamente:

a) I requisiti relativi ai *contraenti* sono quelli della locazione-conduzione d'opera (" iǵārah ") [141].

---

[138] Abū Dā'ūd, II, 185; Buḫārī, *iǵārah*, n. 16; *Mud.*, III, 31; cf. Dimašqī, II, 166; Ša'rānī, II, 93; Ibn Nuǵaym, II, 59.

[139] Ḫiršī, VII, 59.

[140] " 'aqd mu'āwaḍah 'alà 'amal ādamiyyin yaǵibu 'iwaḍuhu bi-tamāmihi lā ba'ḍuhu bi-ba'ḍihi ".

[141] Ḫalīl, h. t., n. 1.

b) *Oggetto*. Ogni fatto o lavoro, purchè lecito, capace di essere oggetto di locazione–conduzione di opere, può essere oggetto di "ǵu'l" [142]; esso deve essere esattamente determinato secondo la varia natura dell'opera. Per esempio, se si tratta di un pozzo da scavare, sarà da precisare la larghezza e la profondità dello scavo, la natura del terreno in cui dovrà farsi, per modo che il locatore d'opera sappia esattamente l'impegno che contrae [143]. L'oggetto può essere unico o plurimo; per esempio, il ritrovamento di più animali o di più schiavi, la vendita di più oggetti che il locatore d'opera intraprende di curare. Si ricorre alla consuetudine per decidere a chi spetti la somministrazione degli strumenti e dei materiali occorrenti all'esecuzione dell'opera commessa [144].

Il lavoro, che è oggetto del "ǵu'l", dev'essere un fatto cui il committente del lavoro abbia interesse. Non ha efficacia la promessa di un compenso a chi compirà un fatto cui il promittente non abbia verun interesse personale, per esempio, a chi farà l'ascensione d'una montagna, senza che il promittente sia interessato a che ciò si faccia (dottrina prevalente) [145], perchè si ridurrebbe, nei riguardi dell'esecutore dell'opera, ad un lucro senza causa ("akl amwāl an–nās bi–'l–bāṭil").

Il compenso non può essere aleatorio od incerto. E a questo proposito si domanda: al procuratore che rappresenta una parte in giudizio si può promettere un compenso subordinato al guadagno della lite ? Il diritto romano proibiva il *pactum de quota litis* in quanto immorale e fomite di processi. In diritto malichita questo patto è vivamente controverso [146]: Mālik lo permette, in quanto lo considera una varietà del "ǵu'l", Ibn al–Qāsim vi è avverso, senza però vietarlo, l'opinione prevalente lo ritiene lecito [147]; le legislazioni più recenti dei paesi musulmani interdicono ai procuratori ed avvocati di stipulare un compenso proporzionale sui valori che sono materia della lite, ma in ciò non fanno che seguire l'influenza della legislazione europea, non il vero spirito della legge islamica.

---

[142] *Mud.*, XI, 46, 47, 54, 99; Ḫalīl, h. t., n. 5.
[143] *'Amaliyyāt*, 360.
[144] Ḫalīl, h. t., n. 33; *P. C. T.*, a. 998.
[145] Ḫalīl, h. t., n. 6 e n. 22; Zurqānī, VII, 63; Bannānī, VII, 21; Dasūqī, IV, 58; Ḫiršī, VII, 63 e 'Adawī ad loc., 64.
[146] *Mud.*, XI, 101, 104; *'Amaliyyāt*, 362–363; Tasūlī, II, 178; cf. *Digest.*, 17, 1, 7.
[147] E così il patto col medico subordinato alla guarigione del malato.

Non è valido il patto che il compenso promesso sarà pagabile subito, cioè alla conclusione del contratto, poichè questo patto è inconciliabile colla natura del contratto stesso, che suppone il compimento del fatto o lavoro prima che sia dovuto il compenso. Qualora però il promittente abbia anticipato il pagamento, non si potrà per questa ragione chiedere la nullità [148].

La promessa di ricompensa non può essere limitata ad un termine fisso; per esempio: « Darò un compenso di tanto a chi mi riporterà tale oggetto entro un mese » ovvero « a chi mi consegnerà la veste cucita entro una settimana », perchè – così ragionano i Malichiti – può avvenire che il termine spiri senza che il fatto o lavoro previsto sia compiuto, sicchè il locatore d'opera spenderebbe la sua fatica senza ottenere il compenso promesso; il contratto avrebbe così un carattere aleatorio che lo vizierebbe [149]. È però lecita la limitazione del termine se il locatore di opera stipula dal canto suo che potrà abbandonare il lavoro quando gli piaccia, mediante un compenso proporzionale al lavoro fatto; in questo modo l'alea, per un contraente e per l'altro, è ridotta ai minimi termini ed il contratto diventa regolare.

Alla perfezione del contratto non basta il consenso delle parti [150], ed in ciò il " ġu'l " (*locatio operis*) differisce dalla locazione di opere o di lavoro (*locatio operarum*). Il " ġu'l " non è un contratto puramente consensuale; finchè la esecuzione non sia effettivamente iniziata, l'assuntore di lavoro può ritirare la sua offerta ed il locatore la sua promessa. Alla perfezione del contratto, si richiede dunque un principio di esecuzione; con questo, il contratto diventa obbligatorio (" lāzim "), ma *ex uno latere tantum*, in quanto l'assuntore d'opera non può, da quel momento, recedere dall'offerta fatta, mentre chi si è obbligato all'esecuzione può abbandonare l'impresa quando gli piaccia, perdendo il diritto al compenso.

§ **126.** B). *Effetti del " ġu'l "*.

Il locatore d'opera risponde verso il committente dei vizi o difetti notevoli dell'opera a lui commessa [151]. Il sarto, cui è commessa una veste, deve correggere i difetti del lavoro fatto, in quanto la correzione sia possibile, o altrimenti pagare il valore della stoffa che gli è stata consegnata per metterla in opera. « Quando, dice

---

[148] *Mud.*, XI, 47; Ḫalīl, h. t., n. 4.
[149] *Mud.*, XI, 46, 47, 99; Ḫalīl, h. t., n. 4; Tasūlī, II, 178; Dasūqī, IV, 57.
[150] Ḫalīl, h. t., n. 10; Tasūlī, II, 176; Ibn 'Āṣim, v. 1094; cf. *Digest.*, 19, 5, 15.
[151] *P. C. T.*, a. 1007.

Ibn ar-Rāmī, il fabbricato crolla, non per volontà di Dio (forza maggiore), ma per vizio della costruzione, il contratto di locazione d'opera non è risoluto e l'imprenditore deve ricostruire l'edificio e rimborsare le spese fatte per strumenti e salari» (qualora il committente li avesse somministrati del proprio). È inefficace il patto con cui l'imprenditore si esime da responsabilità pei difetti o vizi del proprio lavoro, qualora risulti che li ha dolosamente dissimulati o siano prodotti da sua negligenza grave.

Il committente, dal canto suo, è tenuto a ricevere l'opera commessa, quando sia conforme al contratto; se dice che non lo è, spetta a lui provarlo.

Se il committente non riceve l'opera fatta che è posta a sua disposizione [152], i rischi sono a suo carico. «Quando, dice Ibn Farḥūn, l'artigiano invita colui che gli ha commesso la fattura di una veste a ricevere il lavoro, dicendo che è pronto, egli (il sarto) non è esonerato da responsabilità se non quando ha esibito al committente la veste fatta...». In altri termini, il committente non è in mora e non assume i rischi, se non quando risulti che il lavoro era pronto e che l'operaio era in grado di farne la consegna immediata, se il committente avesse voluto ritirarlo.

Il compenso, nella *locatio operis* ("ǵu'l") è dovuto, per definizione, a lavoro fatto, purchè conforme alle condizioni del contratto [153].

Colui che, senza sapere della promessa di ricompensa [154], ha compiuto il fatto previsto dal promittente, per esempio ritrova lo schiavo od animale smarrito che era oggetto della promessa, ha diritto ad un compenso uguale a quello che vien concesso nei casi analoghi [155].

Il diritto al compenso sorge appena il fatto od opera è compiuta.

In caso d'interruzione del lavoro, per cui l'opera in corso non abbia potuto esser compiuta, sono da distinguere due ipotesi:

1° se il locatore d'opera interrompe volontariamente il lavoro dopo averne eseguito una parte [156], egli perde il diritto al compenso

---

[152] *P. C. T.*, a. 1014.

[153] *Mud.*, XI, 91, 92 pr., 98 in f., 100; *P. C. T.*, a. 1015; Ḫalīl, h. t., n. 1 e not. 5–6, n. 11 e not. 33.

[154] *Mud.*, XV, 177; Ḫalīl, h. t., n. 7; Ḫiršī, VII, 64; Zurqānī, VII, 63; Dasūqī, IV, 58.

[155] Se ne fa professione, per esempio, se fa il mestiere di ricercare gli animali perduti. Se invece non ne fa mestiere, può chiedere solo le spese fatte per lo schiavo o l'animale trovati. Altri gli concede anche un compenso per il suo lavoro.

[156] Ḫalīl, h. t., n. 2 e not. 10; Zurqānī, VII, 61.

per il lavoro fatto. Ma se il committente fa terminare il lavoro da un'altra persona mediante un compenso, il primo locatore d'opera avrà diritto ad un compenso sulla base di quello dato al lavoratore che lo ha sostituito, anche se superiore a quello stabilito nel primo contratto, ed in proporzione del lavoro già da lui compiuto. Un esempio chiarirà meglio la cosa [157]. Tizio incarica taluno di trasportare una trave ad un certo luogo, promettendo cinque dirham a lavoro finito: il locatore d'opera trasporta la trave fino alla metà del percorso ed ivi l'abbandona; egli perde il suo diritto al compenso promesso. Tizio s'intende poi con un altro imprenditore che s'incarica di portare la trave al luogo destinato, mediante dieci dirham per il resto di percorso che rimane da fare. Il primo imprenditore avrà diritto a dieci, quando la trave sarà giunta a destinazione, perchè, dicono i giuristi, il prezzo di trasporto essendo stato stabilito in dieci dirham per la metà del percorso, ne risulta che il prezzo del percorso intero è di venti, sicchè il primo imprenditore, che nell'ipotesi proposta ne ha fatto la metà, avrà diritto a dieci. È questa l'opinione di Mālik; Ibn al-Qāsim ritiene più equo di compensare il primo imprenditore sulla base del primo contratto in proporzione del lavoro fatto.

2° L'opera intrapresa è interrotta per causa di forza maggiore e non per volontà del locatore d'opera [158]. Questi ha diritto al compenso in proporzione del lavoro fatto, quando l'opera interrotta sia tale che il committente possa profittarne, poichè in caso diverso il committente ritrarrebbe dal contratto un lucro senza causa. Ciò dipende, naturalmente, dalla natura del lavoro commesso. Se Tizio ha promesso dieci a chi gli ricondurrà l'animale smarrito, egli non dovrà nulla a chi non gli riporta la bestia, anche se questi abbia dovuto interrompere la ricerca senza sua colpa o se, avendo già trovato l'animale, questo gli sia morto prima di essere consegnato al padrone. Invece se Tizio ha commesso ad un locatore d'opera un lavoro di muratura, la escavazione d'un pozzo o d'una miniera e altre opere che lasciano traccia, anche se interrotte, e da cui si può trarre profitto eventualmente, Tizio deve un compenso a chi ha condotto l'opera a quel certo punto da cui si può, volendo, riassumere e completare, profittando del lavoro fatto.

---

[157] Bannānī, VII, 60; Tasūlī, II, 177; Ḫalīl, h. t., nota 10, n. 8 e not. 28; cf. Zeys, II, n. 595.

[158] Bannānī, VII, 60; Ḫalīl, h. t., not. 10, n. 3 e not. 13.

Se lo schiavo o l'animale [159] sfugge a chi l'ha trovato ed è ricondotto al padrone da un'altra persona, il compenso promesso è dovuto ai due, che lo dividono tra loro in proporzione del lavoro fatto; per esempio, se uno dei locatori d'opera ha ricondotto l'animale per un terzo del cammino di ritorno e il secondo per gli altri due terzi, il compenso si dividerà nelle stesse proporzioni.

In caso di dissenso tra i contraenti intorno al compenso dovuto il giudice deferisce il giuramento ad entrambi [160] e decide in favore di chi lo presta, se pure quanto afferma è verisimile. Se ambedue lo prestano e ambedue affermano cosa verisimile, si decide in favore di chi è in possesso della cosa su cui verte il litigio; se le due affermazioni non sono verisimili, il giudice determina il compenso dovuto prendendo per base quanto vien dato abitualmenre nei casi simili.

Se il contratto sia rescindibile per vizio intrinseco (" fasād "), il compenso sarà dovuto sulla base di quanto è usitato nei casi simili, se l'opera è stata compiuta. Se l'opera non è stata compiuta, non sarà dovuto compenso.

CAPITOLO III.

Contratto di vettura o trasporto (" kirā' ") [161].

§ **127.** Il contratto di trasporto (" kirā' ") è, secondo Ibn 'Arafah: « La vendita della utilità (" manfa'ah " = godimento) di un animale irragionevole, o di un'altra cosa (cioè una nave), a scopo di trasporto. Quando ha per oggetto le opere di uno schiavo si chiama " iġārah " ».

Qual'è precisamente la natura del contratto di trasporto? è un cottimo o *locatio operis* (" ġu'l ") ovvero una locazione di servigi (" iġārah ") ? « Ciò dipende, dice Ibn 'Arafah, dalla convenzione intervenuta tra le parti: se il viaggiatore dice al vetturale: " Tu avrai tanto se mi porterai fino a tal luogo, altrimenti non avrai nulla ", questo patto è lecito e costituisce un cottimo (*locatio operis*, " ġu'l "); se si conviene, invece, che il vetturale avrà tanto per trasportare il

---

[159] Ḫalīl, h. t., n. 8 e not. 28; cf. Zurqānī–Bannānī, VII, 64.

[160] Ḫalīl, h. t., n. 7.

[161] *Muwaṭṭa'*, III, 191; *Mud.*, XI, 105 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1074 sg.; Tasūlī, II, 165 sg.; Mayyārah, II, 97 sg.; *'Amaliyyāt*, 339 sg., 364; Ḫalīl, XXIX; Dardīr–Dasūqī, IV, 31–39; Zeys, II, p. 145, 168; *P. C. T.*, a. 1022–1037, 1047–1050, 1056–1067; Šīrāzī, 75–78.

viaggiatore fino a tal luogo, sarà una locazione di servigi (" iǵārah " = *locatio operarum*) e il vetturale dovrà essere pagato in proporzione del percorso fatto » [162].

La verità è che la dottrina è incerta: mentre Mālik e i suoi discepoli immediati considerano il contratto di trasporto come una *locatio operis* (" ǵu'l "), altri Malichiti vi ravvisano una locazione di servigi (" iǵārah ") [163]. Gli Sciafiiti lo considerano una locazione di cose (detta pure " iǵārah ") [164].

Sarà opportuno distinguere, per maggiore chiarezza, il *trasporto di cose* da quello *di persone*.

§ **128.** A). *Trasporto di cose per mare o per terra* [165].

Gli elementi del contratto debbono, per il diritto malichita e sciafiita, essere determinati precisamente tra i contraenti; si specificherà dunque la natura, il peso, il numero delle cose che sono oggetto del trasporto, il prezzo del trasporto, il luogo di destinazione, il mezzo di trasporto, come nella nostra lettera di vettura o polizza di spedizione.

Trattandosi di viaggio marittimo, si dovrà specificare: *a*) l'epoca della partenza, perchè le condizioni del nolo differiscono secondo quell'epoca; *b*) il luogo di partenza e il tempo di stazione della nave, perchè tutto ciò rappresenta una differenza di rischio e di percorso.

« Non si può, dice Ḫalīl (n. 63), stipulare in genere il trasporto di ciò che piacerà al conduttore (di lavoro), o per il luogo che gli piacerà, o al prezzo corrente, o per un certo prezzo qualora si giunga in tal giorno », ovvero per un prezzo minore se non si arriva in quella data, poichè tutto ciò induce nel contratto una indeterminatezza che può essere ragione di alea e quindi lo rende rescindibile.

Nel determinare il prezzo di locazione, si osserveranno le regole relative al " ribā ", o lucro illecito, e specialmente queste:

a) non si può pattuire il trasporto di derrate alimentari mediante una quota delle derrate trasportate, salvo che la quantità stabilita come prezzo di trasporto sia consegnata subito, perchè lo scambio di derrate alimentari deve avvenire senza intervallo di tempo « dalla mano alla mano » (vedi Lib. VIII, tit. II, Cap. I);

---

[162] Bannānī, VII, 61.

[163] *'Amaliyyāt*, 364.

[164] *Minhāǵ*, II, 156.

[165] *Mud.*, XI, 114; Ḫalīl, XXIX, n. 53, 57, 62, 63; *P. C. T.*, a. 1026; Dasūqī, IV, 7; Ibn 'Āṣim, v. 1077; *Minhāǵ*, II, 156, 157, 160.

b) se il prezzo di locazione è stabilito in dīnār (moneta d'oro) individuati e descritti specificamente o depositati presso il giudice, i dīnār debbono essere presentati all'atto della convenzione ovvero si deve pattuire che il conduttore di lavoro sostituirà le monete che risultassero scadenti o adulterate, onde evitare ogni alea che vizierebbe il contratto.

La consegna della cosa locata per effettuare il trasporto (nave o animale) deve avvenire nei termini concordati tra le parti. Il locatore può tuttavia riservarsene il godimento, per un periodo massimo che varia secondo che il prezzo di locazione sia stato anticipato o non all'atto del contratto. Nel primo caso, il proprietario o locatore può riservarsi l'uso dell'animale per dieci giorni al più o, trattandosi di nave, per quindici giorni. Se invece il prezzo non è stato anticipato, il locatore si può riservare l'uso della cosa locata per un mese od anche due [166].

Il vetturale deve effettuare il trasporto nel termine convenuto [167], o in quello che ordinariamente viene ritenuto sufficiente a questo scopo, e coi mezzi indicati nel contratto. Rispetto ai mezzi di trasporto si distingue [168] :

a) quando l'animale o la nave oggetto del contratto è individuata (*res certa* = " mu'ayyan ") per modo che a quella si applichi specialmente la convenzione, questa si dice « determinata » (" bi-'t-ta'yīn "), ed in questo caso, perita la nave o morto l'animale per caso di forza maggiore, il vetturale non è astretto a somministrare un altro mezzo di trasporto per effettuare il viaggio;

b) se invece l'animale o la nave sono indicate genericamente, cioè se il vetturale si obbliga a somministrare una cavalcatura od una imbarcazione non specificamente designata, si dice che il mezzo di trasporto è " fī 'ḏ-ḏimmah " (*res est in obbligatione*) ed il contratto si chiama " maḍmūn " (garantito), perchè il vetturale è tenuto a somministrare un altro mezzo di trasporto in genere, se quello specificamente indicato viene a mancare con o senza sua colpa.

---

[166] Ḫalīl, h. t., n. 54 e not. 200; Zurqānī, VII, 38.

[167] Ibn Salmūn, II, 5; *P. C. T.*, a. 1035. Nei viaggi di mare è vietato di stabilire un termine fisso per l'esecuzione del trasporto, per la incertezza dei venti e le altre traversíe che in un viaggio marittimo possono occorrere: Ibn Salmūn, l. c.

[168] Ibn 'Āṣim, v. 1074; Mayyārah, II, 98; Ḫalīl, X, n. 94 e nota 445; *Minhāǧ*, II, 156–157, 160.

Il vetturale deve consegnare le cose, di cui ha assunto il trasporto, nel luogo e alla persona che gli è stata indicata e risponde in caso diverso; sulle conseguenze della colpa in questo caso la dottrina è incerta[169]. « Una persona noleggiò una nave per trasportare cento balle di fichi da Siviglia a Ceuta; il capitano ricevè il carico e partì con tempo calmo; egli portò il carico, senza che nulla ve lo costringesse, alla città di Salā (Marocco). Ibn Rušd, consultato, rispose: " Il capitano è tenuto a ricevere a Siviglia un carico della stessa specie e di farne il trasporto a Ceuta, ma egli non è tenuto a riportare le merci da Salā a Ceuta. Questa è l'opinione di Ibn al–Qāsim ". Si rispose a Ibn Rušd: " Alcuni giureconsulti opinano che il capitano è tenuto a trasportare i fichi da Salā a Ceuta e deve rispondere del carico in caso di avaria durante questo trasporto ". Ibn Rušd rispose: " So che questo è il sistema di Ibn Ḥabīb, ma io non l'approvo ".

Ibn Rušd considera che il contratto dev'essere eseguito letteralmente; chi ha preso un impegno e non lo eseguisce, deve essere costretto a compierlo nel modo previsto dal contratto, nè più nè meno, nè può sostituirvi un altro modo di adempimento.

Il vetturale non risponde della perdita o deteriorazione degli oggetti caricati se non sia in colpa o in dolo; per esempio, se l'animale inciampa e le cose trasportate si rompono, il vetturale non risponde, a meno che egli non abbia ingannato il caricatore dissimulando che la bestia aveva il vizio di inciampare o abbia legato i colli con corde troppo deboli o già logore. Il conduttore non risponde quindi nè del caso fortuito nè della forza maggiore [170].

La stessa regola vale per i trasporti marittimi [171]. Il padrone di nave o i marinai non rispondono se la nave o la barca si è capovolta od ha naufragato in condizioni che rendono difficile la navigazione, per esempio, per un colpo di vento o per causa dell'agitazione del mare; non importa se il marinaio sia o no proprietario dell'imbarcazione; ma se la nave o la barca si è capovolta od ha fatto naufragio senza che la navigazione fosse difficile o pericolosa, il marinaio è responsabile del carico o dei noli ricevuti o dei viaggiatori; se vi fosse premeditazione ed i viaggiatori fossero periti, egli incorre nella pena di morte.

---

[169] *P. C. T.*, a. 1036.
[170] *Mud.*, XI, 86, 87, 131; Ḫalīl, h. t., n. 36 e not. 130; *P. C. T.*, a. 1037.
[171] Ḫalīl, h. t., n. 36.

Quindi il padrone e il marinaio risponderanno se la nave sia perduta per causa di una falsa manovra, non risponderanno invece se, avendo fatto quanto l'arte marinaresca prescrive, la nave o la merce siano andate perdute. Ond'è che viene esclusa la responsabilità del vettore anche se, per salvare la nave e i passeggeri, egli abbia dovuto gettare il carico in mare.

« Il getto delle merci è permesso in caso di pericolo imminente di naufragio e il danno vien ripartito sulle sole merci destinate al commercio ».

« Non è mai permesso di gettare in mare una creatura umana, maschio o femmina, libero o schiavo, musulmano o miscredente, poichè è ammesso per unanime consenso della Scuola... che non sia lecito uccidere una creatura umana per salvarne altre » [172].

La repartizione del danno si fa in proporzione dell'interesse di ciascuno dei caricatori.

Il pagamento del prezzo di trasporto [173] è dovuto solo nel luogo ove la cosa doveva essere trasportata e dopo l'arrivo a destinazione. Il vetturale ha privilegio sulle cose trasportate e può esercitare il diritto di ritenzione finchè il prezzo dovuto per il trasporto non gli sia pagato. La consegna al destinatario è presunzione del pagamento del prezzo di trasporto e, se dopo la consegna il vetturale pretende di non essere stato pagato, spetterà a lui di farne la prova.

Quid se il vetturale non sia in grado, per causa di forza maggiore, di consegnare al destinatario le cose trasportate ? Si deve distinguere, nella specie, i trasporti marittimi dai trasporti terrestri.

I. – Pei trasporti marittimi, la dottrina prevalente insegna, con Mālik ed Ibn al–Qāsim, che il contratto di trasporto marittimo è una *locatio operis* ("ǵu'l") e che pertanto il nolo è dovuto solo con l'arrivo a destinazione e colla consegna delle cose trasportate. Se la nave affonda dopo aver fatto i due terzi del percorso e perfino se sia giunta fino alla costa e con essa si perda il carico, non sarà dovuto nolo. « Non si deve, dice ad–Dasūqī, nessun nolo per le merci perdute per naufragio, senza distinguere se il naufragio sia avvenuto durante il viaggio o dopo l'arrivo a destinazione, ma prima che fosse possibile lo scarico. È dovuto invece per intero se il naufragio è avvenuto

---

[172] Dasūqī, IV, 25; cf. *Digest.*, 14, 2.

[173] *Mud.*, XI, 46, 135, 139; Dasūqī, IV, 25, 55; Ibn 'Āṣim, v. 1078; *'Amaliyyāt*, p. 364, 341; Ḫiršī, VII, 61; Zurqānī–Bannānī, VII, 28; *P. C. T.*, a. 1033, 1047.

dopo l'arrivo nel porto e dopo scorso il tempo necessario per effettuare lo sbarco... ».

A questa, che è la dottrina prevalente malichita, si oppongono altre due, assai autorevoli:

a) Ibn Nāfi' ritiene il contratto di trasporto quale una locazione di servigi (*locatio operarum* = " iġārah ") e decide che il vetturale, nei viaggi marittimi, ha diritto al nolo in proporzione del percorso effettuato, come nei viaggi terrestri.

b) Aṣbaġ e con lui la scuola egiziana distingue: se la nave è stata battuta dalla tempesta dalla sua partenza finchè è avvenuto il naufragio, non sarà dovuto alcun nolo, perchè il contratto di trasporto è una *locatio operis* (" ġu'l "), in cui il nolo è dovuto per il salvo arrivo a destinazione; se invece la nave ha potuto rifugiarsi in qualche approdo durante il percorso ed il carico ha potuto esser salvato e proseguire seguendo la via di terra, si dovrà il nolo in proporzione del percorso fatto fino al punto di sbarco, poichè il contratto prende la figura della locazione di servigi (" iġārah ").

II. – Pei trasporti di cose per via di terra i Malichiti professano una regola diversa: il trasporto per terra è una locazione delle utilità o servigi (" manfa'ah ") dell'animale; quindi la conseguenza [174]:

a) «Mālik dice che, se le derrate o le altre cose trasportate periscono per una causa celeste (forza maggiore), il proprietario delle derrate o delle altre cose caricate potrà caricare una quantità uguale di cose simili oppure subaffittare per lo stesso uso l'animale preso in affitto; ma il contratto non viene risoluto ed il locatore dell'animale avrà il nolo intero » (*Mud.*, l. c.);

b) se il trasporto è interrotto per volontà o per fatto dello speditore, egli dovrà il prezzo di spedizione intero, come se fosse giunto a destinazione.

§ **129.** B). *Trasporto di persone per via di mare o di terra.*

Il contratto di trasporto di persone si presenta, in diritto islamico, sotto la forma modesta di noleggio di una cavalcatura o di un posto di passeggero in una imbarcazione, per fare un certo percorso per terra o per mare; al contratto si applicano, per analogia, le regole del trasporto di cose.

Rispetto alla *forma* [175], il contratto deve determinare con precisione:

---

[174] *Mud.*, XI, 135, 136; Zurqānī, VII, 61; *P. C. T.*, a. 1034.

[175] *Mud.*, XI, p. 141; Ḫalīl, h. t., n. 53; *'Amaliyyāt*, p. 340; Dardīr–Dasūqī, IV, 132, 133; *Minhāġ*, II, 156.

a) Il numero delle persone da trasportare, il peso dei bagagli o delle provviste. Non si esige la descrizione esatta del viaggiatore, « perchè in generale gli uomini si equivalgono », rappresentano cioè una certa media per il peso, la complessione e lo stato di salute; il vetturale può tuttavia rifiutare di trasportare i viaggiatori eccedenti la media normale o malati.

b) La destinazione [176]: non si può, per esempio, noleggiare un animale per fare il viaggio dall'Egitto (" Miṣr ") alla Siria (" aš–Ša'm ") in generale, ma si deve indicare la città della Siria che deve essere il termine del viaggio, salvo che per consuetudine l'indicazione generica del paese si applichi ad una certa località determinata, come quando si dice Egitto (" Miṣr ") e s'intende generalmente il Cairo (" al–Fusṭāṭ "), o si dice Palestina, intendendo generalmente ar–Ramlah, punto cui fanno capo le carovane [177].

c) Il prezzo di locazione: non si può, con un solo contratto [178], prendere in locazione più animali congiuntamente, appartenenti a diversi proprietari, senza indicare il prezzo di locazione e la destinazione di ciascuno degli animali, per modo da togliere ogni incertezza sul prezzo di locazione stabilito per ognuno.

Il viaggiatore non deve nessun supplemento di prezzo per i suoi bagagli ed effetti personali. Il bambino nato durante il viaggio non deve nolo, perchè si presume previsto da chi assume il trasporto di una donna incinta [179].

Il viaggiatore [180] deve attenersi alle norme stabilite nel contratto, adoperare l'animale preso a nolo per l'uso e fino al luogo determinato, non cambiare destinazione senza il consenso del proprietario, non caricare l'animale oltre il convenuto, astenersi dal maltrattarlo; può tuttavia subaffittare la cavalcatura, purchè non sia per un uso più oneroso [181]. Il viaggiatore è tenuto a pagare il nolo pattuito.

In caso che non si verifichi la partenza, ed in generale se il conduttore non fa uso del mezzo di trasporto noleggiato, conviene distinguere:

---

[176] *Mud.*, XI, 140, 141.

[177] Si può tuttavia noleggiare un animale per un certo periodo, per esempio, per un mese, senza specificare altrimenti l'uso a cui sarà adibito.

[178] *Mud.*, XI, 113–114; Ḫalīl, h. t., n. 61.

[179] *Mud.*, XI, 142; Ḫalīl, h. t., n. 53; *P. C. T.*, a. 1064; cf. *Digest.*, 19, 2, 19 § 7.

[180] *Mud.*, XI, 119, 123; Ḫalīl, h. t., n. 64, n. 56 e not. 205; Dasūqī, IV, 34, 37; *'Amaliyyāt*, 342–343.

[181] *Mud.*, XI, 58–59; Ḫalīl, h. t., n. 27.

A) Se la mancata partenza dipende dal viaggiatore [182], il quale, volontariamente o per causa indipendente dalla sua volontà, non parte o non fa uso dell'animale noleggiato, v'ha controversia tra i Malichiti. al-Mattīṭī insegna che il viaggiatore non è tenuto a pagare il nolo, se la sua partenza è stata impedita da un giusto motivo. La dottrina prevalente decide che il nolo è dovuto per intero, se risulta che la cosa locata è stata posta a disposizione del viaggiatore, qualunque sia il motivo che gli ha impedito di far uso del suo diritto. « Io dissi (è Saḥnūn che parla): " Ho preso a nolo una cavalcatura per accompagnare un tale che partiva... quel tale cambiò idea e non partì. Dovrò io il nolo ? " Egli (Ibn al-Qāsim) rispose: "Mālik ha detto: chi ha preso in affitto un animale per reçarsi in un dato luogo e poi rinuncia a partire rimane obbligato per il nolo e può locare, se vuole, la bestia ad altri, fino a quello stesso luogo e per lo stesso prezzo; la regola si applica alla tua domanda: chi ha preso la bestia in affitto deve il nolo e può farne ciò che ti ho detto ». Io dissi: " Io prendo a nolo un animale per una giornata intera, fino alla sera, per un dirham; il padrone mi dice: eccoti la cavalcatura, prendila e montala; io non la prendo e non me ne servo finchè la giornata è finita ". Egli rispose: " Se il padrone ha consegnato l'animale e tu non l'hai cavalcato, il nolo sarà dovuto ugualmente. Questa è l'opinione di Mālik ».

B) L'impedimento dipende dal vetturale, il quale non si presenta in tempo [183]. Quando la data precisa della partenza era stabilita o quando per il ritardo il viaggiatore fallisce lo scopo per cui intraprendeva il viaggio, per esempio, non può più arrivare a tempo per assistere alla cerimonia del pellegrinaggio, il contratto è risoluto ed il vetturale deve restituire il nolo, se gli è stato pagato anticipato. Se invece non era stata fissata una data precisa, il contratto non si ritiene risoluto per il ritardo.

C) Quando l'impedimento dipende da caso fortuito o da forza maggiore, senza colpa dell'uno o dell'altro contraente, per esempio, se il mezzo di trasporto (nave od animale) perisce o è deteriorato e non possa più servire al suo scopo, si dovrà distinguere [184]: quando i contraenti hanno indicato precisamente il battello o l'animale che doveva servire al trasporto, l'oggettodel contratto è divenuto una

---

[182] *Mud.*, XI, 116; Ibn 'Āṣim, v. 1076; *P. C. T.*, a. 1058.
[183] Ibn 'Āṣim, v. 1008 nota; Khalil-Perron, IV, 605.
[184] Ḫalīl, h. t., n. 55 e not.; Zurqānī, VII, 38; Dasūqī, IV, 33; *Minhāǧ*, II, 161.

res certa (" 'ayn ") e, perito l'oggetto, il contratto è risoluto e il viaggiatore non deve il nolo pattuito. Se invece il mezzo di trasporto è indicato genericamente, cioè se il vetturale si è obbligato a fornire un animale di una certa specie o un battello in genere, allora, perito questo, il contratto permane, perchè il vetturale s'intende tenuto a sostituirlo, qualora quello esistente al momento del contratto non possa più servire al suo scopo.

Se il viaggio viene interrotto durante il percorso, sono da distinguere i casi seguenti [185]:

a) se la interruzione dipende dalla volontà del viaggiatore, per essersi questi fermato in un punto intermedio del percorso, egli dovrà il prezzo convenuto per intero. Nulla vieta, però, di pattuire che, se il viaggiatore si ferma durante il percorso e non intenda proseguire il viaggio, egli dovrà il prezzo di trasporto in proporzione del tragitto fatto;

b) la interruzione dipende da forza maggiore, per esempio: malattia del viaggiatore, impossibilità per la cavalcatura di proseguire per un accidente od una infermità sopravvenutale; il caso è controverso. Una dottrina più rigorosa dichiara risoluto il contratto e non concede al vetturale il diritto di ripetere il nolo; Ibn Salmūn ed una dottrina più equa insegna che, se il mezzo di trasporto non possa più servire per il viaggio, il contratto viene risoluto, ma il nolo sarà dovuto in proporzione del percorso già effettuato.

§ **130.** Colui che ha preso a nolo un animale o altro mezzo di trasporto è tenuto a restituirlo nel termine pattuito, dopo averlo adoperato per l'uso convenuto, se il proprietario non l'abbia accompagnato di persona.

Se non lo restituisce nel tempo debito oppure non possa restituirlo quale l'ha ricevuto, si applicano le regole seguenti [186]:

a) Il ritardo nel restituire la cosa locata è un " ta'addī " (usurpazione): per esempio, se taluno, avendo preso un animale a nolo per un giorno o due, lo trattenga presso di sè per un mese; il ritardatario deve i danni prodotti da questo ritardo, se per questa causa il locatore non trovi più da locare il suo animale, se ha perduto un'occasione propizia di venderlo o è costretto a venderlo a prezzo molto inferiore a quanto avrebbe ottenuto, se la sua cosa

---

[185] *P. C. T.*, a. 1050; Ibn 'Āṣim, v. 1078.

[186] *Muwaṭṭa'*, III, 191; *Mud.*, XI, 121, 122, 124, 125; XV, 157, Ḫalīl, h. t., n. 68, 69; *'Amaliyyāt*, 342.

gli fosse stata restituita a tempo. Il locatore avrà diritto, in questi casi, sia ad un nolo proporzionato al ritardo, sia al valore che l'animale aveva il giorno in cui è stata commessa la usurpazione.

Se si tratta di un ritardo lieve, e per esempio se il conduttore trattiene la bestia un giorno o due più del termine fissato, egli dovrà solo un supplemento di nolo, proporzionale al tempo del ritardo.

b) Difetto di restituzione: chi ha preso in locazione un animale o altro mezzo di trasporto ne risponde se non lo può restituire o lo restituisce deteriorato per abuso o negligenza propria. « Egli risponde, dice Ḫalīl, se l'animale perisce perchè gli ha fatto percorrere una distanza maggiore o gli ha imposto un carico superiore a quello pattuito e tale da far perire l'animale; in questo caso il vetturale ha la scelta sia di esigere il prezzo di locazione pattuito, più un supplemento corrispondente alla maggiore distanza o al maggior carico, oppure di farsi pagare il valore che aveva l'animale il giorno della commessa usurpazione... » (l. c., 68).

Egli risponde pure [187] del fatto o della colpa di coloro cui abbia sublocato l'animale ed anche del caso fortuito, se non l'abbia affittato a persona di fiducia (" amīn "), cioè a chi presenti la stessa sicurezza di ben trattare l'animale o di restituirlo a viaggio finito. Saḥnūn domanda, nell'al-*Mudawwanah*: « Se io prendo a nolo un animale e sostituisco a me un'altra persona, sarò io responsabile (per questa) ? Egli (Ibn al-Qāsim) disse: " Non v'ha responsabilità se taluno sostituisce a sè un'altra persona dello stesso peso e meritevole della stessa fiducia; risponde invece chi sostituisce a sè una persona più pesante o meno degna di fiducia ". Ibn al-Qāsim aggiunse: " Se l'animale perisce e la persona non meritevole di fiducia dice di averla smarrita, e ciò risulti solo dalla sua dichiarazione, colui che l'ha presa in locazione risponde verso il padrone che ha locato l'animale; il secondo non risponde, salvo che vi sia ragione d'imputargli la perdita o risulti la falsità della sua dichiarazione " ».

§ **131.** La risoluzione del contratto [188] è di diritto in favore di chi ha preso in locazione l'animale:

a) se l'animale locato è mordace, restìo, se soffre di emeralopia (infermità per cui l'animale è cieco appena si fa notte), se risulta

---

[187] *Mud.*, XI, 119; Ḫalīl, h. t., n. 67; Dasūqī, IV, 38.
[188] *Mud.*, XI, 117; Ḫalīl, h. t., n. 70; Dasūqī, IV, 39.

incapace di sopportare la fatica del viaggio pel quale è stato preso a nolo o del lavoro che è oggetto del contratto, se è stato preso per un altro scopo;

b) per la morte del vetturale o conducente, quando conduce in persona l'animale da lui locato, perchè le qualità personali del vetturale sono un elemento essenziale del contratto. Invece, la morte del viaggiatore non è ragione di risoluzione del contratto, perchè i suoi eredi subentrano nei suoi diritti e possono sia prevalersi del contratto o sublocare l'animale, ma sono sempre tenuti alle obbligazioni assunte dal loro autore.

LIBRO X

CONTRATTI MISTI DI CESSIONE DI PROPRIETÀ E CESSIONE DI GODIMENTO

TITOLO I.

Società [1] (" širkah, šarikah ").

CAPITOLO I.

Del contratto di società in generale.

SEZIONE I. — Concetto ed elementi essenziali.

§ 132. La comunione o indivisione e la società contrattuale hanno in diritto islamico lo stesso nome: " širkah " (la *societas* del diritto romano).

La comunione o indivisione in generale (" širkat al-māl ")[2] indica uno stato di fatto e di diritto, cioè la congiunzione o concorso di più persone nella proprietà di un valore patrimoniale o di un assieme di valori patrimoniali, quale una successione *causa mortis*, un bottino di guerra (cf. Lib. VI, § 44 di quest'opera), e si chiama " šarikah a'ammiyyah " (comunione generica). La *comunione speciale* (" šarikah aḫaṣṣiyyah ") è volontaria (onde gli Arabi la chiamano

---

[1] Buḫārī, *širkah* (Krehl, II, 109 sg.); Abū Dā'ūd, III, 172 sg.; *Muwaṭṭa'*, II, 59–60 (Peltier, 111–113); *Mud.*, XII, 40 sg.; Ḫalīl, XIX, p. 361 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1140 sg.; Tasūlī, II, 196 sg.; Mayyārah, II, 122 sg.; Zurqānī, VI, 40 sg.; Ḫirši, VI, 38; Dardīr–Dasūqī, III, 305 sg.; *'Amaliyyāt*, 230; Širāzī, 67; Ġazālī, *Waǵīz*, I, 186; Nawawī, *Minhāǵ*, II, 49 sg.; Sachau, p. 411 sg; 'Abdu 'r–Raḥīm, p. 395 sg.; *P. C. T.*, a. 1429 sg.

[2] Buḫārī, *širkah*, n. 1; Ḫalīl, h. t., n. 1; Ḫirši, VI, 38; Tasūlī, II, 196, 197; Mayyārah, II, 122; Zurqānī–Bannānī, VI, 38, 40, 42; cf. *Maǵallah*, a. 1433, 1060 sg.; *P. C. T.*, a. 1406; *Digest.*, 17, 2, 17; 46, 1, 70.

anche " širkat al-'aqd ' = comunione contrattuale) ed è trasmissione o vendita reciproca che due o più persone fanno dei loro beni ponendoli in comune allo scopo di partecipare ai benefici che sperano di ottenere mediante l'impiego di quei valori negli affari di commercio[3]. " Širkat at-tiǵārah " (= società di commercio) è il contratto, dice Ḫalīl, « con cui ognuno dei contraenti dà all'altro la facoltà di disporre, nell'interesse comune, di quanto appartiene al contraente medesimo, colla partecipazione di ambedue »; e più chiaramente az-Zurqānī: « la società è la facoltà data da ciascuna delle parti contraenti all'altra di disporre, nell' interesse comune, di quanto appartiene al contraente stesso, riservandosi egli lo stesso diritto di disposizione ». La società ha pertanto due caratteri principali: 1° trasferimento o cessione dei valori che ogni contraente pone nel fondo comune e che per questo conferimento divengono proprietà degli altri soci: il contratto per questo riguardo ha il carattere di una alienazione onerosa (" bay' " = vendita o permuta); 2° mandato che ognuno dei soci dà all'altro di disporre delle cose da lui poste in comune[4].

La società è pertanto un contratto di fiducia (" amānah "), cioè di buona fede, una specie di fratellanza. Nel " ḥadīṯ " riferito da Abū Dā'ūd si legge (III, 172): « Io (è Dio che parla) sono terzo fra i due soci, finchè uno non manca di fede all'altro; ma se gli manca di fede, io esulo di mezzo a loro ».

§ **133.** Gli elementi essenziali del contratto di società sono:

A) I subietti o contraenti.

B) La forma (" ṣīǵah ") o dichiarazione reciproca di volontà diretta a costituire la società.

C) L'oggetto, cioè il valore patrimoniale posto in comune dai soci.

---

[3] V'è anche una forma di comunione volontaria che non ha fine di lucro e non è commerciale, per esempio, quella di più persone che mettono assieme le loro provviste per consumarle in un certo viaggio (Mayyārah, II, 123), la quale si dice piuttosto " ḫulṭah " che non " širkah "; così quella di più proprietari che mettono insieme il loro bestiame e lo affidano ad un pastore comune: *Muwaṭṭa'*, II, 59-60.

[4] Raḥḥāl, I, 71, 3 dal b.; Ibn 'Arafah ap. Ḫalīl, l. c., not. 1; Bannānī, VI, 40; Ḫiršī, VI, 38; cf. la definizione di Ibn 'Arafah: " aš-širkah al-a'ammiyyah taqarrur mutamawwal bayna mālikayni fa akṯar milkᵃⁿ faqaṭ wa 'l-aḫaṣṣiyyah bay' mālik kullⁱⁿ ba'ḍa mālihi bi-ba'ḍ kull al-āḫar mūǵib ṣiḥḥat taṣarrufihimā fī 'l-ǵamī' ".

A) *I contraenti* [5].

Chi contrae società deve avere la capacità contrattuale che si esige per accettare e conferire mandato, cioè la capacità di disporre delle cose che vengono conferite nella società. Lo schiavo non può, pertanto, contrarre società senza l'autorizzazione del domino, nè l'incapace (impubere o interdetto per incapacità mentale o insolvenza) senza il concorso del suo tutore o curatore.

Il Musulmano non può contrarre società con un Infedele, se il Musulmano non sia presente nel luogo e non possa sorvegliare di persona la gestione del suo socio. Se il Musulmano si assenta, o non sia in grado d'invigilare quelle operazioni, ed abbia ragione di temere che gli affari intrapresi dal socio non siano tutti conformi alla legge islamica, dovrà astenersi dal ricevere la sua quota dei beneficî e ne farà elemosina ai poveri.

B) *La forma.*

La società non esige forma speciale [6] e risulta da qualunque espressione sufficiente a dichiarare la volontà delle parti di contrarre società, ed anche dal fatto, cioè dal conferimento effettivo di un valore patrimoniale e dalle operazioni fatte in comune. « La società, dice Ḫalīl, diventa obbligatoria (" lāzim "), cioè è perfetta, quando una espressione, che nell'uso ordinario implica il concetto di associare, come ad esempio: « noi ci associamo », « noi ci mettiamo in comune », viene pronunciata dalle parti o quando uno solo la proferisce, mentre gli altri assentono tacitamente, o quando risulta da un fatto, quale il conferimento di fondi posti in comune ed il loro impiego in qualche operazione di commercio ».

Tuttavia Ibn Rušd non ammette che basti il semplice consenso a costituire la società ed esige, come estremo essenziale alla perfezione di essa, il conferimento effettivo del capitale sociale [7]; ma l'opinione prevalente non ha accolto questa dottrina.

Il solo caso di società coattiva [8] (" širkat al-ġabr ") noto al diritto malichita si fonda sopra una decisione di 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb e s'ispira ad un concetto politico più che giuridico; quando taluno

---

5 Ḫalīl, h. t., n. 2; Zurqānī, VI, 41; *P. C. T.*, a. 1431; Ḫiršī, VI, 39; Dasūqī, III, 305; *Minhāǧ*, II, 50.

6 Buḫārī, *širkah*, n. 13; Ḫalīl, h. t., n. 3; Ḫiršī, VI, 39, 50; Dasūqī, III, 305, 314–315; Raḥḥāl ad Mayy., II, 136; *P. C. T.*, a. 1435; cf. *Digest.*, 17, 2, 75–80.

7 Tasūlī, II, 198; Ḫiršī, VI, 39; Bannānī, VI, 41.

8 Ḫalīl, h. t., n. 26 e not. 86–92.

acquista a trattativa privata una merce nel mercato speciale (" sūq ") a quella destinato, allo scopo di rivenderla nel luogo, il negoziante stabilito in quel mercato ha diritto di partecipare come socio del compratore all'acquisto stesso; si tratta evidentemente di una misura di protezione contro la concorrenza in favore di certe industrie.

C) L' oggetto.

Per oggetto del contratto si può intendere sia il fine per cui la società è contratta, sia le cose e i valori patrimoniali conferiti dai soci e mediante i quali si consegue questo scopo.

La società può avere per scopo [9] qualunque forma d'industria o di commercio, purchè lecita; tutto ciò che può essere oggetto di mandato può essere scopo di società. Sarebbe perciò inefficace la società avente per scopo sia il commercio di cose che, secondo la legge islamica, sono proibite o fuori del commercio, sia atti contrari alla legge o al buon costume.

L'assieme dei valori patrimoniali conferiti dai soci costituisce il capitale sociale (" ra's al-māl " = *caput*).

Quindi varie specie di società [10]: *a*) quella in cui i soci mettono in comune dei valori patrimoniali (società di beni = " širkat al-māl "); *b*) quella in cui mettono in comune la loro industria o lavoro (società di lavoro = " širkat al-'amal ", società di corpi = " širkat al-abdān "); *c*) la società che ha congiunti i due elementi precedenti ed è *società patrimoniale e società d'industria* ad un tempo (" širkat al-māl wa 'l-'amal "), che si avvera, per esempio, quando due artigiani mettono in comune una certa quantità di pelli appartenenti a ciascuno di essi e insieme fanno con quelle delle calzature che mettono in vendita.

« Uno dei caratteri della società, dice az-Zurqānī, è che ognuno dei contraenti debba conferire un valore patrimoniale ».

Non esiste pertanto società [11] quando uno o più dei componenti non conferiscono nulla al fondo comune, sotto forma sia di valori, sia di lavoro: « Quando, dice l'autore delle *al-'Amaliyyāt*, uno dei soci conferisce la metà del capitale in proprio nome e l'altra metà a nome del suo socio, la società è nulla. Mālik l'aveva ammessa in prima,

---

[9] *P. C. T.*, a. 1433-1434.

[10] Ibn 'Āṣim, v. 1140; Tasūlī, II, 198; *Minhāǧ*, II, 49-50; cf. *Instit.*, III, 25 § 2; *Digest.*, 17, 2, 52 § 2 e § 7, 80.

[11] Zurqānī, VI, 65; Zurqānī-Bannānī, VI, 41 sg.; Raḥḥāl ad Mayy., II, 126; *Mud.*, XII, 42; *'Amaliyyāt*, 230, 231; cf. *Maǧallah*, a. 1348.

considerandola come una donazione e purchè si trattasse di liberalità pura, ma poi abbandonò questa opinione e si pronunciò per la nullità; egli è stato seguito in questa dottrina dalla maggior parte dei giureconsulti ».

§ **134.** La quota sociale può consistere sia in numerario sia in cose mobili o altri valori patrimoniali; ma qui ricorrono alcune regole cui abbiamo già avuto occasione di accennare, parlando della permuta e della vendita, e che si applicano anche alla società, in quanto ha attinenza con quei contratti:

a) Le quote sociali conferite dai soci non possono essere di metalli diversi [12]; un socio non potrebbe conferire la sua quota in oro e l'altro in argento: infatti, la società avendo per effetto di trasferire ad ognuno dei soci la proprietà delle quote conferite dagli altri, avviene, nella specie, la permuta (" ṣarf " o contratto di cambio) di un metallo prezioso per un altro di natura diversa; sappiamo già che il cambio dei metalli preziosi deve farsi tra quantità e qualità uguali e mediante lo scambio simultaneo, *dalla mano alla mano*, delle due quantità permutate; invece nella società ciò non si verifica, perchè ognuno dei soci conserva il possesso della sua quota, pur trasferendone la proprietà all'altro socio. Il conferimento delle quote in metalli diversi darebbe luogo ad un contratto di cambio (" ṣarf ") misto a società e sarebbe un cambio invalido che vizia la società. Aggiungo che la dottrina è controversa e che una minoranza autorevole, con a capo Ašhab e Saḥnūn, ammette la validità della società anche in questo caso.

b) Le quote conferite [13] dai soci non possono consistere in derrate alimentari (" ṭa'ām "), anche se uguali per quantità e qualità, ed *a fortiori* per quantità ineguali o di qualità diverse. E ciò per le note regole relative al commercio di derrate alimentari: 1° le derrate alimentari non si possono permutare se non per quantità e qualità uguali e purchè non interceda intervallo di tempo nella permuta; 2° non si possono vendere se prima il venditore non ne abbia ricevuto il possesso effettivo. Nel caso della società, se i soci conferiscono la loro quota in derrate, ciascuno di essi vende la metà

---

[12] *Mud.*, XII, 54–56, 63–66; Ḫalīl, h. t., n. 4 e n. 7; Ḫiršī, VI, 39–42; Dasūqī, III, 307–308; Ibn 'Āṣim, v. 1142; Tasūlī, II, 199; Mayyārah, II, 124; *'Amaliyyāt*, 230; *Minhāǧ*, II, 50.

[13] *Mud.*, XII, 55–59; Ibn 'Āṣim, v. 1143; Mayyārah, II, 125; Ḫalīl, h. t., n. 7; Dasūqī, III, 307–308; cf. Zeys, I, n. 382.

della sua quota per la metà di quella dell'altro socio senza che vi sia presa di possesso, perchè ciascuno conserva il suo diritto sopra ciò che ha così venduto. Era questa l'opinione di Mālik; ma la dottrina prevalente con Ibn al-Qāsim non lo ha seguito ed ammette che le quote dei soci possano consistere in derrate, purchè identiche per quantità e qualità [14].

§ **135.** La quota sociale nella società di beni (" širkat al-māl ") può consistere anche nell'industria o lavoro di uno o più soci [15], ma non nell'industria di tutti, salvo il caso, di cui diremo, della società-cooperativa di lavoro. Del pari il capitale non può consistere unicamente nel credito dei soci, senza conferimento di valori patrimoniali. Questa forma di società, che i Malichiti chiamano « società di credito » o società di obbligazioni (" širkat aḏ-ḏimam ") sarebbe nulla. « Non si può, dice Ibn Salmūn, costituire una società di credito, cioè una società in cui alcuni si unissero per comprare e vendere, in generale, senza un capitale... ». Infatti una società siffatta si ridurrebbe ad una reciproca garanzia, che si potrebbe così esprimere: « Garantisci assieme a me la metà di ciò che ho acquistato ed io garantirò assieme a te la metà di ciò che tu acquisti »; è quindi una fideiussione mediante un corrispettivo e, come tale, illecita. Sarebbe valida, invece, l'associazione di due persone allo scopo di acquistare congiuntamente a credito una cosa determinata, sotto la responsabilità collettiva dei due associati, perchè, se una singola persona può comprare validamente a credito, non si vede perchè due persone non possano fare nello stesso modo un acquisto per conto comune.

Il contributo di un socio non può consistere unicamente nel nome o credito commerciale (" waǵh ", lett. *viso*) [16]: è il caso del negoziante o industriale i cui prodotti godono di una certa rinomanza e che presta il suo nome o la sua marca ad altra persona per accreditarne i prodotti e far loro acquistare un più largo mercato, a patto di partecipare ai beneficî; questa società, detta dai Malichiti " širkat al-waǵh " (società in cui si conferisce il solo credito), è nulla,

---

[14] *Mud.*, XII, 58; Ibn ʿĀṣim, v. 1143; Tasūlī, II, 200; Ḫiršī, VI, 42.

[15] *Mud.*, XII, 40–41; Ḫalīl, h. t., n. 32 e not. 120; Ḫiršī, VI, 154; Ibn ʿĀṣim, v. 1141; Tasūlī, II, 198; Ibn Salmūn, II, 27; Zurqānī, VI, 58; *P. C. T.*, a. 1436; cf. *Maǵallah*, a. 1332.

[16] Ḫalīl, h. t., n. 33; Zurqānī, VI, 58; Mayyārah, II, 123; Tasūlī, II, 199; *P. C. T.*, a. 1437; *Minhāǵ*, II, 50.

perchè si riduce a un concerto inteso a sorprendere la buona fede dei terzi e perchè il compenso pattuito è aleatorio.

Non si richiede per la validità del contratto che le quote dei soci siano uguali per qualità e quantità: un socio può conferire la sua quota in numerario, un altro in cose mobili o in derrate; la quota dell'uno può essere di dieci, quella d'un altro di venti [17].

In caso di dubbio si presume che le quote dei soci siano uguali e che ciascuno abbia conferito una parte virile [18].

Le cose conferite nella società [19] debbono essere descritte e valutate esattamente; se si tratta di cose mobili e individuate (*res certa*), il valore ne viene stabilito al giorno del contratto; se sono cose fungibili, il valore ne viene determinato al giorno del conferimento effettivo. Per effetto di questa valutazione, si opera il trasferimento all'altro socio della proprietà delle cose conferite e reciprocamente. È questo appunto ciò che distingue la società dalla comunione: nella società ciascun socio, conferendo la sua quota alla società, vende una parte di quanto gli appartiene per una parte corrispondente di quanto appartiene all'altro socio; questa permuta ideale è la ragione e della facoltà di disporre delle cose sociali, che spetta ad ogni socio, e della partecipazione dei singoli nei profitti e nelle perdite risultanti dalle operazioni sociali.

Le quote debbono essere effettivamente conferite, anzi confuse insieme [20]; questa confusione (" ḫilṭ, iḫtilāṭ ") è necessaria a costituire validamente la società, poichè il trapasso della quota di ciascun socio a ciascuno degli altri non può effettuarsi se tutti non abbiano consegnato e posto insieme le loro quote rispettive per modo che formino una massa comune: « Non esiste società, dice at-Tasūlī, quando la proprietà dei beni non è accomunata ». « È necessaria, dice Ibn 'Āṣim, la confusione dei beni conferiti o il loro deposito in mano d'un solo o nella sede della società ». Anzi è per questo carattere, tra altri, che la società contrattuale si distingue dalla comunione (" ḫulṭah "). Nella comunione, per esempio, di un gregge, dice l'*al-Muwaṭṭa'*, ciò che appar-

---

[17] *Mud.*, XII, 54–57; Ibn 'Āṣim, v. 1144–1145; Mayyārah, II, 125; Tasūlī, II, 200; *P. C. T.*, a. 1438; *Minhāǧ*, II, 51.

[18] Buḫārī, *širkah*, n. 13; Ḫalīl, h. t., n. 16; cf. ibid. nota 54; Ḫiršī, VI, 39–40.

[19] *Mud.*, XII, 54–55; Ḫalīl, h. t., n. 4; cf. Tasūlī, II, 200–201; Mayyārah, II, 122; *P. C. T.*, a. 1439; cf. *Minhāǧ*, II, 51.

[20] *Muwaṭṭa'*, II, 59; Dasūqī, III, 306; Ḫiršī, VI, 41; Tasūlī, II, 197 sg.; Mayyārah, II, 126; Ibn 'Āṣim, v. 1146; *P. C. T.*, a. 1441; *Minhāǧ*, II, 51.

tiene a ciascun comunista si può discernere da quello che appartiene ad un altro; quando invece una delle parti non può discernere quanto gli appartiene da ciò che appartiene al suo compagno, questa non è comunione (" ḫulṭah "), ma società (" širkah ")».

L'assieme delle quote conferite dai soci costituisce il capitale o fondo sociale (" ra's māl "), patrimonio comune dei soci, nel quale a ciascuno spetta una quota indivisa di proprietà uguale al contributo di ciascuno [21].

SEZIONE II. — Effetti del contratto di società.

§ **136.** I. – *A) Nei rapporti tra i soci.*

Ogni socio [22] è tenuto verso gli altri per la quota che ha promesso di conferire nella società sia in valori patrimoniali sia in lavoro. Egli deve prestarla nella data fissata e, ove questa non sia stabilita, subito dopo la conclusione del contratto, salvo il tempo richiesto dalla distanza o dalla natura della quota conferita.

Quando la quota consiste in un corpo determinato, il socio, il quale lo ha conferito, è tenuto alla garanzia cui è tenuto il venditore tanto per i vizi occulti quanto per la evizione.

Il socio, il quale si sia obbligato a conferire la sua industria, deve prestare alla società i servigi che ha promesso e rendere conto agli altri soci dei guadagni da lui fatti mediante l'industria che ha promesso. Ma egli non deve altro. Se, lavorando in un altro genere d'industria o impiegando il tempo che gli resta libero, fa altri guadagni, non è tenuto a versarli alla società. « Ogni socio, dice Ibn Salmūn, può impiegare il suo tempo come meglio crede nei periodi in cui non si occupa degli affari sociali, ed il suo socio non ha il diritto d'impedirglielo » [22bis].

Se il socio di una società commerciale impegna i suoi servigi come gerente in un'altra società in accomandita [23], egli non deve conferire alla società i guadagni che fa come gerente, poichè questa è una locazione di opere che non s'intende compresa nelle operazioni commerciali della società.

---

[21] Tasūlī, II, 197; *P. C. T.*, a. 1441.
[22] Ḫalīl, h. t., n. 6; Dasūqī, III, 307; Ḫiršī, VI, 42; Dimašqī, I, 105, 113.
[22bis] *P. C. T.*, a. 1448.
[23] *Mud.*, XII, 78; Ḫalīl, h. t., n. 11; Dasūqī, III, 308; Ḫiršī, VI, 43.

In caso di perimento della quota che il socio ha promesso di conferire, si distingue [24]:

a) se la quota promessa consiste in cose fungibili, che debbono essere contate, pesate o misurate, il perimento è a carico del socio proprietario finchè non sía compiuta la pesatura, la misurazione o il conteggio; egli rimane quindi debitore della quota promessa;

b) se la quota promessa consiste in cose individuate (" 'uyūn " = *res certae*), il perimento è a rischio della società, fin dal momento della perfezione del contratto. Questa regola è tuttavia assai controversa e molti giuristi malichiti osservano che la società si perfeziona solo colla confusione (" ḫilṭ ") delle quote conferite e quindi, se questa confusione non avviene o non può avvenire per il perimento di una o più quote sociali, la società non può venire ad esistenza per mancanza di oggetto [25].

Conferita che sia la quota o, come dicono le fonti, avvenuta la confusione delle quote sociali, quella fa parte del capitale comune ed è a rischio di tutti i soci, qualunque sia la natura della quota conferita da ciascuno [26].

§ **137.** *Amministrazione della società.*

Il diritto di amministrare non è la conseguenza necessaria della qualità di socio, ma deriva dal mandato, tacito o espresso, che i soci si danno reciprocamente nel contrarla; è il concetto della *praepositio institoria* dei nostri civilisti medievali.

Dalla maggiore o minore ampiezza concessa ai singoli soci rispetto alla gestione sociale derivano due tipi o specie di società [27]. Quando i soci si danno reciprocamente mandato di amministrare, concedendo ad ogni singolo socio la facoltà di agire senza consultare gli altri, la società è detta *fiduciaria* o con *mandato generale* (" širkat mufāwaḍah, širkat tafwīḍ "). Quando invece vien pattuito che nessuno dei soci potrà agire senza il consenso degli altri, la società è detta *società ristretta* (lett. *frenata* = " širkat al-'inān "), perchè ciascuno dei soci è vincolato o tenuto come da un freno o briglia (" 'inān ") e non può spaziare liberamente.

---

[24] *Mud.*, XII, 66–67; Ḫalīl, h. t., n. 5; Ibn 'Āṣim, v. 1074; Mayyārah, II, 126; *P. C. T.*, a. 1449.

[25] Raḥḥāl ad Mayy., II, 126; Tasūlī, II, 201; Dasūqī, III, 306.

[26] *Mud.*, XII, 66, 67; *Muwaṭṭa'*, III, 142; Ḫalīl, h. t., n. 5 e not. 12–13; Dasūqī, III, 306; Zurqānī, VII, 43; Ḫiršī, VII, 41.

[27] *Mud.*, XII, 68–69; Ḫalīl, h. t., n. 8 e n. 23; Ḫiršī, VI, 43; Dasūqī, III, 308; Tasūlī, II, 197; Zurqānī, VI, 44; *P. C. T.*, a. 1464, 1466.

Nella società *fiduciaria* [28] (" mufāwaḍah "), ossia con mandato generale, ogni socio è mandatario di tutti gli altri, ma è anche mandatario *in rem suam*; egli agisce per sè e per gli altri: egli può quindi fare tutti gli atti di gestione, ed anche le alienazioni a titolo oneroso, compresi nel commercio speciale che è oggetto della società, può contrarre e riconoscere obbligazioni, vendere e comprare a credito, impiegare i capitali sociali in accomenda (" qirāḍ ").

Gli sono soltanto vietati, in mancanza di speciale autorizzazione degli altri soci, gli atti di mera liberalità, quali il mutuo, il comodato (che sono sempre gratuiti in diritto islamico), l'affrancamento degli schiavi appartenenti alla società, la transazione, la rinuncia, senza corrispettivo adeguato, ad un diritto spettante alla società, salvo le piccole liberalità d'uso e quelle fatte nell'interesse sociale (per esempio ospitalità offerta ai compagni di carovana o di viaggio e simili).

Nelle società dette con *mandato ristretto* [29] (" 'inān " = imbrigliate o frenate) ciascuno dei soci ha facoltà di amministrare, ma deve ottenere per tutti gli atti di gestione o altri l'assenso dei soci, salvo i casi d'urgenza e gli atti conservatori. Per tutto ciò che eccede l'ordinaria amministrazione si richiede il concorso di tutti i soci congiuntamente [30].

In caso di dubbio, cioè se l'atto di società tace rispetto al modo di amministrazione, o vi sia incertezza intorno alla natura della società, si deve ritenere che la società sia a mandato ristretto.

§ **138.** *B) Diritti e doveri dei soci* [31].

I rapporti dei soci tra loro sono regolati dalle norme del mandato.

Ogni socio deve spiegare, nell'esecuzione degli affari sociali, la diligenza che spiega negli affari propri e risponde verso gli altri soci della colpa ed *a fortiori* del dolo. S'intende per colpa, nella società, come nel mandato, la mancanza di quella diligenza che un uomo assennato e previdente suole dimostrare ordinariamente negli affari, ed anche la contravvenzione ai patti espressi nel contratto

---

[28] *Mud.*, XII, 74–80, 82–83; Ḫalīl, h. t., n. 10 e 12; Tasūlī, II, 197; Dasūqī, III, 308 sg.; Ḫiršī, VI, 43 sg.; *'Amaliyyāt*, 231; *P. C. T.*, a. 1468.

[29] Ḫalīl, h. t., n. 23; Tasūlī, II, 197–198; Zurqānī, VI, 44; Ḫiršī, VI, 49; Dasūqī, III, 314–315; *P. C. T.*, a. 1469, 1481; cf. *Maǵallah*, a. 1331; *Minhāǵ*, II, 50, 52.

[30] Mālik ignora questo tipo di società che non era noto nel Ḥiǵāz nel 2° secolo dell'Egira (*Mud.*, XII, 68).

[31] *Mud.*, XII, 75–78; Zurqānī, VI, 45; *P. C. T.*, a. 1455; Ḫalīl, n. 10 nota 30; *Minhāǵ*, II. 52.

di società. È quindi imputabile di colpa, e ne risponde, il socio che deposita presso un terzo, senza necessità, i capitali sociali, se quel deposito è perduto; che, avendo promesso di non oltrepassare un certo punto, in un viaggio intrapreso per conto della società, s'inoltra al di là di quel luogo ed espone ad una perdita le merci che aveva mandato di vendere; che vende a credito malgrado il divieto che l'altro socio gli aveva fatto di vendere in quella forma; che dispone a titolo gratuito delle cose sociali (per esempio, dandole a comodato), se quelle cose periscono o si deteriorano; se compra per un prezzo molto superiore a quello normale e tale da costituire *lesione* (" ġabn ").

Un socio [32] non può assumere un nuovo socio nella società senza l'assenso degli altri, salvo che l'atto di società gli conferisca questa facoltà. Nulla vieta tuttavia al socio di far partecipare un terzo alla sua quota di società ed alle operazioni che intraprende per conto di questa, nel limite della quota che gli appartiene; ma il terzo così assunto come socio d'un socio non ha rapporti colla società e ne ha solo con il socio che ha trattato con lui: *socii mei socius socius meus non est*, dicevano i giureconsulti romani.

Ogni socio [33] deve conto agli altri dei valori da lui prelevati sui fondi sociali e degli acquisti da lui fatti per conto della società, nonchè dei benefici ottenuti mediante i capitali sociali. Il socio è debitore di quei valori fino a regolare liquidazione del conto colla società [34].

Tuttavia, il contratto di società essendo essenzialmente di buona fede (" 'aqd amānah " = contratto fiduciario) [35], la dichiarazione del socio si ritiene sufficiente a far fede del perimento o della perdita delle cose di cui deve render conto. S'intende che, se vi fosse motivo di dubitare della buona fede del socio, non basterebbe più la sua dichiarazione ed egli dovrebbe giustificare le sue operazioni o le perdite da lui asserite, sia producendone la prova legale, sia prestando giuramento.

Un'applicazione di questa regola è nelle *al-'Amaliyyāt* (l. c.) « Se uno dei soci si assenta e, tornato poi con dei valori, afferma che

---

[32] *Mud.*, XII, 78, 80; Ḫalīl, h. t., n. 10 e not. 31 e 39; Zurqānī-Bannānī, VI, 45-46; *P. C. T.*, a. 1459.

[33] *Mud.*, XII, 84; Ḫalīl, h. t., n. 14, 18, 25; Dasūqī, III, 311; Ḫiršī, VI, 46; *'Amaliyyāt*, 232; *Minhāǧ*, II, 53.

[34] Tuttavia, se è già scorso qualche tempo, per esempio, un anno, dal prelevamento di quei valori, si presume che il socio abbia restituito quanto ha ricevuto.

[35] " yad aš-šarīk yad amānah " (*Minhāǧ*, l. c.).

sono depositi a lui fatti dai terzi, mentre l'altro socio dice che sono valori appartenenti alla società, bisogna distinguere: se egli specifica i depositanti ed essi vengono a ripetere quei valori, questi saranno restituiti a coloro che presteranno giuramento; se uno rifiuta il giuramento, sarà a lui data la parte corrispondente a quella del socio che ha confessato l'esistenza del deposito, mentre il resto spetterà all'altro socio. Se il socio non specifica i nomi dei depositanti e nessuno viene a ripetere i depositi, i valori saranno considerati come spettanti alla società e divisi tra i soci in proporzione della loro quota. Così dice Ibn al-Qāsim, e in pratica si segue questa dottrina ».

Ogni socio deve conto agli altri di quanto acquista operando coi valori e colle cose della società, anche se abbia contratto in proprio nome. Pertanto se il socio, incaricato d'un acquisto per conto sociale, fa l'acquisto in proprio nome, l'operazione deve ritenersi fatta per la società; tutto ciò che il socio acquista si considera acquistato per conto sociale, quando è compreso nel genere di operazioni che sono oggetto della società [36].

Invece, egli non deve conto alla società di quanto acquista a titolo lucrativo, come le donazioni a lui fatte o le successioni *causa mortis* [37], e di quanto guadagna mediante il suo lavoro personale in operazioni diverse da quelle che sono oggetto della società, per esempio, se s'impiega come *agente* (" 'āmil ") in un'accomenda o società commerciale distinta dalla società di cui fa parte. In caso di dubbio si ritiene che l'acquisto del socio non sia fatto a titolo lucrativo e spetti anche alla società.

Se il socio, abusando del mandato, adopra a proprio profitto i valori sociali, per esempio, un deposito affidato alla società, egli risponde anche del perimento per caso fortuito, ma non dovrà conto dei benefici ritratti dalle cose impiegate abusivamente, perchè, avendone i rischi, egli ha diritto anche ai lucri in virtù della regola: " al-ḫarāǧ bi-'ḍ-ḍamān " = *cujus est damnum, ejus est lucrum.*

Il socio [38] deve rimborsare il valore delle cose sociali di cui abbia fatto uso a proprio esclusivo vantaggio, per esempio, se ha rapporti con una schiava appartenente alla società.

---

[36] *Mud.*, XII, 69; Ḫalīl, h. t., n. 17.

[37] *Mud.*, XII, 69, 77; Ḫalīl, h. t., n. 11; Dasūqī, III, 310; *'Amaliyyāt*, 232; cf. *Digest.*, 17, 33, 55; 50, 17, 10.

[38] Ḫalīl, h. t., n. 22.

Le spese personali dei soci sono imputabili sul fondo sociale, senza conteggio speciale, quando i soci abbiano famiglie pressochè uguali. In caso diverso, cioè se le famiglie siano differenti per il numero dei componenti o per le abitudini di vita, le spese si liquidano dopo conteggio [39].

Ogni socio [40] ha regresso contro gli altri per il rimborso delle spese sostenute per l'acquisto e la conservazione delle cose sociali e le altre spese da lui fatte nell'interesse comune, quali le spese di viaggio e di trasporto per gli affari di cui è stato incaricato, nonchè le spese straordinarie non imputabili a sua colpa. Per esempio: se per la morte di uno o più animali impiegati al trasporto delle merci sociali il socio abbia dovuto comprarne altri per sostituirli, egli potrà ripetere quella spesa.

Le obbligazioni della società verso i singoli soci incombono ai componenti la società proporzionalmente alla quota sociale di ciascuno. Se alcuni non siano in grado di pagare, la somma dovuta si ripartisce tra gli altri soci, nella proporzione stabilita per la ripartizione delle perdite sociali.

C) Ripartizione dei guadagni e delle perdite [41].

Le perdite ed i profitti si dividono tra i soci in proporzione della quota conferita da ciascuno nel capitale sociale. Se la quota sociale consiste in lavoro, la parte dei guadagni spettante al socio d'industria viene calcolata secondo l'importanza che il suo lavoro ha per la società [42], e sulla stessa base vien calcolata la sua partecipazione alle perdite. Se il contratto tace quanto alla ripartizione, le quote di partecipazione si presumono uguali.

È viziato (" fāsid ") il contratto di società che stipula che i soci avranno, nei guadagni, una proporzione inferiore a quella che sarebbe dovuta rispetto alla loro quota di capitale, per esempio qualora un socio avendo conferito dieci e un altro venti, si stipuli che avranno ambedue una parte uguale nei profitti. Questo contratto è rescindibile, se non abbia avuto ancora esecuzione; se invece sia già in

---

[39] *Mud.*, XII, 68–70; Ḫalīl, h. t., n. 21; Ḫiršī, VI, 47; Dasūqī, III, 312.

[40] *Mud.*, XII, 68; Ḫalīl, h. t., nota 78 e n. 13; Ḫiršī, VI, 45; Dasūqī, III, 310; cf. *Digest.*, 17. 2, 63 § 5; 67 pr.

[41] *Mud.*, XII, 44–45, 55, 60–62; Ḫalīl, h. t., n. 13 e not. 49–50; n. 34 e not. 126–128; Ḫiršī, VI, 45; Dasūqī, III, 310; Zurqānī, VI, 47; Tasūlī, II, 198; *P. C. T.*, a. 1682–1683, 1484; *Minhāǧ*, II, 52–53.

[42] Sciafiiti: La partecipazione ai guadagni e alle perdite viene calcolata sulle quote di capitale conferite, anche se i lavori sono disuguali: *Minhāǧ*, II, 52.

corso di esecuzione, si considera non avvenuto il patto relativo ai profitti e questi si dividono in proporzione delle quote sociali; ove un socio abbia dato maggior lavoro degli altri o conferito una quota maggiore, gli sarà dovuta una parte di profitti proporzionata al lavoro da lui fatto od alla quota conferita.

A più forte ragione sarebbe nullo il contratto di società che attribuisse tutti i guadagni ad un socio o che lo esimesse da ogni partecipazione alle perdite. Un contratto siffatto non può, naturalmente, valere come società e sarà da considerare sia come una accomenda ("qirāḍ"), in cui l'altra parte figura come gerente, quando tutti i beneficî sono attribuiti al socio che ha conferito il capitale, sia come un mutuo, quando è detto che il socio il quale conferisce il suo lavoro avrà tutti i beneficî.

Nulla vieta tuttavia ai soci, dopo costituita la società, di farsi delle liberalità o di avvantaggiarsi reciprocamente nella ripartizione dei benefici.

§ **139.** II. – *Effetti della società rispetto ai terzi.*

Il diritto islamico, simile in ciò al diritto romano, non distingue la società, come persona giuridica, dalla persona dei singoli soci. Di fronte ai terzi non esiste una società [43], ma vi sono tanti soci, e la responsabilità di ciascuno per le obbligazioni contratte verso i terzi dipende dall'ampiezza dei poteri conferiti ai componenti la società, secondo che si tratti di società fiduciaria ("širkat mufāwaḍah") o di società *ristretta* o *limitata* ("širkat al-'inān").

Nella società fiduciaria ("mufāwaḍah") i soci hanno tutti ampio mandato di amministrare e sono tutti solidalmente responsabili di fronte ai terzi per le obbligazioni validamente contratte da ciascuno di essi; la legge li considera fideiussori gli uni degli altri, appunto perchè sono mandatari gli uni degli altri [44].

Nella società limitata ("'inān"), i soci rispondono per parti virili delle obbligazioni contratte verso i terzi, salvo che siano personalmente intervenuti nelle trattative; nel qual caso, rispondono solidalmente verso i terzi con cui hanno contratto [45].

§ **140.** Il socio, fiduciario o non fiduciario, obbliga sè, ma non obbliga gli altri soci per gli atti eccedenti i suoi poteri od estranei

---

[43] Salvo, in diritto romano, le *societates publicantium*.
[44] *Mud.*, XII, 69–70; *P. C. T.*, a. 1494; cf. *Digest.*, 17, 2, 65 § 14.
[45] Tasūlī, II, 212; *P. C. T.*, a. 1493.

allo scopo pel quale la società è costituita. Ad esempio, obbliga se stesso, ma non la società, il socio di una società *limitata* (" 'inān ") che costituisca un pegno sopra una cosa sociale, senza speciale autorizzazione, ovvero conceda una proroga ad un debitore, il quale avrebbe dovuto pagare in contanti, ovvero venda a credito, benchè il contratto di società vieti quel genere di operazioni; e così, se faccia un acquisto per un prezzo evidentemente eccessivo (" gabn ") o un'operazione diversa da quelle che costituiscono oggetto speciale della società od un'atto di liberalità, salvo le elemosine e le altre spese d'uso richieste dagli affari della società.

Sezione III. — Fine della società [46].

§ **141.** La società finisce:

1° Con lo spirare del termine stabilito nel contratto per la durata della società. Alcuni dottori malichiti non ammettono questa regola e dichiarano nullo il termine stabilito per la durata della società, non essendo possibile fissare esattamente un termine delle operazioni sociali. L'opinione prevalente ritiene tuttavia che, se il contratto di società stabilisce un termine, questo patto debba essere osservato.

2° Per il conseguimento del fine in vista del quale la società è stata contratta o per il comune accordo dei soci di risolvere la società. « La società essendo perfetta col consenso, dice at-Tasūlī, nessuno dei soci può risolverla se non dopo compiuto l'affare per il quale essa è stata formata, salvo che lo scioglimento avvenga per comune consenso; poichè, se la società fosse risolvibile a piacere di ogni socio, che cosa significherebbe il dire che la società è perfetta col consenso dei soci ? » [47].

§ **142.** *Divisione del patrimonio sociale* (" qismah ").

Alla divisione delle società contrattuali si applicano le regole generali relative alla liquidazione delle comunioni (Lib. VI, § 44) e quelle della divisione delle successioni (Lib. XV, § 19-22), alle quali dobbiamo riferirci [48].

---

[46] Ibn 'Āṣim, v. 1140; Tasūlī, II, 198; Ibn Salmūn, II, 26; *P. C. T.*, a. 1502, 1442.

[47] Sciafiiti: Ogni socio può recedere dalla società quando gli piaccia; la società finisce, inoltre, con la morte o la demenza di uno dei contraenti: *Minhāǧ*, II, 52.

[48] *Mud.*, XIV, 168 sg.; Ḫalīl, XXVI, 1 sg.; cf. Zeys, II, 513 sg.; *P. C. T.*, a. 1538 sg.; 1425 nota, 1427.

CAPITOLO II.

Società cooperativa di lavoro ("širkat al-'amal, širkat al-abdān") [49].

§ **143.** La società di lavoro o d'industria, detta anche « società di corpi » (" širkat al-abdān ") o di persone, per distinguerla dalla società di capitali (" širkat al-amwāl "), è il contratto con cui due o più persone, che esercitano la stessa arte o lo stesso mestiere, mettono in comune il loro lavoro allo scopo di dividere i guadagni che sperano di effettuare mediante quello [50].

Si trovano nelle fonti esempi di questa associazione tra cacciatori, banditori pubblici, facchini, sarti, falegnami, tintori, pescatori di perle, minatori, maestri di scuole, e perfino cerusici [51].

Questa società si può contrarre anche tra persone le quali, pur non esercitando la stessa arte, esercitino due mestieri complementari od affini, per esempio, tra tessitore e cardatore, sarto e tintore, sarto tagliatore e lavorante sarto. Ma non sarebbe valida la società tra persone che esercitano mestieri diversi, non aventi relazione l'uno coll'altro, per esempio, tra sarto e falegname, poichè mancherebbe, nella specie, quella parità di quote, di guadagni e di spese, che è necessaria per evitare ogni pericolo di lucro indebito da parte di uno o più soci a danno degli altri, « poichè, dice at-Tasūlī, può avvenire che l'arte di uno dei soci non trovi impiego, mentre il lavoro dell'altro sia ricercato, per modo che un socio si arricchirebbe a spese dell' altro » [52].

Oltre all'affinità o correlazione dei mestieri esercitati dai soci, la dottrina prevalente richiede, per la validità del contratto, anche l'unità di residenza, onde si eviti la ineguaglianza dei guadagni che deriva necessariamente dall'abitare dei soci in due luoghi diversi [53].

---

[49] *Mud.*, XII, 42–50; Ḫalīl, XIX, n. 27–31; Ibn 'Āṣim, v. 1147 sg.; Mayyārah, II, 123–127; Tasūlī, II, 202 sg.; Zurqānī, VI, 55; Dardīr–Dasūqī, III, 316 sg.; Ḫiršī, VI, 51 sg.; *'Amaliyyāt*, 232; *P. C. T.*, a. 1670 sg.; Ibn Salmūn, II, 28 sg.; *Minhāǧ*, II, 49 (Sciaf.); *Digest.*, 47, 2, 71 pr. § 1–7; 29, 2, 45, 2.

[50] *Mud.*, XII, 42; Ḫalīl, h. t., n. 27.

[51] *Mud.*, XII, 42, 46–50, 52; Ḫalīl, h. t., 28, 29; Dasūqī, III, 316–317; Ḫiršī, VI, 51–53.

[52] Tasūlī, II, 202.

[53] Ibn 'Āṣim, v. 1147; *'Amaliyyāt*, 232–233.

La società di lavoro può assumere la figura di società mista di lavoro e di capitale – " širkat al–māl wa 'l–'amal " – quando i soci conferiscano non solo la loro industria, ma anche certi valori patrimoniali relativi all'esercizio di questa. Tal'è il caso della società tra due cacciatori di cui uno possieda un cane da caccia, l'altro un falcone; tra due tintori, di cui uno abbia il locale, l'altro gli strumenti necessari alla tintoria; tra due calzolai, di cui ciascuno porti alla società, oltre l'opera sua, una certa provvista di pelli da trasformare mediante il lavoro comune [54]. Nella società mista di lavoro e d'industria si presume che la provvista di materie prime e gli strumenti appartengano per parti uguali ai due soci e siano a loro rischio comune.

Le obbligazioni dei soci si riassumono in due capi principali [55]:

a) ognuno dei soci deve il suo lavoro alla società per il conseguimento dello scopo comune, ma nulla vieta al socio d'impiegare a proprio profitto il tempo che abbia disponibile, qualora ciò non sia di danno alla società;

b) ogni socio viene considerato mandatario degli altri per il ricevimento delle ordinazioni e la riscossione della mercede dovuta, salvo patto contrario. I soci rispondono solidalmente, anche se la società sia già disciolta, delle cose affidate ad un socio per l'esecuzione dei lavori commessi alla società.

Ogni socio garantisce, solidalmente cogli altri, il lavoro eseguito, ove vi si riscontrino vizi o difetti imputabili all'operaio. Lo scioglimento della società non estingue questa responsabilità.

I beneficî e le perdite si dividono ugualmente tra tutti i soci, salvo che esistano speciali motivi di preferenza per la differenza del lavoro conferito da un socio; se, per esempio, uno faccia i due terzi del lavoro comune e l'altro un terzo, il primo avrà diritto a due terzi dei guadagni, nè sarebbe lecita una ripartizione diversa.

Quando un padre ed un figlio lavorano assieme nello stesso mestiere, i guadagni appartengono tutti al padre, se il figlio convive con lui; se marito e moglie esercitano, senza capitale, la stessa industria, i guadagni appartengono al marito, poichè la moglie viene considerata come un ausiliare. S'intende che, se la moglie esercita un

---

[54] Ḫalīl, h. t., n. 28; Dardīr–Dasūqī, III, 316–317; Ḫiršī, VI, 52; Zurqānī, VI, 55–56; Ibn Salmūn, II, 29.

[55] *Mud.*, XII, 47, 48; Ḫalīl, l. c., n. 30, 31 e nota 112; *P. C. T.*, a. 1675–1678; Dasūqī, III, 117; Ḫiršī, VI, 53–54; Ibn 'Āṣim, v. 1148.

mestiere diverso da quello del marito, i suoi guadagni spettano a lei, ad esclusione del marito, poichè non esiste società in questo caso.

Il socio, che non può prendere parte al lavoro per malattia o altra causa di forza maggiore, non perde il diritto di partecipare ai guadagni, se l'impedimento è di breve durata. Se l'impedimento si prolunga oltre i due o tre giorni, i soci si dividono i guadagni, ad esclusione del socio impedito. Il patto contrario non ha efficacia. S'intende che il socio escluso dai guadagni non partecipa neppure alle perdite.

CAPITOLO III.

Varie forme di associazione agricola.

SEZIONE I. — Società di semina (" muzāraʿah ").

§ **144.** « La società di semina, dice Ibn ʿArafah, è quella che ha per scopo la coltivazione » [56] (" muzāraʿah ", da " zaraʿa " = *seminare* o, secondo altri, da " zarʿ " = raccolto); è dunque la società agricola propriamente detta.

A) *Storia* [57]. — Il contratto che nel " ḥadīṯ " vien chiamato " muzāraʿah " era, nell'Arabia preislamica, una locazione di terra mediante una parte dei frutti, la quale veniva stabilita in vari modi: si stipulava come prezzo di locazione i prodotti di una parte determinata del fondo, ovvero di quelle parti che confinavano coiru scelli o canali d'irrigazione, mentre il resto del prodotto spettava all'affittuario; era un contratto aleatorio, poichè spesso avveniva che le parti del fondo di cui si era stabilito il prodotto a titolo di affitto producessero poco o nulla, mentre il resto dava prodotto abbondante; poteva anche avvenire il contrario; in tutti i casi rimaneva incerta la quantità precisa dei prodotti che doveva essere corrisposta al proprietario. Il Profeta vietò questa forma di " muzāraʿah ", permettendo solo le locazioni per una somma stabilita in danaro o, secondo

---

[56] " al-muzāraʿah aš-šarikah fī 'l-ḥarṯ ", Ibn ʿArafah ap. Bannānī, VI, 66; Ḫiršī, VI, 63; " aš-šarikah fī 'z-zárʿ ", *Mud.*, XII, 52.

[57] Muslim, VI, 400, 401, 407, 417; Buḫārī-Qasṭallānī, *muzāraʿah*, n. 7, 8, 10, 12, 18, 19 (Krehl, II, 67 sg.); Abū Dā'ūd, III, 174-180; Ibn Māgah, II, 45-47; cf. Arin, *Rech.*, p. 120-122.

altri, sconsigliando anche questo, quale contrario alla fratellanza musulmana.

Ma quando acquistò Ḫaybar, il Profeta applicò senz'altro le regole della " muzāra'ah " nel sistemare i suoi rapporti cogli Ebrei che già possedevano quei luoghi. La proprietà di Ḫaybar comprendeva ad un tempo delle piantagioni di palmeti e delle terre *bianche*, ossia da semina; agli abitanti di Ḫaybar fu imposto l'obbligo di curare i palmeti e fu loro lasciato il godimento delle terre coll'obbligo di rimettere al vincitore musulmano una parte dei prodotti, quale corrispettivo di questo godimento. Ecco dunque un contratto di " muzāra'ah " (locazione di terre mediante una parte dei prodotti) congiunto ad un contratto di " musāqāh " avente per oggetto la cura dei palmeti.

Dato l'esempio pratico offerto dalla vita del Profeta, le scuole posteriori ebbero a porsi il quesito se fosse lecita la " muzāra'ah " (locazione d'un fondo per una quota dei prodotti). Infatti, era stridente il contratto tra le tradizioni del Profeta, che vietano quel contratto, e l'esempio dato dal Profeta stesso, il quale aveva applicato la " muzāra'ah " per regolare i suoi rapporti con gli abitanti di Ḫaybar.

Onde le incertezze dei più antichi giuristi [58]: Ṭā'ūs e al-Ḥasan al-Baṣrī, attenendosi alla lettera delle tradizioni, negano validità al contratto di « muzāra'ah "; così pure Abū Ḥanīfah, il quale considera quella convenzione come una locazione di fondi rustici e la dichiara nulla perchè il fitto vi è incerto ed aleatorio. I Malichiti ammettono la " muzāra'ah ", ma solo rispetto alle terre coltivate poste nel mezzo di una piantagione, attenendosi così all'esempio del Profeta; gli Sciafiiti l'intendono allo stesso modo, ma con maggiore ampiezza; secondo aš-Šāfi'ī, la " muzāra'ah " è valida, ma in quanto contratto accessorio al contratto di irrigazione (" musāqāh "). Finalmente, i discepoli di Abū Ḥanīfah e un gruppo di giuristi appartenenti ad altre scuole ammettono senz'altro la " muzāra'ah " sia come contratto per sè stante, sia come accessorio di un contratto d'irrigazione (" musāqāh ") [59].

---

[58] Buḫārī-Qasṭallānī, *muzāra'ah*, n. 18 (Krehl, II, 72); Nawawī ad Muslim, VI, 419; Buḫārī-Qasṭallānī, IV, 180; Arin, p. 115 sg.

[59] Nawawī ad Muslim, 419-420; Abū Yūsuf, p. 52.

Il divieto aveva infatti per ragione l'alea che presentava l'antico contratto preislamico; ma dopo l'Islām, il contratto si era trasformato; che cosa si poteva opporre ad un contratto in cui le parti uniscono il loro capitale ed il loro lavoro per coltivare una terra, conferendo ciascuno una parte determinata dell'uno o dell'altro ? [60] I tradizionisti hanno cura di notare che questa forma di associazione veniva praticata da vari Compagni del Profeta [61]; dopo averne dato vari esempi, al-Buḫārī aggiunge: « al-Ḥasan (al-Baṣrī) dice: non è illecito (" lā ba's ") (il contratto) quando la terra appartiene ad uno dei contraenti, la spesa è a carico comune e vien convenuto che il prodotto sarà diviso tra i due. E questa è l'opinione di az-Zuhrī. al-Ḥasan dice pure: non v'ha nulla d'illecito nel coltivare il cotone a metà parte... »; e qui al-Buḫārī aggiunge l'opinione di vari dottori nello stesso senso.

Le necessità economiche diffondono sempre più questa forma di associazione nei vari paesi islamici; un papiro egiziano pubblicato dal Loth offre un esempio di " muzāra'ah " dell'anno 169 H., che è un vero contratto di mezzeria; un certo Paramun concede il suo fondo a Yaḥyà ibn Hilāl; questi si obbliga a coltivarlo, a seminarlo, a fare quanto occorre per il raccolto e la battitura; dal canto suo, il proprietario Paramun assume a suo carico tutte le imposte e le spese; il prodotto sarà diviso tra le parti [62].

Ed è così che il contratto di " muzāra'ah " prende posto nel sistema islamico sotto forma di società agricola.

§ **145.** B) *Elementi costitutivi ed effetti.*

La società agricola (" muzāra'ah " ed anche " šarikah fī 'z-zar' "), come la società in genere, richiede il consenso delle parti intorno agli elementi essenziali del contratto, e cioè:

a) sul fondo che i soci si propongono di coltivare;

b) sul genere di coltivazione;

c) sulla quota di capitale da conferire da ciascuno dei soci.

La primitiva scuola malichita [63] riteneva il contratto perfetto solo quando avesse ricevuto un principio di esecuzione mediante la

---

[60] Cf. Nawawī, l. c., 420.

[61] Buḫārī, *muzāra'ah*, n. 8; la tradizione non è sicura, cf. Abū Dā'ūd, III, 178; Ibn Māǵah, 46-47.

[62] ZDMG, vol. 34, 1880, 685 sg.; cf. Buḫārī, *muzāra'ah*, n. 8.

[63] Ḫalīl, h. t., n. 50; Ibn 'Āṣim, v. 1124.

seminagione, dottrina cui si attiene Ḫalīl: « ognuna delle parti, dice egli, può recedere dalla società agricola prima della seminagione ».

Ibn Rušd indica lucidamente le origini di questa incertezza della dottrina [64]: « La " muzāra'ah " è un contratto che partecipa della natura del contratto di società e del contratto di locazione. Per questa ragione esiste divergenza tra coloro che ritengono il consenso sufficiente a rendere perfetto il contratto, perchè stimano prevalente il carattere di locazione, e questa è la dottrina di Saḥnūn, e tra coloro che dicono: il consenso non basta, perchè fanno prevalere il carattere di società, e quindi ognuna delle parti può separarsi dall'altra (*cioè recedere dal contratto*) finchè la semina non sia avvenuta, e questa è l'opinione di Ibn al-Qāsim nella *al-Mudawwanah*. Altri (*finalmente*) dicono: il contratto non diventa obbligatorio che quando si sia dato inizio ai lavori (*anche prima della semina*); è questa l'opinione di Ibn Kināna nell'*al-Mabsūṭ*, e così decidono i giureconsulti da noi a Cordova ». In pratica è prevalsa l'opinione di Ibn Kināna; il contratto diventa definitivo solo coll'inizio dei lavori, cioè coll'aratura della terra. Nel Maġrib è invalso l'uso di redigere il contratto per iscritto.

La società agricola può assumere forme diverse [65]:

1° la terra, il lavoro, la sementa, gli animali, gli strumenti di lavoro sono conferiti in proporzioni uguali dai soci ;

2° il fondo da coltivare è comune tra i soci, e si conviene che uno fornirà il seme e l'altro somministrerà gli animali da lavoro e la mano d'opera ;

3° uno dei soci fornisce la terra e la sementa, l'altro il lavoro e gli animali ;

4° un socio somministra il terreno e una certa parte del seme, e l'altro il resto del seme più la mano d'opera e gli animali da lavoro.

Si possono immaginare varie altre associazioni di capitale e di lavoro, le quali però non mutano l'essenza del contratto. Ma qualunque sia la forma adottata dalle parti, è essenziale per la validità del contratto di società agricola :

1° *la confusione* (" ḫilṭ ") *delle quote* [66]; in altri termini, quando i soci conferiscono ciascuno una parte del seme, i semi debbono essere

---

[64] *'Amaliyyāt*, 234.

[65] *Mud.*, XII, 52–54; Ḫalīl, h. t., n. 52; Ibn 'Āṣim, v. 1121–1123, 1131, e nota 1054.

[66] Buḫārī, *ḥarṯ*, n. 8; Ḫalīl, h. t., n. 51 (4) e not. 173; Ḫiršī, VI, 64.

confusi in una massa unica, come avviene pel numerario sociale [67], che dev'essere versato in una sola cassa; il che tuttavia non va inteso letteralmente: basterà che ogni socio porti la sua parte di seme e la semini nel terreno comune, o che ciascuno semini una parte determinata del fondo nell'interesse comune ;

2° *la valutazione del valore locativo della terra nonchè dell'opera* conferita da ciascuno dei soci, per modo da assicurarsi che uno non faccia un lucro indebito a spese dell' altro [68]; ma per questo riguardo la dottrina più recente è meno rigorosa e non esige la valutazione precisa dei due fattori in parola;

3° *la determinazione della quota spettante a ciascun socio* nel prodotto onde evitare l'incertezza e quindi l'alea, che sarebbero ragione di nullità;

4° che *la quota di partecipazione* nei prodotti sia *proporzionale* alla quota conferita da ciascun socio [69]; ogni divario per questo rispetto sarebbe ragione di nullità. Il che non vieta che, dopo stretto il contratto, i soci possano farsi reciprocamente quelle liberalità che, anche nelle società ordinarie, sono lecite.

È quindi *viziato* [70] (" fāsid "), cioè rescindibile, il contratto di società agricola :

a) quando i soci conferiscano il capitale per parti uguali, ma non si tenga conto del valore della terra, conferita da uno dei soci;

b) quando uno conferisca le opere ed una terra di valore minimo e l'altro un seme di valore assai superiore a quello della terra.

In questi casi l'ineguaglianza nella ripartizione del prodotto è ragione di rescissione del contratto: il raccolto si divide per parti uguali tra i soci, ma ciascuno dovrà compensare all'altro quanto di meno avrà ricevuto per la quota di cui non è stato tenuto conto.

§ **146.** Tra le varie forme di società agraria (dette tutte genericamente " muzāra'ah ") merita speciale menzione, per la sua importanza pratica, quell'associazione di capitale e di lavoro che corrisponde alla nostra colonía parziaria [71] e nei trattati malichiti si chiama

---

[67] Cf. *Digest.*, 17, 2, 83: *in communem arcam versae pecuniae.*

[68] Ḫalīl, n. 51 (2); *'Amaliyyāt*, 235; Ḫiršī, l. c.

[69] Ḫalīl, n. 51 (2–3) e not. 172; Ibn 'Āṣim, v. 1122–1123; Ḫiršī, VI, 63.

[70] Ḫalīl, h. t., n. 53; Dasūqī, III, 329; Ḫiršī, VI, 67.

[71] Buḫārī, *ḥarṯ*, n. 5, 8, 18; *Muwaṭṭa'*, III, 167; Ḫalīl, h. t., n. 52 (e) e not. 182 ; Ḫiršī, VI, 66 ; *'Amaliyyāt*, 236–238 ; Ibn 'Āṣim, v. 1121 ; *P. C. T.*, a. 1558 sg.

" mas'alat al-ḫammās " « la questione del " ḫammās " » (nome quest'ultimo dato al colono parziario); essa è detta anche " ḫamāsah ".

Questa forma di associazione fu accolta non senza difficoltà nel diritto malichita. Ibn 'Arafah ed altri obiettavano che non può valere come società, in quanto è essenziale per la società che ogni socio conferisca una quota del capitale; non come locazione d'opera, perchè al lavoratore non si può corrispondere un compenso incerto come quantità e aleatorio in quanto all'esistenza, dipendendo da un raccolto sperato; essi ne concludevano la invalidità della colonía parziaria. L'autorità di Saḥnūn, seguíto dalla scuola di al-Qayrawān, la fece ammettere dai dottori; ma, più ancora che l'autorità di Saḥnūn, valse ad affermarla l'argomento tratto dalla necessità (" ḍarūrah ") fondata nel Maġrib sulla consuetudine (" 'urf "), che aveva conservato probabilmente memoria di quanto si praticava sotto il regime del diritto romano [72].

La colonía parziaria è una società in cui una delle parti conferisce il fondo da coltivare, il seme e gli animali da lavoro, e l'altra parte dà la mano d'opera, essendo pattuito che il prodotto sarà diviso tra i soci in certe determinate proporzioni.

La dottrina è incerta se basti il consenso anche tacito a perfezionare la colonía parziaria, o se occorra che la stipulazione sia espressa. La dottrina prevalente con Ḫalīl vuole ch'essa sia espressa e che sia concepita sotto forma di società [73].

La quota dei prodotti spettante al colono è determinata variamente, secondo i paesi ed i tempi: a Medina si dava il terzo o il quarto e talvolta anche la metà [74]; in Andalusia l'ottavo, ma il colono forniva anche il sesto del seme [75]; in Tunisia al colono spetta un quinto del raccolto, onde il nome " ḫamāsah " (*quinteria*, da " ḫums " = quinto) dato al contratto e il nome " ḫammās " (lavoratore al *quinto*) detto del colono; in Tripolitania, questi è detto " 'ammār " ed anche " ḫammās ".

---

[72] Cf. *Digest.*, 19, 2, 25 § 6.

[73] Così il diritto romano: il *partiarius colonus* è un socio.

[74] Buḫārī, *muzāra'ah*, n. 8, 9.

[75] Ibn 'Āṣim, v. 1123; in altre parti era della metà o di un terzo, onde il colono era detto " munāṣif " (mezzaiolo) o " muṯāliṯ " (terziario): '*Amaliyyat*, 238. In Tripolitania la proporzione varia, secondo i luoghi e i prodotti, dalla metà ai tre quarti (Ministero delle Colonie, *La Tripolitania Settentrionale*, Roma, 1913, II, 126-148).

Il contratto di colonía è nullo, in quanto tale, se la parte del colono viene stabilita in tante misure di derrate od in una determinata quantità fissa, oppure se la parte del colono non consiste in una quota del raccolto. In questi casi, il contratto si risolve in una locazione d'opera. Se il contratto tace della quota spettante al colono, si presume trattarsi di locazione d'opera.

Al socio colono spettano, in generale, tutti i lavori di aratura e seminagione, la cura del raccolto e, quando si tratta di cereali, la mietitura e la battitura: è però controverso se questi due ultimi lavori incombano al colono, perchè non si possono determinare con precisione.

Il colono non è tenuto, invece, a fare nessun lavoro permanente (costruzioni, fossi, pozzi). Ogni opera di questo genere è considerata estranea ai lavori agricoli propriamente detti e dev'essere pagata dal proprietario come se fatta da un giornaliero ordinario.

Il proprietario del fondo deve provvedere gli attrezzi e gli animali da lavoro, e sostituirli quando occorra; deve somministrare al " ḫammās " le provviste necessarie al suo sostentamento, ai prezzi correnti del luogo; sono a suo carico le decime e gli altri tributi fondiari. Rispetto alle decime (" zakāh "), tuttavia, quest'obbligo è controverso. La scuola di al-Qayrawān insegnava, con Saḥnūn, che il colono doveva la sua parte della decima (" zakāh ") in quanto è socio, poichè la " zakāh " incombe a tutti i soci in proporzione delle loro quote; invece Ibn al-Qāsim considera il colono come locatore d'opera e lo esime dalla decima, ponendo tutto a carico del proprietario; la consuetudine tunisina, pur considerando la colonía parziaria come società, segue la dottrina di Ibn al-Qāsim rispetto alla decima, che dichiara dovuta dal solo proprietario.

La società tra proprietario e colono si ritiene cessata di diritto dopo il raccolto; qualora però le parti non denuncino il contratto prima del mese di ottobre, epoca in cui prende inizio la campagna agricola, il contratto si ritiene rinnovato per l'anno successivo.

SEZIONE II. — Contratto d'irrigazione (" musāqāh ") [76].

§ **147.** Da " saqà ", *irrigare*, *annaffiare*, deriva " musāqāh ", contratto di irrigazione, associazione agricola specialmente diretta alla cura delle piantagioni, così chiamata perchè l'irrigazione è parte

---

[76] Muslim, *musāqāh*, VI, 417 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 164 sg.; *Mud.*, XII, 2 sg., cf. XI, 169 sg.; Ḫalīl, XXVIII (*musāqāh*); Ibn 'Āṣim, v. 1097 sg.; Zurqānī ad

essenziale della cura richiesta dalle piante nei climi torridi dell'Arabia. Ibn 'Arafah la definisce: « La convenzione per la quale una delle parti si obbliga ad eseguire i lavori di coltivazione richiesti dalle piante mediante una quota dei prodotti di queste... ».

§ **148.** A) *Storia.* — La " musāqāh " risale alle consuetudini dell'antica Arabia e si ritrova fin dalle origini dell'Islām. Si è detto già (§ 144) che alla conquista di Ḫaybar il Profeta, non avendo modo di valorizzare i palmeti che n'erano la principale ricchezza, ritenne più opportuno lasciarvi gli antichi possessori ebrei, stipulando con loro quel contratto di " muḫābarah " o " mu'āmalah " (colonía parziaria) ch'era usitato da tutti i proprietari meccani [77]. Gli Ebrei vinti rimasero in qualità di coloni in quei fondi ormai divenuti proprietà della Comunità musulmana [78], coll'obbligo di curare le piantagioni di palme, mediante metà dei prodotti, mentre l'altra metà doveva spettare « a Dio, al Profeta ed ai Musulmani », cioè in sostanza alla Comunità musulmana, nuova proprietaria per diritto di conquista.

La " musāqāh " è il contratto di " muḫābarah " applicato alla coltivazione delle piante. La " muḫābarah ", vietata più tardi per ragioni di ordine sociale e politico, rimase nella sua applicazione speciale all'arboricoltura, perchè autorizzata dall'esempio datone dal Profeta.

In qualunque modo si consideri, questo contratto di " muḫābarah " conchiuso cogli Ebrei di Ḫaybar non si concilia colle regole del diritto musulmano, quale si sviluppò più tardi nelle scuole. Considerato come locazione d'opera è nullo, perchè è una locazione mediante mercede indeterminata, anzi addirittura aleatoria; come locazione di fondi rustici è ugualmente invalido, in quanto è un affitto di una terra mediante parte dei prodotti; come vendita di prodotti è contrario al divieto di vendere i frutti prima che siano maturi; si aggiunga che, nella specie, si tratta di una vendita di frutti non solo immaturi, ma solamente sperati, quindi vendita puramente aleatoria.

Muwaṭṭa', IV, 75; *'Amaliyyāt*, 239 sg.; Dardīr–Dasūqī, III, 473 sg.; Ḫiršī, VI, 227 sg.; Zurqānī–Bannānī, VI, 235 sg.; Zeys, II, 117; Mayyārah, II, 108 sg.; *P. C. T.*, a. 1591 sg.; Ġazālī, I, 226 sg.; *Minhāǧ*, II, 143 sg.; Širāzī, p. 74; Sachau, p. 529 sg.; cf. *Maǧallah*, a. 1441 sg.; Abū Yūsuf, p. 50–52 (trad. Fagnan, 133–139).

77 Muslim–Nawawī, VI, 418; Buḫārī, *iǧārah*, n. 22; *muzāra'ah*, n. 8, 9, 17; *Muwaṭṭa'*, III, 164; Abū Yūsuf, p. 29; Abū Dā'ūd, III, 78; Ibn Māǧah, II, 47.

78 *Mud.*, XII, 2; " āmala ahl Ḫaybar ", cf. Abū Yūsuf, p. 51; Šāfi'ī, p. 118; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 165.

Tutte queste difficoltà non sono sfuggite ai giuristi musulmani; era naturale pertanto che le scuole si trovassero in grande imbarazzo quando ebbero a considerare gli elementi del contratto di " musāqāh ", a sostegno del quale dai tradizionisti s'invocava come precedente la " muḫābarah " conchiusa cogli abitanti di Ḫaybar.

Abū Ḥanīfah ravvisa nella " musāqāh " un contratto di locazione–conduzione di opere e, come tale, lo dichiara invalido, in quanto il prezzo di locazione è indeterminato e aleatorio; secondo Abū Ḥanīfah, il precedente di Ḫaybar non può essere invocato nella specie, perchè in quel caso si trattava di conquista: le persone ed i beni dei vinti erano passati nel dominio dei Musulmani ed il Profeta aveva inteso fare una concessione benevola di quelle terre agli Ebrei, che avrebbe potuto espellere senz'altro. La scuola di Abū Ḥanīfah non seguì il Maestro in questi concetti e ravvisò nella " musāqāh " non una locazione o una colonía parziaria, bensì una forma di associazione agricola analoga alla associazione commerciale detta accomenda (" qirāḍ ") o " muḍārabah " [79]. « Secondo me, dice Abū Yūsuf (p. 50), questa specie è analoga a quella del capitale dato in accomenda (" muḍārabah "). Nell'accomenda una persona affida ad un altro un capitale, mediante una metà od un terzo del guadagno; ciò è lecito, benchè il contratto sia incerto e non si sappia qual guadagno farà (il sovventore del capitale). Non esiste su questo punto dissenso tra i sapienti. La terra è secondo me precisamente come (il capitale) nell'accomenda, tanto le terre bianche (destinate all'aratura) quanto le palme ed altre piante ».

Gli Ẓāhiriti, interpretando le tradizioni alla lettera, secondo il loro metodo consueto, riconoscono la " musāqāh ", ma solo rispetto alla coltivazione dei palmeti, perchè solo a queste piante si riferisce la convenzione del Profeta cogli Ebrei di Ḫaybar. Gli Sciafiiti l'ammettono per le palme e le viti, perchè nei ruoli della " zakāh " (decima) queste due categorie di piante formano una sola classe [80].

Finalmente, i Malichiti non negano che la " musāqāh " abbia affinità colla " muḫābarah ", contratto di locazione di fondi mediante una parte dei prodotti, e riconoscono che presenta le stesse difficoltà dottrinali di questa; ma aggiungono che la " musāqāh " fa eccezione al diritto generico della " muḫābarah ", eccezione fondata sopra due

---

[79] Abū Yūsuf, 50–51; Nawawī ad Muslim, VI, 418; cf. *Maǵallah*, a. 1441.

[80] *Minhāǵ*, II, 143; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 164; Nawawī ad Muslim, VI, 418-419; Goldziher, *Ẓâhiriten*, p. 55 sg.

motivi: *a*) l'utilità pratica del contratto, e quindi la necessità (" ḍarūrah ") di ammetterlo; *b*) la convenzione di Ḫaybar, legittimata, per quanto teoricamente irregolare, dalla pratica del Profeta e da quella dei suoi Compagni. E concludono che la " musāqāh " è un contratto *sui generis*, misto di società e di locazione d'opera, ed ammesso *necessitatis causa* (" li-'ḍ-ḍarūrah ") [81].

§ **149.** B) *Elementi costitutivi della " musāqāh "*.

L'analisi storica che precede era necessaria per comprendere la definizione della " musāqāh " data da Ibn 'Arafah, e di cui abbiamo già riferito una parte: « Il contratto di " musāqāh " è la convenzione colla quale una delle parti si obbliga ad eseguire i lavori agricoli richiesti dalle piante di un determinato fondo mediante una quota dei prodotti stessi (delle piante), purchè il consenso non sia espresso colle parole che significano la vendita o la locazione di opere (" iǵārah ") o la promessa di ricompensa (" ǵu'l " = locazione d'opera = *locatio operis*) ». Infatti, se si adoprassero le formole relative alla vendita od alla locazione d'opera, il contratto sarebbe nullo; conviene pertanto evitarle, per dare al contratto quel carattere speciale, che solo ne giustifica l'esistenza.

Occorre distinguere nella " musāqāh " i consueti elementi costitutivi di ogni contratto: *subietti*, *oggetto*, *forma*.

1° Quanto ai *subietti* [82], si esige la capacità contrattuale, ed in chi agisce come rappresentante legale di altre persone la semplice capacità di amministrare. La concessione di " musāqāh " non è un'alienazione, ma un semplice atto di amministrazione; hanno quindi facoltà di concludere la " musāqāh " il tutore testamentario, il curatore di un impubere o di altro incapace, lo schiavo autorizzato a commerciare (" ma'ḏūn lahu ").

Il Musulmano può lecitamente concedere la sua piantagione a titolo di " musāqāh " al non Musulmano, « purchè sia sicuro che il colono non abbia l'intenzione d'impiegare la sua quota dei prodotti a far del vino o altri liquori inebrianti, poichè, se non avesse questa sicurezza, il Musulmano presterebbe il suo concorso a compiere un peccato (" ma'ṣiyah " = violazione della Legge divina) » (*Mud.*, l. c.).

2° *Forma* [83]. Il contratto d' irrigazione è puramente consen-

---

[81] Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 165; Nawawī-Muslim, VI, 418; Abū Yūsuf, 50–51; Ṣāwī ad Ḫiršī, VI, 227.

[82] *Mud.*, XII, 16–18; Ḫalīl, h. t., n. 18–19.

[83] *Mud.*, XII, 3, 13; Ḫalīl, h. t., n. 1, 8; Dasūqī, III, 474; *Minhāǵ*, II, 147.

suale (" lāzim bi–'l–'aqd "). La prima scuola malichita esigeva la formola " sāqaytu " [84] detta dal proprietario o dal colono. Ma le scuole posteriori, specie quella africana, si contentano di qualunque espressione equipollente (per es.: " 'āmaltu ") della volontà di conchiudere una " musāqāh ". È invalsa però nel Maġrib la consuetudine di stipulare il contratto d'irrigazione per atto scritto. Quando il fondo si trova in luogo diverso da quello del contratto, l'atto di " musāqāh " deve contenere la descrizione del fondo, del genere di piante e di coltivazioni che contiene, dei mezzi d'irrigazione e del materiale agricolo (animali, strumenti di lavoro) di cui è provvisto.

La parte di frutti [85] spettante al colono dev'essere determinata in una quota proporzionale del prodotto delle piante e non altrimenti. Non si può stabilire, quale parte del colono, una quantità di prodotti determinata per misura o per numero, nè pattuire che la quota verrà presa da un certo numero di piante, o dalle piante che si trovano in una certa parte del fondo, poichè con ciò si muterebbe la figura giuridica del contratto.

In mancanza di patto relativo alla parte spettante al colono, si presume che le parti abbiano inteso rimettersi alla consuetudine del luogo.

La durata del contratto [86] dev'essere stabilita per modo che vi sia il tempo di ottenere il raccolto, perchè per la sua natura stessa il contratto di irrigazione dura fino al raccolto. Il contratto può farsi per un anno, o per più anni successivi, nel qual caso la colonía prende fine dopo ottenuto il raccolto dell'ultimo anno; non può farsi per un tempo troppo lungo o indeterminato nè per un certo numero di giorni o di mesi. Se non è stabilito il termine, il contratto s'intende fatto per un raccolto. Quando ha per oggetto piante o prodotti che hanno più tagli o raccolti durante l'anno, il contratto s'intende fatto per il primo taglio, se non sia altrimenti convenuto.

3° *Oggetto* del contratto d'irrigazione [87] sono propriamente le piante da frutto, come ben si comprende, date le sue origini storiche [88].

---

[84] « Ti do a " musāqāh " », « faccio una " musāqāh " », cui l'altro contraente risponde « accetto ».

[85] *Mud.*, XII, 9; Ḫalīl, h. t., n. 1; Dardīr–Dasūqī, III, 474; *Minhāǵ*, II, 145.

[86] *Muwaṭṭa'*, III, 168–169; *Mud.*, XII, 12–13; Ḫalīl, h. t., n. 5; Dardīr–Dasūqī, III, 477–478; *Minhāǵ*, II, 146, 147.

[87] *Muwaṭṭa'*, III, 168; *Mud.*, XII, 21–23; XV, 167; Ḫalīl, h. t., n. 4 e 7.

[88] Solo le palme e le viti secondo gli Sciafiiti: *Minhāǵ*, II, 143.

Ma la " musāqāh " si applica anche alle coltivazioni erbacee (cereali, legumi), alle cucurbitacee (zucche, poponi ecc.) ed a certe piante industriali (rose, gelsomini, cotone, canna da zucchero). Una dottrina, considerando che la " musāqāh " è un contratto di eccezione, ammette le estensioni testè indicate solo nei casi in cui il proprietario non possa dare personalmente le cure necessarie alle sue coltivazioni, ed il raccolto, non essendo ancora in pieno sviluppo, sia esposto a soffrire per mancanza di quelle cure.

Non possono formare oggetto del contratto di " musāqāh " [89]:

a) le piante a produzione continua, quali il banano, salvo che sia determinata precisamente la durata del contratto, poichè altrimenti l'alea sarebbe eccessiva;

b) le piante di cui il frutto sia già maturo tanto da potersi vendere, perchè, non richiedendosi più nessuna cura per le piante, la quota di prodotti promessa al colono mancherebbe di causa e il contratto si ridurrebbe ad una locazione di opere;

c) le piante che non siano ancora in età da far frutto per qualche anno, perchè il lavoro del colono dovrebbe necessariamente rimanere senza compenso per il tempo che le piante metteranno a dar frutto, e, comunque, avrebbe un compenso aleatorio [90].

Se la piantagione comprende anche un tratto di terra seminativa (" arḍ bayḍā' " = terra bianca), questa può essere compresa nella " musāqāh ", mediante la stessa quota di prodotti che è assegnata al colono per la cura delle piante, e purchè il seme sia fornito dal colono, come era stato fatto dal Profeta per le terre di Ḫaybar [91]. Il proprietario può anche riservarsi il prodotto di quella terra, purchè la coltivi da sè. Nei due casi, occorre per la validità del contratto che le terre seminative in parola non eccedano il terzo della superficie totale del fondo. Ma il proprietario non può pattuire che il colono sia tenuto a coltivare quelle terre o che la coltivazione sia fatta da un terzo, riservando il prodotto al solo proprietario, perchè nei due casi questi verrebbe a profittare indebitamente dei lavori d'irrigazione eseguiti dal colono, senza che quest'ultimo ne ritragga verun vantaggio.

---

[89] *Mud.*, XII, 13 pr.; Ḫalīl, h. t., n. 1 e n. 22; *Minhāǧ*, II, 145, 146.

[90] *Mud.*, XII, 2, 20; *Muwaṭṭa'*, III, 166, 169; Ḫalīl, h. t., n. 6; Ibn 'Āṣim, v. 1103–1107; *Minhāǧ*, II, 143.

[91] È la così detta " muzāra'ah ", contratto di seminagione: vedasi § 144–145.

Non si può dare in affitto al colono la *terra bianca* compresa nella piantagione, concedendogli la piantagione stessa a titolo di " musāqāh ", poichè il colono verrebbe ad essere affittuario per una parte del fondo e colono parziario per il resto; la congiunzione di questi due contratti diversi e contraddittori sarebbe ragione di nullità per ambedue.

Il contratto d'irrigazione [92] può avere per oggetto più piantagioni diverse mediante la stessa quota di prodotti per il complesso di quei fondi, purchè tutti questi abbiano gli stessi prodotti, ovvero mediante una quota diversa per ognuno dei fondi considerato separatamente, quando i prodotti siano di specie diversa. Ma non si può conchiudere la " musāqāh " congiuntamente per due fondi diversi, stipulando una quota diversa per ciascuno, ad esempio un terzo dei prodotti per uno dei fondi ed una metà per l'altro; infatti uno dei fondi può dare un prodotto abbondante e l'altro darlo scarso, sicchè la parte spettante al colono rimarrebbe indeterminata tanto per l'uno che per l'altro, il che vizierebbe il contratto.

§ **150.** C). *Effetti della " musāqāh "* [93].

Il proprietario del fondo ha l'obbligo di mantenere in buono stato gli edifici, le opere d'irrigazione, gli scoli, i pozzi, i muri di cinta; a lui spetta pure provvedere alla sostituzione degli animali da lavoro malati o morti e al salario degli operai che si trovano sul fondo alla data del contratto. Non sarebbe valido il patto che imponesse al colono la sostituzione, a sue spese degli animali da lavoro.

Al colono spettano tutti i lavori relativi alla cura della piantagione (potatura, mondatura, fecondazione, irrigazione) nonchè alla coltivazione delle «terre bianche» o seminative ed al raccolto; secondo l'opinione prevalente tra i Malichiti, spetta pure al colono provvedere gli strumenti di lavoro, gli animali e gli operai, quando non si trovino già sul fondo al momento del contratto, nonchè al loro mantenimento ed al salario degli operai.

Il colono non è tenuto a fare nessun altro lavoro che non si riferisca alla cura delle piante ed alla coltivazione. Egli non può, secondo Malichiti e Sciafiiti, essere costretto a fare alcun lavoro permanente e che debba rimanere a vantaggio del proprietario, quale,

---

[92] *Mud.*, XII, 15–16; Ḫalīl, h. t., n. 7; Dasūqī, III, 477; *Minhāǧ*, II, 146.

[93] *Mud.*, XII, 4–7; *Muwaṭṭa'*, III, 167–170; Ḫalīl, h. t., n. 2, 3 in f. e nota 12, n. 13 e nota 44; Ibn 'Āṣim, v. 1108; D'ardīr–Dasūqī, III, 475, 478; *Minhāǧ*, II, 146, 147.

ad esempio, scavare un pozzo o coltivare un altro terreno che non sia quello compreso nel contratto. Tuttavia è valido il patto per cui venga imposto al colono l'obbligo di mantenere il muro di cinta e le cisterne, provvedere alle riparazioni delle siepi e ad altri lavori di lieve momento.

Il colono [94] può farsi sostituire da un'altra persona nella esecuzione dei lavori che a lui spettano, cedendo il suo contratto. Egli risponde del suo sostituto. Tuttavia il proprietario può opporsi a questa cessione, se il sostituto del colono non presenti gli stessi requisiti di onestà o di capacità, o se il proprietario abbia conchiuso la " musāqāh " in considerazione delle qualità personali del colono.

La divisione [95] dei frutti, nelle proporzioni stabilite dal contratto o dalla consuetudine, si fa in base al prodotto netto, cioè dopo prelevate le imposte legali (" zakāh " = decima) gravanti sulla terra o sui raccolti, salvo che il contratto ponga l'imposta a carico esclusivo di una delle parti.

§ **151.** Il contratto d'irrigazione prende fine:

1° colla risoluzione volontaria consentita di comune accordo tra le parti (" iqālah ") senza indennità da parte del proprietario [96];

2° per lo spirare del tempo stabilito o, mancando ogni altra determinazione, colla fine del raccolto;

3° per il perimento totale del fondo o del raccolto, o della maggior parte (cioè di quanto eccede il terzo) dell'uno o dell'altro [97];

4° per la morte o la sopravvenuta incapacità del colono ad adempiere gli obblighi assunti [98]. Le conseguenze, rispetto al colono, di questa sopravvenuta incapacità sono controverse tra i Malichiti. Secondo una dottrina, il colono perde ogni diritto a compenso: « Se il colono, dice Ibn Salmūn, non è più in grado di prestare il suo lavoro, quando il raccolto è prossimo a maturare, si venderà la parte che spetta al colono e si prenderà un operaio a sue spese, finchè siano finiti i lavori... Se il raccolto non è prossimo a maturare, il colono

---

[94] *Mud.*, XII, 8; Ḫalīl, h. t., n. 15.

[95] *Mud.*, XII, 12; Ḫalīl, h. t., n. 9; Dasūqī, III, 477, 478.

[96] Dardīr–Dasūqī, III, 478. La versione italiana di Ḫalīl, h. t., n. 14, va così corretta: [Il contratto si risolve] *per disdetta data di comune accordo impunemente* (cioè senza indennità data dal proprietario).

[97] *Mud.*, XII, 38; Ḫalīl, X, n. 193.

[98] *Mud.*, XII, 3, 8; Ḫalīl, h. t., n. 16, 17; Ibn Salmūn, II, 21; Tasūlī, II, 183; Dasūqī, III, 479. Gli Sciafiiti insegnano che, se il colono muore, i suoi eredi hanno diritto a succedergli nel contratto o ad impiegare degli operai per continuarlo a loro spese; *Minhāǧ*, II, 149.

potrà farsi sostituire da un operaio, a sue spese, oppure da un altro colono, che meriti la stessa fiducia. Se non trova un sostituto, le coltivazioni dovranno essere restituite al proprietario ed il colono non avrà nessun diritto (a compenso) ». Una dottrina meno rigorosa, professata da al-Laḫmī ed altri, insegna che il colono ha diritto, qualora debba abbandonare il lavoro per sopravvenuta incapacità, ad un compenso adeguato al lavoro eseguito, come l'operaio incaricato di scavare un pozzo a prezzo fisso, se deve interrompere l'opera dopo averne compiuta una parte, ha diritto ad un compenso proporzionato a quanto ha fatto [99].

La morte o l'insolvenza dichiarata del proprietario del fondo non è causa di risoluzione della " musāqāh ", la quale continua con i creditori dell'insolvente.

5° Per la risoluzione giudiciale: il proprietario del fondo ha facoltà di chiedere la risoluzione per l'inadempienza del colono [100].

Egli non può chiedere la risoluzione per altri motivi. Finchè il colono adempie ai suoi obblighi, nessun altro motivo può essere invocato dal proprietario per chiedere la risoluzione. « Se risulta, dice l'autore delle *al-'Amaliyyāt*, che il colono è un ladro od un uomo malvagio..., il proprietario potrà farlo sorvegliare, ma non risolvere il contratto, perchè il contratto non può essere sciolto finchè l'altro contraente adempie a quanto deve, e quelle circostanze sono degli inconvenienti che non impediscono l'adempimento; il proprietario ha un diritto solo, ed è di prendere le misure necessarie per tutelare i suoi interessi ». Qualora le cautele siano impossibili, il giudice potrà far sostituire il colono sospetto, dando il fondo a colonía per la parte che spetta al coltivatore [101].

SEZIONE III. — Contratto di piantagione (" muġārasah ") [102].

§ **152.** Un'altra varietà di associazione di capitale e di lavoro applicata all'arboricoltura prende il nome di " muġārasah " o " iġtirās " (da " ġarasa " = piantare) = « contratto di piantagione ».

---

[99] *Quid* se il colono fugge, abbandonando la coltivazione? Egli non perde i suoi diritti, secondo gli Sciafiiti, ma il proprietario può addebitarlo delle spese di opera occorrenti per compiere i lavori da lui abbandonati: *Minhāǧ*, II, 148.

[100] *Mud.*, XII, 14; Ḫalīl, h. t., n. 26; *'Amaliyyāt*, 242; Dasūqī, III, 482.

[101] Soluzione analoga degli Sciafiiti; *Minhāǧ*, II, 149.

[102] *Mud.*, XI, 194; XII, 23 pr.; XV, 167; Ḫalīl, XXVIII, n. 21 e nota 58; Ibn 'Āṣim, v. 1115 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 243; Tasūlī, II, 184 sg.; Mayyārah, II,

La " muġārasah ", dice Ibn 'Arafah, può essere una locazione d'opera o cottimo (*locatio operis* = " ġu'l "), od una locazione di opere (" iġārah " = *locatio operarum*), od una associazione (" ḏāt širkah "). Ha carattere di cottimo (*locatio operis*) quando il proprietario dice al lavoratore: « Pianta questo fondo a viti od a ulivi ecc., e per ogni pianta che crescerà, o che darà frutto, tu avrai tanto ». È invece locazione di opere (" iġārah ") quando il proprietario dice: « Pianta queste terre a viti od a ulivi ecc., ed avrai tanto, in danaro od in valori mobili; nel qual caso il lavoratore è pagato in proporzione del lavoro fatto ».

Queste sono forme improprie di " muġārasah ". La " muġārasah " propriamente detta è una forma di società agraria [103], cioè il contratto con cui il proprietario concede la sua terra nuda ad un colono, il quale si obbliga a piantarla ed a prestare le cure necessarie alle piante, col patto che, giunte le piante ad una certa età, oppure quando siano in grado di dar frutto, le piante e la terra saranno divise in certe proporzioni determinate tra il proprietario del fondo ed il lavoratore [104]. Un contratto analogo, e sottoposto alle stesse regole della " muġārasah ", è quello con cui taluno s'incarica dell'innesto (" taqlīm ") e dell'allevamento di certe piante (ulivi, carrubbi ecc.) [105].

§ **153.** Per poter contrarre la " muġārasah ", occorre che il concedente sia proprietario del fondo che è oggetto del contratto. Il semplice usufruttuario non può contrarla; ond'è che i fondi appartenenti ad una fondazione pia ("waqf " o " ḥubus ") non possono essere oggetto di " muġārasah ".

Per la validità del contratto si richiede:

1° che abbia per oggetto piante di alto fusto o per lo meno di lunga durata (cotone, zafferano) ed in certo modo permanenti;

2° che il termine stabilito [106] per la durata del contratto sia tale che le piante siano in grado di dar frutto o giungere ad un certo sviluppo; se il termine fosse troppo breve e tale che il colono non

---

115 sg.; Bannānī ad Zurqānī, VII, 59; Zeys, II, 125; *P. C. T.*, a. 1591 sg.; Tuwātī, p. 85–87; cf. *Maġallah*, a. 1444.

[103] al-Mattīṭī la considera come un contratto innominato, che partecipa della locazione di opera o cottimo (" ġu'l "), della locazione di opere (" iġārah ") e della società (" širkah "); Tasūlī, II, 185.

[104] Tasūlī, II, 184, 185, 190; Mayyārah, II, 110; Bannānī ad Zurqānī, VII, 59.

[105] Tasūlī, II, 188–189.

[106] Ibn 'Āṣim, v. 1116; Tuwātī, p. 85; Mayyārah, II, p. 116; Tasūlī, II, 186–187; *P. C. T.*, a. 1618 n. 4.

potesse ricevere la sua parte di piante, il contratto si risolverebbe in una locazione di opere, mentre, se il termine fosse troppo lungo ed eccedesse il tempo in cui le piante cominciano ad essere fruttifere, il colono riceverebbe una parte del prodotto, oltre la terra e le piante che gli spettano. Ma, siccome questi frutti erano inesistenti al momento del contratto, il colono si troverebbe ad aver locato l'opera sua per un compenso consistente in frutti inesistenti o non ancora maturi; e sappiamo già che i frutti non ancora maturi non possono essere oggetto di contratto perchè aleatori [107];

3° che le piante, oggetto del contratto, siano tutte della stessa qualità, per modo da dar frutto o da divenire adulte nello stesso tempo o, per lo meno, a breve intervallo le une dalle altre [108]; questo requisito però non è da tutti considerato essenziale;

4° che siano determinate le quote in cui verrà divisa la piantagione fra i due contraenti alla fine del contratto [109]. Il compenso del colono non può consistere se non in una quota determinata e indivisa della terra e delle piante (per es. una metà, un quarto ecc.). Qualora il compenso venisse stipulato in altra forma, per esempio in prodotti o in numerario, non si avrebbe più un contratto di piantagione, ma una locazione d'opera (cottimo) od una locazione di servigi (*locatio operarum*) per un salario determinato. Nè si può stipulare che il colono riceverà in compenso una certa parte di piante senza la terra, od una certa parte di terra senza le piante: un patto simile vizierebbe il contratto di piantagione in quanto tale, e questo sarebbe da considerare quale locazione d'opera (*locatio operis*).

La " muġārasah " è perfetta, avvenuto che sia il consenso delle parti. Ibn al-Qāsim esigeva inoltre, a questo effetto, l'inizio dei lavori per parte del colono e insegnava che le parti possono recedere dal contratto fino a tale inizio. La dottrina posteriore non aderisce a questa opinione [110].

La consuetudine esige però che la " muġārasah " sia stipulata per iscritto, e ciò si comprende, data la natura del contratto e la sua durata. L'atto di " muġārasah " deve enunciare la natura del fondo, l'indicazione delle specie di piante che sono oggetto del contratto, i mezzi di irrigazione di cui il fondo è provvisto, nonchè la parte

---

[107] Tasūlī, II, 185.
[108] Tasūlī, II, 187.
[109] Tasūlī, II, 185; Ibn ʿĀṣim, v. 1120; Mayyārah, II, 116; *P. C. T.*, a. 1597.
[110] Tasūlī, II, 190; *P. C. T.*, a. 1594.

assegnata in compenso al colono; il termine può anche essere taciuto, nel qual caso s'intenderà stipulato il termine necessario affinchè la pianta diventi adulta o sia giunta al punto da poter dare frutto; è questa la dottrina professata da Ibn Ḥabīb [111].

§ **154.** *Effetti del contratto.*

Ed ora vediamo gli obblighi che derivano dal contratto.

Il proprietario è tenuto alla manutenzione dei muri di cinta e delle siepi, nonchè a tutti i lavori che riguardano il regime delle acque e dei pozzi esistenti nel fondo [112].

Il " muġāris " o colono deve provvedere le piantine da mettere nel fondo, gli animali da lavoro e gli attrezzi e curare tutto il lavoro che esige la piantagione, cioè l'irrigazione, la potatura, gl'innesti e così via. Le piccole riparazioni sono pure a carico del colono.

Il colono non è tenuto a fare alcun lavoro estraneo a quanto esige la cura della piantagione [113]. Egli non è tenuto specialmente a fare alcun lavoro di costruzione, di escavazione di pozzi, od altro permanente; ogni patto che gl'imponesse di fare questi lavori sarebbe nullo, salvo che fosse stabilito un compenso speciale. E la ragione che ne danno i Malichiti è questa: « Non si può, dice al-Mattīṭī, imporre al colono di costruire intorno al fondo un recinto che richieda una spesa notevole, per causa dell'alea; poichè può avvenire che la piantagione non giunga a termine o sia distrutta prima di aver raggiunto il grado di sviluppo stabilito nel contratto; in questo caso, il fondo fa ritorno al suo proprietario, il quale lucrerebbe la sistemazione del terreno e le costruzioni fatte per il recinto, mentre il colono perderebbe la sua fatica. Ma se nel fondo esistessero cespugli che si possono tagliare senza grande fatica, si potrà pattuire che il colono faccia questo lavoro, come pure che faccia una siepe o scavi uno scolo per le acque » [114].

Il colono[115] può cedere il suo contratto, cioè sostituirsi un'altra persona nella esecuzione degli obblighi da lui assunti, cedendo al cessionario la quota che gli spetterebbe. In questo caso, egli risponde della persona che si è sostituita, ma s'intende che il padrone del

---

[111] Tasūlī, II, 185; *P. C. T.*, a. 1595, 1597.
[112] *P. C. T.*, a. 1601–1602.
[113] *P. C. T.*, a. 1604; Ibn ʿĀṣim, v. 1119.
[114] Mayyārah, II, 116; Tasūlī, II, 186.
[115] Tasūlī, II, 187–190; *P. C. T.*, a. 1605.

fondo può sempre opporsi alla sostituzione, se il sostituto non è di suo gradimento.

Il colono può anche vendere la propria quota al proprietario stesso. Ma ciò non è ammesso dovunque; a Fās, la cessione fatta dal colono non ha efficacia [116].

Il colono non ha diritto a compenso finchè l'opera sua non sia compiuta.

Quando le piante cominciano a dar frutto od hanno raggiunto l'età stabilita nel contratto, la terra e le piante appartengono in comune al proprietario ed al colono ed ognuno dei soci può chiederne la divisione [117]. Non importa che tutte le piante diano frutto od abbiano raggiunto il loro completo sviluppo. Basta che la maggior parte della piantagione sia giunta a quel punto. La comunione o la divisione si applicano anche alle piante che non sono ancora fruttifere o non sono ancora adulte; esse vengono considerate come accessori.

Quando gli alberi adulti e quelli che non lo sono costituiscono due gruppi distinti la divisione si applica a quelli che sono già adulti; il colono deve continuare a dare le sue cure alle altre, finchè abbiano raggiunto il necessario sviluppo.

La divisione viene fatta generalmente a cura di periti, i quali dividono la piantagione in due parti perfettamente uguali e poi estraggono a sorte.

Se durante il periodo assegnato al contratto la piantagione perisce per intero, o in gran parte, per cause fortuite [118], se le piante si disseccano o il frutto non allega, il perimento è a carico del colono, il quale non ha nulla da ripetere dal proprietario; ma egli ha diritto di rinnovare il contratto, onde tentare un altro esperimento. Se invece il sinistro o infortunio avviene quando il contratto è prossimo al suo termine e le piante sono già quasi adulte, il colono avrà la scelta fra dividere la terra e quanto rimane delle piante nelle proporzioni stabilite dal contratto o rinnovare il contratto per un altro periodo uguale. Se invece il caso fortuito ha colpito una piccola parte della

---

[116] Tasūlī, II, 190. È controverso se la cessione fatta dal colono dia luogo alla " šuf'ah "; Tasūlī, *ibid.*

[117] *P. C. T.*, a. 1608; Tasūlī, II, 185–187; Tuwātī, 85; *'Amaliyyāt*, 244.

[118] *P. C. T.*, a. 1610; Ibn 'Āṣim, v. 1117; *'Amaliyyāt*, 244; Tasūlī, II, 185, 186; *P. C. T.*, a. 1613.

piantagione, il colono avrà diritto alla sua parte nella piantagione intera.

Il contratto di piantagione si estingue:

1° per la risoluzione consentita di comune accordo tra le parti;

2° per lo spirare del tempo per il quale il contratto è stato fatto. Questo termine scade sempre, come già si è detto, nel momento in cui le piante sono divenute adulte ovvero cominciano a dar frutto;

3° per l'impossibilità di esecuzione[119], quando il colono muore o si trova nell'impossibilità di eseguire il suo contratto. In caso di morte, gli eredi hanno la scelta tra continuare il lavoro intrapreso dal loro autore o, se non possono, recedere dal contratto senza compenso. In caso d'impedimento, il colono può farsi sostituire da un altro colono. Se non trova modo di farsi supplire, la piantagione viene restituita al proprietario ed il colono non ha diritto ad alcun compenso. Una dottrina più equa vuole che al colono sia concesso un compenso proporzionato al lavoro fatto ed alle spese sostenute; se l'impedimento sopravviene in un momento in cui le piante sono prossime a raggiungere il loro completo sviluppo, il colono avrà diritto alla parte stipulata nel contratto.

Il proprietario del fondo può chiedere la rescissione in caso d'inadempienza del colono non dipendente da forza maggiore, ma da negligenza o cattiva volontà[120]. Il "qāḍī", che pronuncia la rescissione, nomina dei periti, i quali stimano il valore del lavoro eseguito dal colono ed il compenso che può spettargli.

Tal'è il contratto di piantagione, che in sostanza, anche per il nome, corrisponde alla enfiteusi dei Greci e ne è, evidentemente, una riproduzione[121]. In questa forma, esso ha reso eminenti servigi all'agricoltura in Oriente, ed anche oggi, in Tunisia, è ragione di prosperità in molte regioni che, trent'anni fa, erano deserte, ed ora sono coperte di dense foreste di ulivi, piantati e cresciuti con questo sistema. In Tripolitania[122] la "muġārasah" è generalmente diffusa, sotto l'impero del diritto malichita, ivi dominante; con provvido pensiero, essa è stata introdotta, or sono parecchi anni, nel Codice eritreo.

Non è senza interesse rilevare che la "muġārasah" si trova anche nella antica legislazione italiana: il contratto *ad partionem*,

---

[119] *P. C. T.*, a. 1614; Tasūlī, II, 187, 190.
[120] *P. C. T.*, a. 1615.
[121] *Digest.*, 27, 9, 3 § 4 (*ius implantandi*).
[122] *La Tripolitania Settentrionale*, II, 141.

studiato dallo Schupfer e dal Simoncelli parecchi anni or sono, presenta precisamente i caratteri essenziali della "muġārasah" islamica; i più frequenti esempi se ne trovano nelle Carte napoletane, specialmente in terra di Salerno, e sono per lo più del 10° secolo [123].

CAPITOLO IV.

Accomenda ("qirāḍ" o "muḍārabah") [124].

§ **155.** Si chiama "qirāḍ" dai Malichiti e Sciafiiti, e "muḍārabah" dai Ḥanafiti [125] e talvolta anche dagli Sciafiiti, una forma di associazione tra capitale e lavoro applicata al commercio. I Ḥanafiti la considerano quale una società in partecipazione: «La "muḍārabah" è un contratto di società negli utili tra un capitalista che somministra il capitale ed un altro contraente che somministra il suo lavoro» [126]. Secondo gli Sciafiiti, al pari dei Malichiti [127], è un contratto *sui generis* misto di locazione d'opera e di società, con prevalenza della locazione d'opera. Ibn 'Arafah lo definisce: «Il "qirāḍ" è la consegna di un capitale ad una persona affinchè questa lo impieghi in operazioni di commercio, mediante una parte degli utili, purchè non sia contratto con espressioni (che implicano) una locazione d'opera». Ḫalīl dà la seguente definizione: «Il "qirāḍ" è il mandato conferito ad una persona di negoziare con un capitale in numerario rimesso dal capitalista al mandatario, mediante una

---

[123] Schupfer, *Nuova Antologia*, 3ª serie, vol. 8, p. 580; Simoncelli, *Riv. Ital. per le Scienze Giuridiche*, vol. VI (1888), p. 78 sg.

[124] *Muwaṭṭa'*, III, 155 sg.; *Mud.*, XII, 76 sg.; XV, 148, 150; Ḫalīl, XXVII; Dardīr–Dasūqī, III, 454 sg.; Ḫiršī, VI, 203 sg.; Zurqānī–Bannānī, VI, 213 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1150 sg.; Mayyārah, II, 128 sg.; Tasūlī, II, 204 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 322 sg.; Zeys, II, n. 523 sg.; *P. C. T.*, a. 1375 sg.; Sciafiiti: Širāzī, 73 sg.; *Waǵīz*, I, 221 sg.; *Minhāǵ*, II, 132 sg.

[125] "qirāḍ" da "qaraḍa", tagliare, resecare, perchè il capitalista separa e in certo modo *reseca* dal suo patrimonio il capitale che somministra all'agente; "muḍārabah" da "ḍaraba fī 'l–arḍ", spesso usato nel *Corano* (II, 274; III, 150 ecc.) nel senso di «viaggiare, perlustrare un paese», perchè infatti l'attività dell'agente consiste specialmente nel viaggiare per conto della società.

[126] *Maǵallah*, a. 1404; *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 275.

[127] *Muwaṭṭa'*, III, 156; Ḫalīl, h. t., n. 1; Dardīr–Dasūqī, III, 454; Ḫiršī, VI, 202–203; *Minhāǵ*, II, 133. Sulle controversie della nostra antica giurisprudenza intorno alla natura della commenda: Casaregis, *de Commercio*, Disc. 29, n. 1–8.

quota dei guadagni attribuiti al mandatario... ». A loro volta gli Sciafiiti definiscono il " qirāḍ " o " muḍārabah ": « La consegna a taluno di una somma in danaro affine d'impiegarla a commerciare, il guadagno essendo per conto comune » [128].

Questa forma di associazione è antichissima, è anzi la forma precipua di associazione commerciale nota agli Arabi preislamici [129]. Nel Ḥiǵāz era la base della vita economica del paese: le carovane qoreiscite, che tutti gli anni partivano dalla Mecca per portare le loro merci sui mercati del confine siriano, erano formate con questo sistema: i grandi capitalisti, cui si univano per somme minori i possessori di piccoli capitali, fornivano le somme necessarie all'acquisto della merce, per lo più prodotti arabi, pelli, uva passa, incenso ecc., e i loro agenti la trasportavano sui vari mercati del Limes romano, Boṣrà, Gaza ecc., donde le carovane tornavano cariche di cereali, di olio, di prodotti provenienti dall'India e dagli empori del Golfo Persico, che rivendevano con ingenti profitti sui mercati arabi.

Anche l'Occidente europeo ha conosciuto il " qirāḍ " che da noi prende il nome di *commenda*, *commendatio*, forma primitiva di quella che fu poi la società in accomandita. Negli statuti di Genova prima, poi in quelli di Pisa, di Firenze, il contratto presenta precisamente i caratteri del " qirāḍ ": capitale in danaro, ed eccezionalmente in merci, affidato da un *commendator*, o *socius pecuniae*, ad una persona chiamata *tractator*, o agente, allo scopo di negoziare con quel capitale in proprio nome, mediante una parte degli utili. La proibizione canonica dell'usura ha contribuito a dare alla commenda una grande diffusione in Europa, come in Oriente la proibizione musulmana del " ribā "; i capitali, i quali non potevano essere collocati a frutto, trovavano nella *commenda* un impiego lucroso e lecito, poichè le leggi canoniche non osteggiavano la commenda; è molto interessante trovare nei nostri statuti la raccomandazione d'impiegare una parte dei beni dei pupilli sotto forma di commenda per non lasciarli inoperosi, quando si legge nell'*al-Muwaṭṭa*' di Mālik la stessa raccomandazione fatta a nome del Profeta [130].

---

[128] *Minhāǵ*, II, 132.

[129] *Muwaṭṭa*', III, 156; cf. Ibn Sa'd, III, 1°, 41; Ibn Hišām, 119, 469 ecc.; passim in Lammens, *Une république marchande* (1910, rielaborato in *La Mecque à la veille de l'hégire*, Beyrouth 1924).

[130] *Muwaṭṭa*', III, 156.

SEZIONE I. — Elementi essenziali del " qirāḍ ".

§ **156.** Gli *elementi costitutivi* (" arkān ") del " qirāḍ " sono:

1° *I contraenti*, cioè: *a*) il sovventore del capitale (" rabb al-māl ") o accomandante (*commendator*, *socius* dei nostri statuti); *b*) l'agente o gerente (" 'āmil " = *tractator* dei nostri statuti).

2° *l'oggetto*, cioè il capitale (" ra's al-māl ", detto anche " qirāḍ ", come il contratto stesso);

3° *la forma* (" ṣīġah ") o dichiarazione della volontà dei contraenti di costituire il " qirāḍ ".

A) *I contraenti*. — Per costituire il " qirāḍ ", si richiede nel sovventore del capitale la capacità di costituire società, cioè di conferire mandato. Non si richiede la stessa capacità nell'agente: il padre può contrarre un " qirāḍ " col proprio figlio, benchè in tutela, il padrone col proprio schiavo [131].

Il Musulmano può contrarre " qirāḍ " col non Musulmano, ma questa associazione vien considerata riprovevole (" makrūh "), per il pericolo che il socio infedele possa implicare il Musulmano in operazioni non consentite dalla legge islamica.

B) *L'oggetto* o capitale[132]. — Il capitale può consistere solo in una somma determinata in numerario [133], non in effetti mobili o in derrate o in polvere d'oro (" tibr "), nei luoghi ove questa ha corso di moneta; infatti la variabilità di valore di quelle materie sarebbe ragione d'indeterminatezza del capitale così costituito e quindi di alea. il " qirāḍ ", contratto ammesso per eccezione e solo perchè giustificato dall'esempio del Profeta e dei suoi Compagni, deve interpretarsi restrittivamente, come ogni eccezione, e nell'esempio tratto dalla vita del Profeta, il capitale consisteva solo in numerario. A questo pertanto bisogna attenersi.

Nello stesso ordine d'idee non si può, invece di capitale in contanti, rimettere all'accomendato un credito, dandogli mandato di

---

[131] Ḫalīl, h. t., n. 17 e not. 62; Dardīr-Dasūqī, III, 461; Ḫiršī, VI, 211.

[132] *Mud.*, XII, 88; Ḫalīl, h. t., n. 1, 2, 4, 6, 15 e not. 56; Dasūqī, III, 455-457; Ḫiršī, VI, 204-207; *'Amaliyyāt*, 322; Ibn 'Aṣim, v. 1152; *P. C. T.*, a. 1376; *Minhāǵ*, II, 132.

[133] Può consistere *nel danaro che ho in una di queste due borse?* questione controversa presso gli Sciafiiti; *Minhāǵ*, l. c.

riscuoterlo, o verghe di metallo, incaricando l'accomendato di venderle, perchè ciò costituirebbe una locazione d'opera ("ǵu'l"), non un " qirāḍ ", ed inoltre l'accomandante farebbe un lucro illecito profittando gratuitamente dell'opera dell'agente per compiere quelle operazioni.

Quando i fondi si trovassero già in mano dell'agente per un altro titolo, basterà il semplice consenso delle parti perchè, mutando il titolo del suo possesso, l'agente li possieda a titolo di capitale del " qirāḍ " ? I Ḥanafiti ammettono questo costituto possessorio quale equivalente al pagamento effettivo del capitale del " qirāḍ " all'agente. I Malichiti lo vietano, perchè vi ravvisano un facile mezzo per dissimulare, sotto forma di accomenda, negozi usurari vietati dalla legge [134]. Infatti, si supponga, ad esempio, che Sempronio, debitore di Tizio, gli chieda una proroga per pagare quanto deve; Tizio vi consente, ma mediante un benefizio; per dissimulare questo mutuo fruttifero, Tizio costituisce a Sempronio un " qirāḍ ", in cui il capitale è rappresentato dal debito di questo e gl'interessi del mutuo dalla quota di utili dovuti all'accomandante Tizio. Il " qirāḍ " è quindi vietato nella specie finchè Sempronio non abbia regolarmente pagato quanto deve a Tizio, il quale è poi libero di costituirsi un " qirāḍ " con quel danaro.

C) *Forma* [135]. — L'espressione del consenso a costituire il " qirāḍ " deve essere esplicita. Il " qirāḍ " è uno dei pochi contratti formali del diritto malichita.

La quota assegnata al gerente sugli utili dev'essere determinata nel contratto; non può consistere in una somma fissa, poichè ciò tramuterebbe il contratto in locazione d'opera. Il compenso del gerente dev'essere sempre stabilito in una quota proporzionale degli utili netti (per es. un terzo, un quarto ecc.). Le parti possono, d'altronde, stabilire quella quota secondo loro piace, e anche mutare, dopo terminate le operazioni sociali, quella già concordata, appunto perchè nel " qirāḍ " il contributo dei soci è talmente diverso, che non si può esigere l'assoluta uguaglianza nella ripartizione dei bene-

---

[134] *Mud.*, XII, 88; *Muwaṭṭa'*, III, 157, 162; Ḫalīl, h. t., n. 2 (1); Dasūqī, III, 455; Ḫiršī, VI, 204; *P. C. T.*, a. 1378.

[135] *Muwaṭṭa'*, III, 157–158; *Mud.*, XII, 89; Ḫalīl, h. t., n. 1, 3 e 8, n. 10; n. 39; Dardīr–Dasūqī, III, 454, 458, 459; Ḫiršī, VI, 209, 210; Ibn 'Āṣim, v. 1151, *Minhāǵ*, II, 134.

ficî. La determinazione della quota spettante all'agente può anche risultare dalla consuetudine, quando non risulti dal contratto.

Non si può, tuttavia, stabilire nel contratto che gli utili spetteranno per intero ad uno dei contraenti o ad un terzo determinato, perchè con ciò il contratto muterebbe natura e non sarebbe un " qirāḍ ", ma si risolverebbe, secondo i casi, in un mutuo o in un mandato o in una donazione pura.

Al " qirāḍ " non può essere apposto un termine, appunto perchè, avendo per scopo delle operazioni di commercio, non è possibile assegnare a queste una durata fissa. Se si ponesse un termine *ad quem*, il contratto si risolverebbe in un mandato di comprare, dato all'agente, cioè in una specie di commissione, ed a lui spetterebbe il compenso assegnato ai suoi pari nei casi analoghi [136].

D) *Perfezione del contratto* [137]. — Alla perfezione del contratto occorre il consenso delle parti sulla costituzione del " qirāḍ " e la consegna effettiva del capitale all'agente. Ma, benchè perfetto in virtù del consenso, il " qirāḍ " non diventa, per ciò solo, *obbligatorio* (" lāzim "); diventa obbligatorio solo quando l'agente abbia effettivamente iniziato le operazioni che sono oggetto della società o si sia messo in viaggio per iniziarle; finchè non sia avvenuto questo principio di esecuzione, tanto l'agente quanto l'accomandante possono recedere dal contratto, appunto come nella società agricola il contratto è risolubile da parte di ciascuno dei contraenti finchè i soci non abbiano posto mano ai lavori. Il " qirāḍ " è, come la società agricola, di quei contratti che sono *obbligatori* solo *in virtù della esecuzione* (" lāzim bi-'l-fi'l ").

In caso di dissenso tra le parti, cioè se prima dell'inizio delle operazioni il capitalista afferma che, sborsando il danaro, egli aveva inteso fare un deposito od un mutuo, mentre l'agente sostiene che si tratta di un'accomenda (" qirāḍ "), farà fede quanto afferma il capitalista, e l'agente, che, malgrado ciò, inizia le operazioni, lo fa a suo rischio e pericolo [138].

---

[136] Ḫalīl, h. t., n. 3 (c); Ibn 'Āṣim, v. 1153; *Minhāǧ*, II, 133, 134.

[137] *Mud.*, XII, 118, 128; *Muwaṭṭa'*, III, 158; Ḫalīl, h. t., n. 36 e not. 120; XIX, n. 150: Dardīr-Dasūqī, III, 469; Ibn 'Āṣim, v. 1151; Tasūlī, II, 204; Ibn Salmūn, II, 24; Mayyārah, II, 129; *P. C. T.*, a. 1378; *Minhāǧ*, II, 132-33, 135.

[138] *Mud.*, XII, 91, 126-127; Ḫalīl, h. t., n. 40.

SEZIONE II. — Effetti del contratto.

§ **157.** L' accomandante[139] o capitalista (" rabb al-māl ") non ha alcuna ingerenza nell'amministrazione della società e, salvo il diritto di partecipare agli utili, è come un terzo estraneo rispetto alle operazioni di questa. Non può alienare alcuno dei valori appartenenti alla società; può comprare dall'agente una cosa appartenente al fondo sociale, purchè la vendita sia fatta regolarmente ed a giusto prezzo; risponde, come un terzo, del danneggiamento dei beni della commenda a lui imputabili; può ricevere in deposito dal gerente i valori facenti parte del capitale sociale, di cui il gerente continua a conservare il possesso giuridico, malgrado il deposito fatto in mano all'accomandante.

L'amministrazione[140] del capitale del " qirāḍ " spetta unicamente al gerente (" ʿāmil = agente). Qualunque ingerenza del capitalista accomandante avrebbe per effetto di annullare il contratto di " qirāḍ " come tale, poichè ne muterebbe la figura giuridica. E uguale effetto avrebbero le restrizioni imposte all'agente rispetto alla sua gestione, per esempio, di negoziare in una certa specie di merci e non in altre, o solo con una certa persona, od in una determinata stagione, o in un dato luogo, ad esclusione di altri. Poichè in tutti i casi precitati il "qirāḍ" muterebbe natura e si convertirebbe, secondo le circostanze, sia in un mandato speciale, sia in una locazione di opere (" iǵārah " = *locatio-conductio operarum*). Si ammette tuttavia che l'accomandante collochi, presso l'agente, un suo schiavo salariato, come impiegato o assistente, non già come sorvegliante.

Solo l'agente[141] ha facoltà, pertanto, di fare gli atti relativi al commercio della società, di comprare e vendere le merci sociali, o di permutarle, di restituire per vizio redibitorio le merci acquistate,

---

[139] Ḫalīl, h. t., n. 20, 24, 27, 38 (*h*); Dardīr-Dasūqī, III, 461; Ḫiršī, VI, 213; *Minhāǵ*, II, 132.

[140] *Muwaṭṭa'*, III, 157; *Mud.*, XII, 87, 112, 115; Ḫalīl, h. t., n. 4 (1-2), n. 3 (g), n. 6, n. 14; Dardīr-Dasūqī, III, 456, 457; Ḫiršī, VI, 207-209; *P. C. T.*, a. 1380, 1381, 1398; *Minhāǵ*, II, 133.

[141] *Muwaṭṭa'*, III, 157; Ḫalīl, h. t., n. 13, 16, 21, 22 (3-4); Dardīr-Dasūqī, III, 458, 460, 461; Ḫiršī, VI, 208, 209, 211, 213; *P. C. T.*, a. 1380; *Minhāǵ*, II, 135, 137.

dar mandato, costituire e ricevere pegni, stare in giudizio tanto come attore quanto come convenuto negli affari da lui conchiusi per conto sociale. Egli non ha facoltà, tuttavia, di vendere a credito, di costituire un'accomenda coi fondi sociali, se non vi sia specialmente autorizzato dal contratto[142]. Possono anche essergli vietati, nel contratto, certi atti considerati rischiosi, quali il viaggiare di notte, il trafficare in un certo genere di prodotti o di merci soggetti a repentine variazioni di prezzo ecc. Queste restrizioni sono ammesse dai giuristi, in quanto non modificano la natura del contratto di accomenda nè la libertà di azione del gerente, rispetto alla ordinaria amministrazione.

Il gerente[143] non può fare alcuna liberalità senza autorizzazione speciale, salvo gli abbuoni o tolleranze usitati in commercio.

Il gerente[144] non può senza autorizzazione speciale intraprendere operazioni per un valore eccedente il capitale sociale; se, per esempio, compra a termine, sia in suo nome sia in nome dell'azienda sociale, delle merci per un valore superiore al capitale del " qirāḍ ", l'operazione rimane a suo rischio per quanto eccede il capitale del " qirāḍ "; a cagion d'esempio, supponendo che il capitale sia di 100 e che il gerente acquisti merci per un valore di 150, di cui 100 in contanti e 50 a credito, l'operazione resta per conto dell'agente, tanto per le perdite come per gli utili, per quanto corrisponde ai 50.

È vietato al gerente[145] di assumere l'amministrazione di un'altra accomenda senza il consenso del primo accomandante. Non gli è però vietato d'incaricarsi della gestione dei capitali appartenenti ad altre persone, quando possa farlo senza danno dell'accomenda a lui affidata; ha pure facoltà di negoziare coi propri capitali e per suo conto personale. Tuttavia, se si possa temere che, operando esclusivamente per conto dei terzi, l'agente possa far dànno sia agl'interessi di questi sia a quelli dell'accomenda, producendo un rialzo od un ribasso a pregiudizio sia degli uni sia degli altri, l'agente sarà tenuto

---

[142] Un'accomenda fatta coi capitali di un'altra accomenda sarebbe invalida, secondo gli Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 135.

[143] *Muwaṭṭa'*, III, 161; *Mud.*, XII, 124, 125; Ḫalīl, h. t., n. 16 e not. 59, n. 33–34 e not. 43 e 111; *P. C. T.*, a. 1382.

[144] *Muwaṭṭa'*, III, 160; Ḫalīl, h. t., n. 13 e n. 25; Dardīr–Dasūqī, III, 460; Ḫiršī, VI, 210; *P. C. T.*, a. 1383; *Minhāǧ*, II, 137.

[145] *Mud.*, XII, 102, 103, 108; Ḫalīl, h. t., n. 12, 26; Dasūqī, III, 459, 460, 464; Ḫiršī, VI, 210; *P. C. T.*, a. 1384–1385.

a fare una massa comune dei capitali a lui affidati, operando per conto di tutti gl'interessati.

L'agente deve adempire personalmente al suo mandato [146], nè può prendere un socio per coadiuvarlo negli affari dell'accomenda, perchè è in lui personalmente, e non in altri, che l'accomandante ha riposto la sua fiducia.

Oltre al lavoro d'amministrazione propriamente detto, l'agente non può esser tenuto a prestare alcuna opera manuale, salvo quelle piccole prestazioni che sono necessarie per il disbrigo degli affari sociali [147].

Egli deve [148] dare un conto esatto delle operazioni da lui fatte e delle somme spese e incassate, e risponde, secondo le regole del mandato, delle perdite imputabili a sua colpa. Sarebbe, per esempio, colpa imputabile l'aver agito in modo non conforme all'uso commerciale, l'acquisto di una cosa *extra commercium*, la compra d'uno schiavo che l'accomandante fosse costretto ad affrancare, per essere parente stretto dello schiavo, quando risultasse che l'agente era consapevole di questa parentela. L'agente non risponde del perimento per caso fortuito; il patto contrario è controverso. Potrebbe esserne responsabile tuttavia:

a) quando sia imputabile a sua colpa;

b) o risulti da una contravvenzione ad un patto espresso del contratto.

Il gerente ha diritto d'imputare sul capitale o sugli utili le spese e le anticipazioni da lui fatte, in occasione degli affari di cui è incaricato, nonchè le spese dei viaggi fatti nell'interesse dell'accomenda, nei limiti di quanto è ragionevole ed equo [149]. Non può invece farsi rimborsare le spese fatte nel proprio interesse e quelle estranee alla sua gestione, quali, ad esempio, le sue spese personali di pellegrinaggio, di matrimonio, di malattia, le spese della propria famiglia, gli affrancamenti ed altre liberalità da lui fatte, i viaggi intrapresi nel

---

[146] Ḫalīl, h. t., n. 22 (3) e not. 71.

[147] *Muwaṭṭa'*, III, 160; Ḫalīl, h. t., n. 4, 7, e not. 31; Dardīr–Dasūqī, III, 457, 458; *Minhāǧ*, II, 138.

[148] *Mud.*, XII, 92, 93, 124, 125; Ḫalīl, h. t., n. 22, 33, 66; Dardīr–Dasūqī III, 461–462, 466–467; Ḫiršī, VI, 214, 219; Tasūlī, II, 205; *P. C. T.*, a. 1386–1387.

[149] *Mud.*, XII, 92–94; *Muwaṭṭa'*, III, 160, 165; Ḫalīl, h. t., n. 32, n. 35–36; Dardīr–Dasūqī, III, 465, 469; Ḫiršī, VI, 217–221; *P. C. T.*, a. 1390; *Minhāǧ*, II, 138.

proprio interesse od in quello di terzi estranei all'accomenda. Se il viaggio è stato fatto in parte nell'interesse dell'agente ed in parte in quello della società, la spesa sarà da ripartire in proporzione. Egli deve essere addebitato del valore delle cose da lui adoperate a proprio vantaggio o da lui acquistate coi fondi dell'accomenda per proprio uso.

Gli utili netti [150], dopo dedotte le spese e le perdite, sono divisi tra l'agente e l'accomandante, nelle proporzioni stabilite dal contratto; in mancanza di patto speciale relativo agli utili, s'intende che le parti abbiano inteso rimettersi alla consuetudine del luogo [151]. Se gli agenti sono più d'uno, la quota degli utili che spetta all'agente viene divisa tra loro in proporzione del lavoro compiuto da ciascuno, come nelle società cooperative.

I rimborsi [152] dovuti al gerente e la quota di utili a lui spettante [153] fanno carico al capitale sociale e sono da prelevarsi da questo. Quindi, se il capitale sociale è perito od insufficiente a rimborsare il gerente, questi non ha azione contro l'accomandante per ripetere quanto gli è dovuto [154]. E così sorge il concetto di un capitale spettante alla società in quanto tale, concetto da cui verrà più tardi quello della società quale persona giuridica diversa dalla persona dei soci. Le scuole [155] cominciano a svolgere queste idee in applicazioni feconde, considerando la " muḍārabah " quale distinta dai soci che la costituiscono; si ammette, per esempio, che il gerente possa affidare il capitale all'accomandante stesso, come ad un terzo estraneo, per eseguire un'operazione determinata per conto della società, e che il capitalista possa contrarre, come un estraneo, colla società cui ha somministrato i fondi.

---

[150] *Muwaṭṭa'*, III, 162; *Mud.*, XII, 90; Ḫalīl, h. t., n. 28, 31, e not. 88, n. 3 (h); Ḫiršī, VI, 216; *P. C. T.*, a. 1391; *Minhāǧ*, II, 133–134, 138–139.

[151] È controverso tra gli Sciafiiti se sia valido il " qirāḍ " così formulato: « Ti prendo a socio di " qirāḍ " e tutto il benefizio sarà per te ».

[152] I prodotti delle piante, i parti degli animali, i lucri fatti dagli schiavi sono da computare tra i profitti del " qirāḍ " ovvero spettano all'accomandante e non fanno parte degli utili commerciali ? Questione controversa tra gli Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 139.

[153] Ḫalīl, h. t., n. 28–30; *P. C. T.*, a. 1393.

[154] Così pure nella commenda, secondo i nostri Statuti.

[155] Ḥanafiti: *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 288; Qāḍī Ḫān, III, 166, 169; Malichiti: *Mud.*, XIV, 153; Ḫalīl, XXVII, § 20; Dasūqī, III, 461.

§ **158.** L'agente è tra le persone che la legge considera fiduciari (" umanā' "); e per questa qualità di fiduciario la sua affermazione fa fede:

1° rispetto al perimento dei valori che gli sono affidati, salvo che esso sia imputabile a sua colpa [156];

2° rispetto all'esistenza stessa del " qirāḍ "; in altri termini, quando, a operazione compiuta, il capitalista sostiene che intendeva conchiudere solo un contratto di locazione d'opera (" ġu'l ") o di commissione, mentre l'agente giura trattarsi di un vero e proprio contratto di accomenda, l'affermazione giurata dell'agente fa fede [157];

3° rispetto alla quota di utili promessa all'agente: per esempio, se il capitalista afferma che questa quota era di un quarto, mentre l'agente sostiene che era di un terzo, prevale l'affermazione giurata dell'agente, purchè verisimile, date le circostanze, ed inoltre purchè il capitale del " qirāḍ " sia ancora in suo possesso. Qualora quell'affermazione non sia verisimile, prevale l'affermazione giurata del capitalista [158]. In diritto sciafiita si deferisce il giuramento alle due parti e, se ambedue lo prestano, il giudice assegna al gerente quanto sarebbe dovuto in una locazione d'opera per un lavoro uguale a quello da lui fatto [159];

4° rispetto all'ammontare del capitale che gli è stato affidato, quando ciò non risulti da atto scritto o altra prova legale [160];

5° rispetto alle spese ed alle anticipazioni che l'agente dice di aver fatto del proprio o coi fondi somministrati da un terzo, nel l'interesse della società, e purchè quelle affermazioni siano verisimili [161];

6° rispetto alle perdite subìte nelle operazioni sociali, salvo la prova contraria, che l'accomandante ha sempre facoltà di fare [162].

---

[156] *Muwaṭṭa'*, III, 163; Ḫalīl, h. t., n. 38 (a); Ibn 'Āṣim, v. 1155; Dardīr-Dasūqī, III, 470–471; Ḫiršī, VI, 223–224.

[157] Ḫalīl, h. t., 38 (d–e); Ibn 'Āṣim, Dardīr, Ḫiršī, ll. cc.; *P. C. T.*, a. 1397.

[158] *Muwaṭṭa'*, III, 163; *Mud.*, XII. 90–91; Ḫalīl, h. t., 38 (h), 39 (a); Ibn 'Āṣim, Dardīr, Ḫiršī, ll. cc.; *P. C. T.*, a. 1397.

[159] *Minhāǧ*, II, 142.

[160] *Mud.*, XII, 127; Ḫalīl, h. t., nota 129; *Minhāǧ*, II, 142.

[161] *Mud.*, XII, 128; Ḫalīl, h. t., n. 29 (g).

[162] Ḫalīl, h. t., n. 38 (b); *Minhāǧ*, II, 141.

SEZIONE III. — Fine del " qirāḍ ".

§ **159.** Il contratto di " qirāḍ " prende fine:

1° Per il recesso di una delle parti, prima dell'effettivo inizio delle operazioni[163]. Abbiamo visto infatti che ognuno dei contraenti può recedere dal contratto, finchè non siamo cominciate le operazioni che erano scopo del " qirāḍ ".

2° Per la risoluzione pronunciata dal giudice in caso di dissenso tra le parti sull'opportunità di liquidare le operazioni sociali, e più precisamente: quando, essendo terminate le operazioni in corso e divenuto liquido il capitale, un contraente ritenga opportuno sciogliere la società e da lui dissentano gli altri interessati, il giudice ha facoltà, a richiesta della parte, di ordinare la liquidazione della società e la divisione del fondo sociale[164].

3° Per la morte del gerente[165]: questa non produce *ipso jure* lo scioglimento della società; gli eredi hanno il diritto, qualora sieno persone degne di fiducia ("umanā' "), al pari del loro autore, di continuare le operazioni da lui iniziate o, quando non siano persone degne di fiducia, di trovare un sostituto avente gli stessi requisiti di onestà e capacità che possedeva il defunto. Non potendo assumere direttamente la gestione nè trovare un sostituto idoneo, gli eredi sono tenuti a rinunciare alla società, rimettendo l'attivo disponibile all'accomandante senza diritto a verun indennizzo, perchè nell'accomenda, come nella *locatio operis* o cottimo (" ġu'l") il compenso è dovuto all'imprenditore solo dopo il compimento del lavoro ch'era oggetto del contratto[166].

La morte del capitalista produce lo scioglimento del " qirāḍ ", perchè il " qirāḍ " implica un mandato, che si estingue colla morte del mandante; il gerente può tuttavia continuare le operazioni in corso, ma dal momento in cui riceve la notizia della morte gli è vie-

---

[163] Ḫalīl, h. t., n. 36 e nota 120; Dardīr–Dasūqī, III, 469–470; Ḫiršī, VI, 223; *P. C. T.*, a. 1401.

[164] Ḫalīl, h. t., n. 36 e not. 123; Ḫiršī, VI, 223.

[165] Gli Sciafiiti aggiungono la demenza e la perdita di conoscenza (deliquio = " iġmā' ").

[166] *Mud.*, XII, 130; *Muwaṭṭa'*, III, 161; Ḫalīl, h. t., n. 37; Ḫiršī, VI, 223; Dardīr–Dasūqī, III, 470; *P. C. T.*, a. 1403.

tato d'intraprendere nuove operazioni e sopporta il rischio in caso di contravvenzione [167].

Terminato che sia il contratto [168], il gerente è tenuto a restituire al capitalista, assieme al conto, il capitale da questo somministrato, il quale deve essere prelevato prima di ogni ripartizione degli utili.

Il gerente essendo un fiduciario, la sua affermazione giurata basta a far fede della restituzione del capitale sociale, qualora questo capitale gli sia stato rimesso senza testimoni all'uopo chiamati od altra prova legale. Se invece gli è stato rimesso mediante atto scritto o dinanzi a testimoni, il gerente è liberato solo se dimostra, nella stessa forma, di avere effettuato la restituzione del capitale a chi lo ha somministrato (cf. *Digest.*, 50, 17, 35). La stessa regola si riscontra nel mandato e nella società.

---

[167] Ḫalīl, h. t., n. 22, not. 70; *P. C. T.*, a. 1404.

[168] *Mud.*, XII, 128; XV, 148, 150–151; Ḫalīl, h. t., n. 38 (c): Dasūqī, III, 470; *P. C. T.*, a. 1395; *Minhāǧ*, II, 142.

LIBRO XI

CONTRATTI DI CUSTODIA O GESTIONE DEI BENI ALTRUI

TITOLO I.

Mandato [1] (" wakālah " o " wikālah ").

CAPITOLO I.

Il mandato propriamente detto.

SEZIONE I. — Concetto ed elementi essenziali del mandato.

§ **160.** Ibn 'Arafah [2] definisce il mandato: « La facoltà che l'investito di un diritto (" ḏū ḥaqq "), che non è di sovranità nè di culto (cioè di un diritto d'interesse privato), conferisce ad un altro di sostituirlo nell'esercizio di quel diritto (facoltà), che non è subordinato alla morte (del mandante) ». La prima parte di questa definizione esclude il mandato pubblico, conferito dal Principe ai giudici e agli altri funzionari aventi missione di rappresentarlo, e l'incarico che l' " imām " o direttore della preghiera dà ad un'altra persona di sostituirlo temporaneamente in quell'ufficio; colle ultime parole Ibn 'Arafah ha inteso escludere dalla definizione l'esecutore testamentario, il quale è bensì un mandatario, ma acquista questa qualità solo dopo la morte di chi lo ha costituito. In sostanza, il mandato

---

[1] Buḫārī, *wakālah* (Krehl, II, p. 60 sg.); *Mud.*, X, p. 75 sg.; Ḫalīl, XX (*Mandato*); Zurqānī, VI, 72 sg.; Ḫiršī, VI, 68 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 274 sg.; Tasūlī, I, p. 188 sg.; Mayyārah, I, 129 sg.; *'Amaliyyāt*, 255 sg.; Ibn Farḥūn, I, 121, 139; *Waǵīz*, I, 188 sg.; Širāzī, p. 68; *Minhāǵ*, II, 55 sg.; Sachau, p. 423 sg.; 'Abdu 'r-Raḥīm (trad. Cimino), p. 392 sg.; *P. C. T.*, a. 1245 sg.

[2] Ḫalīl, h. t., n. 1 e note 1-2; Ḫiršī, VI, 68.

implica la sostituzione di un altro a sè nella esecuzione di quanto il mandante potrebbe fare personalmente: *potest quisque per alium quod potest per semet ipsum.*

Il mandato è un contratto di buona fede come il deposito: " al-wakālāt amānāt " « i mandati sono di fiducia », dicono i giuristi [3], e nel " ḥadīṯ " il Profeta annovera tra i giusti, che possono fare assegnamento sulle ricompense celesti, il mandatario che amministra esattamente i beni del mandante e ne eseguisce fedelmente le istruzioni [4].

§ **161.** Gli elementi essenziali (" arkān ") del mandato sono [5]:

A) i subietti, cioè:

a) il mandante (" muwakkil ");

b) il mandatario (" wakīl ");

B) l'oggetto del mandato (" al-muwakkal fīhi ");

C) la forma (" ṣīġah ") o espressione della volontà di costituire e di accettare il mandato.

A) *I subietti* [6]: (" al-muwakkil " = mandante; " wakīl " = mandatario). — Può dar mandato ogni libero, pubere e *sui juris* (" mukallaf "), capace di disporre dei diritti o di compiere gli atti che sono oggetto del mandato.

Perciò non possono dar mandato, quando ne sono oggetto valori patrimoniali, l'interdetto (" maḥǵūr 'alayhi ") e lo schiavo [7].

È controverso se si richieda la stessa capacità contrattuale nel mandatario. Prevale l'opinione che il mandato non può essere conferito a chi non è *sui juris* e incapace di compiere quegli atti nel proprio interesse [8]. Ma Ibn Rušd e con lui una dottrina autorevole insegnano che il mandatario può anche essere un incapace, purchè il mandante abbia saputo, al momento in cui dava il mandato, che

---

3 Cf. Tasūlī, I, 190.

4 Buḫārī, *wakālah*, n. 16.

5 Dardīr, III. 331.

6 Ibn 'Āṣim, v. 274; Tasūlī, I, 189–190; Mayyārah, I. 129–131; 'Adawī ad Ḫiršī, VI, 39; Zurqānī, V, 8; *'Amaliyyāt*, 257–258; Ḫalīl, h. t., not. 2; *Minhāǵ*, II, 55.

7 S'intende che, trattandosi di diritti personali, per esempio, di risoluzione del matrimonio per vizio redibitorio o violenza, di alimenti ecc., anche una donna può dar mandato: cf. Tasūlī, I, 189; chi è in stato di " iḥrām " (condizione di pellegrino) non può dar mandato di contrarre matrimonio.

8 Sciafiiti: Il mandatario dev'essere capace di compiere personalmente gli atti che sono oggetto del mandato: *Minhāǵ*, II, 54.

il mandatario non era *sui juris*, perchè non si può impedire ad una persona che gode della pienezza dei suoi diritti di affidare i proprî interessi a chi meglio crede. Comunque, di fronte ai terzi, il mandante non può prevalersi della mancanza di capacità del suo mandatario per impugnare gli atti posti in essere da quest'ultimo in virtù del mandato, anche se il mandante affermi che ignorava l'incapacità del mandatario, perchè colui che ha avuto l'imprudenza di affidare i suoi affari ad un incapace non può prevalersi di questa incapacità, anche se a lui ignota, di fronte a chi ha trattato col mandatario munito di regolare procura.

Alcune restrizioni in materia di mandato hanno motivo religioso o morale:

1. Il Musulmano non può costituire suo mandatario un Infedele per affari di commercio, per la stessa ragione per cui si vieta la società di un Musulmano con un Infedele, e ciò pel timore che il mandatario miscredente implichi il Musulmano in operazioni contrarie alla legge islamica (commercio di vino, mutui ad interesse ecc.). Viceversa il Musulmano fa cosa riprovevole (" makrūh ") se accetta di essere mandatario dell'Infedele, perchè « l'Islām dev'essere sempre superiore » (*Cor.*, IV, 140), e sarebbe una specie di diminuzione l'essere agli ordini d' un Infedele[9].

2. Non si può dar mandato di riscuotere un credito o di procedere in giudizio ad un nemico del debitore o del convenuto, anche se l'inimicizia fosse soltanto di ordine religioso, per esempio, quella tra Cristiani ed Ebrei, o tra Musulmani e Cristiani od Ebrei [10].

B) *Oggetto del mandato* (" al-muwakkal fīhi "). — Oggetto del mandato [11] può essere qualunque fatto lecito e determinato, patrimoniale o non patrimoniale (per esempio, compra-vendita, riscossione o pagamento, rappresentanza in giudizio, conclusione o risoluzione

---

[9] *Mud.*, IX, p. 50; XIII, 99; Ḫalīl, h. t., n. 11; Ibn ʿĀṣim, v. 275; Tasūlī, I, 190; Dasūqī, III, 339; Il " ḥadīṯ " (Buḫārī, *wakālah*, n. 2) è meno rigoroso e ammette il mandato conferito ad un non musulmano " ḥarbī ". Così i Ḥanafiti: Ḥamawī ad Ibn Nuǵaym, II, 143; *P. C. T.*, a. 1247.

[10] *Mud.*, XIV, 158, 159; Ḫalīl, l. c. e nota 66; Dasūqī, l. c.

[11] Buḫārī, *wakālah*, n. 3-6, 9, 13; *Mud.*, V, 21; Ḫalīl, h. t., n. 1; Dasūqī, III, 333; *Minhāǵ*, II, 57.

sione o risoluzione di matrimonio, confessione giudiciale) [12], che una persona potrebbe fare personalmente [13].

Il mandato può essere conferito nell'interesse esclusivo del mandante, od in quello del mandante e del mandatario congiuntamente, come avviene quando taluno incarica il proprio creditore di percepire gli affitti di un immobile appartenente al mandante, e ciò fino a pagamento del suo credito. Il mandato può conferirsi anche nell'interesse del mandante e di un terzo: per esempio, il mandato conferito al procuratore *ad litem* si considera dato nell'interesse non del solo *dominus litis*, ma del terzo, cioè della parte avversa. Finalmente, il mandato può essere esclusivamente nell'interesse del mandatario: così il mandato conferito al debitore di liberare se stesso, quello che il marito dà alla moglie di sciogliere il proprio matrimonio qualora egli sposasse un'altra donna o volesse condurre la moglie fuori del luogo ove hanno stabilito la loro residenza.

Non può essere oggetto di mandato [14]:

a) un fatto fisicamente impossibile o troppo indeterminato. Così, mentre si può dar mandato di comprare « un cavallo », « uno schiavo abissino », non avrebbe efficacia il mandato di comprare « un animale », senz'altra determinazione, od « uno schiavo » in generale;

b) un atto turpe o contrario alla legge, per esempio commettere un omicidio, dare un ripudio nella forma del " ẓihār " (Lib. V, § 34) o del " li'ān " (V, § 36), o in tempo indebito, per esempio nel periodo mestruale, contrariamente alla " Sunnah " (V, § 29);

c) un fatto che ciascuno deve eseguire personalmente, e non per procuratore, per esempio proferire un giuramento, compiere un'abluzione rituale od il rito della preghiera [15]; invece si può dar mandato di compiere il pellegrinaggio, quando l'obbligato ne sia impedito da giusti motivi, per esempio una malattia grave.

---

[12] E perfino l'applicazione d'una pena capitale pronunciata dall'autorità legittima: Buḫārī, *wakālah*, n. 13.

[13] Sciafiiti: Oggetto del mandato dev'essere una cosa o fatto di cui il mandante può attualmente disporre: è inefficace il mandato di vendere un oggetto di cui si spera avere la proprietà in avvenire, di ripudiare una moglie che il mandante ha intenzione di sposare: *Minhāǧ*, II, 56.

[14] Ḫalīl, h. t., n. 3, cf. n. 1 in f.; Tasūlī–Tāwudī, I, 189; Dardīr–Dasūqī, III, 333; *Minhāǧ*, II, 56, 58–59; *P. C. T.*, a. 1251–1252; cf. *Digest.*, 17, 1, 6 § 3, 22 § 6; *Inst.*, III, 26, 7.

[15] Sciafiiti: emettere una confessione giudiciale: *Minhāǧ*, II, 57.

C) *Forma.* — Il mandato [16] è un contratto puramente consensuale e non richiede termini solenni; basta l'enunciazione della volontà del mandante di conferire il mandato e quella del mandatario di accettarlo, in qualunque modo espressa, anche per gesti, se uno dei contraenti è muto o affetto da malattia che gli impedisca di parlare. Il consenso può anche essere tacito: quando uno vende una cosa appartenente ad un'altra persona, presente quest'ultimo e senza che egli si opponga, benchè nulla gli impedisca di manifestare il suo dissenso, il silenzio vale mandato. E così quando colui che ha ricevuto un mandato lo eseguisce senz'altro, l'esecuzione vale accettazione tacita.

In certi casi il mandato può anche essere presunto: il marito il quale tratta abitualmente gli affari della moglie, il fratello il quale amministra i beni da lui posseduti in comune colla sorella sono mandatari presunti o taciti, salvo consuetudine o prova contraria, la quale può risultare anche dalle circostanze, per esempio se i coniugi sono notoriamente in cattivi rapporti.

In caso di contestazione [17] fa fede l'affermazione giurata del mandante quanto alla esistenza del mandato od al suo oggetto: per esempio, se il mandante afferma che aveva ordinato di costituire un pegno, mentre il mandatario dice che aveva ordine di vendere.

SEZIONE II. — Effetti del mandato tra le parti.

§ **162.** Il mandato può essere generale o speciale.

Il mandato speciale [18] (" wakālah muqayyadah ") è quello che vien dato per uno o più affari determinati, per esempio: vendere una casa del mandante, riscuotere un certo suo credito, rappresentarlo in giudizio; o che conferisce solo poteri speciali.

Il mandato speciale non conferisce al mandatario altri poteri se non quelli specificati nell'atto che lo costituisce, e le loro conseguenze necessarie, secondo la natura dell'affare e la consuetudine

---

[16] Ḫalīl, h. t., n. 4; Zurqānī, V, 49; Dasūqī, IV, 401; III, 333; Ibn 'Āṣim, v. 278; Tasūlī, 1, 192, 202, 205, 206; *P. C. T.*, a. 1253, 1254; *Minhāǧ*, II, 59.

[17] *Mud.*, X, 78, 87, 88; Ḫalīl, h. t., n. 24 e note 99–100; Dardīr–Dasūqī, III, 345.

[18] *Mud.*, IV, 41–42; IX, 49; X, 76, 83, 84; Ḫalīl, h. t., n. 6; Ibn 'Āṣim, v. 295; Tāwudī–Tasūlī, I, 191–193, 201–202; Dasūqī, III, 334; Mayyārah, I, 131; *Minhāǧ*, II, 60.

(" 'urf "). Così il mandato di vendere non implica la facoltà di riscuotere il prezzo, quando si tratta d'immobili, perchè l'acquisto in generale non viene pagato in contanti, mentre lo implica se oggetto della vendita è una cosa mobile, essendo consuetudine del commercio che il mandatario riscuota anche il prezzo di vendita. Colui che è incaricato di comprare si presume pure incaricato di ricevere la consegna della cosa comprata, ed anche, se vi scopre un vizio redibitorio, di restituirla. Invece, l'incaricato di riscuotere un credito non può intentare l'azione giudiziaria contro il debitore in caso di non pagamento. Il mandato di ricercare uno schiavo fuggitivo non comprende la facoltà di rivendicarlo da chi lo detiene.

Una specie assai importante di mandato speciale è il mandato *ad lites* (" wakālat al-ḫiṣām "); ma questo troverà sede più opportuna nella procedura.

§ **163.** Il mandato generale [19] (" wakālah mufawwaḍah, wakālat at-tafwiḍ, wakalah 'āmmah "), dev'essere espresso e conferisce al mandatario la facoltà di amministrare gli affari del mandante senza limitazione. Si dice anche mandato generale quello che conferisce al mandatario pieni poteri per agire in un affare determinato o in una certa categoria di affari; il mandato generale *ad lites*, per esempio, dà facoltà al mandatario di rappresentare il mandante in qualunque luogo o presso qualunque giurisdizione.

Qui si presenta una questione controversa. Quando taluno dà mandato in questi termini: «Tu sei mio mandatario», «Ti costituisco mio mandatario» (" wakkaltuka "), senz'altra determinazione, quale sarà la portata di questo incarico? La Scuola di Medina, seguíta da Ḫalīl nel suo Compendio, insegna che il mandato così espresso è nullo, perchè troppo indeterminato [20]. La Scuola malichita spagnuola, con Ibn Rušd, ritiene che un mandato dato in questa forma vale procura generale e comprende tutti gli affari del mandante. « Il mandato, dicono gli Spagnuoli, quando è corto è lungo, quando è lungo è corto » (" al-wakālah in qaṣurat ṭālat wa in ṭālat qaṣurat ").

Comunque, il mandatario generale può fare, purchè si attenga alle regole di una buona amministrazione, tutti gli atti di qualunque

---

[19] *Mud.*, X, 84; XIV, 11; Ḫalīl, h. t., n. 5; Dasūqī, III, 333, 334; Ibn 'Āṣim, v. 278; Tasūlī, I, 191-193; Mayyārah, I, 131-132; cf. *Digest.*, 3, 3, 1 § 1, 63; 4, 4, 25 § 1; *P. C. T.*, a. 1263, 1264.

[20] Così anche la Scuola sciafiita: *Minhāǧ*, II, 58.

genere relativi agli interessi del mandante; così il mandatario generale *ad lites* può anche transigere, purche ciò sia nell'interesse del *dominuslitis*.

Qualunque sia l'ampiezza dei suoi poteri, il mandatario generale non può, tuttavia, senza speciale autorizzazione, dar ripudio alla moglie del mandante, dar marito alla figlia nubile di lui, vendergli la casa di abitazione o lo schiavo di fiducia.

§ **164.** Il mandatario è tenuto ad adempiere personalmente il suo mandato [21]. Ma nell'applicare questa regola, conviene distinguere il mandato speciale dal mandato generale.

Di regola il mandatario speciale (" wakīl maḫṣūṣ ") non ha facoltà di sostituirsi altre persone nell'esecuzione del mandato, salvo i casi seguenti:

1° che il mandante lo abbia espressamente autorizzato alla sostituzione;

2° che il mandatario, per la sua posizione sociale o per il suo ufficio, sia persona tale da non potere accudire personalmente agli affari di cui è incaricato;

3° che l'affare sia tale da doversi presumere in chi ne abbia avuto l'incarico la facoltà di sostituire; per esempio, se l'azienda da amministrare richieda la presenza del mandatario in più luoghi diversi o sia talmente vasta che un solo individuo non vi possa bastare.

Quando il mandato è generale (" mufawwaḍ "), la facoltà di sostituire s'intende concessa al mandatario, ma egli risponde della sua scelta (*culpa in eligendo*), salvo che il mandante abbia approvato la sostituzione.

La Scuola di al-Qayrawān non distingue per questo rispetto il mandato generale dal mandato speciale e vuole che la facoltà di sostituire debba sempre essere espressa nel mandato [22]. D'altronde, in questa materia, la consuetudine del luogo ha grande importanza nella interpretazione del mandato [23].

---

[21] *Mud.*, IX, 51; Ḫalīl, h. t., n. 14 e note 74–76; Dasūqī, III, 340; Ibn ʿĀṣim, v. 280–281; *ʿAmaliyyāt*, p. 262; Tāwudī-Tasūlī, I, 194–195; Mayyārah, I, 132; *P. C. T.*, a. 1271–1274; *Minhāǧ*, II, 62.

[22] Così gli Sciafiiti.

[23] Il tutore testamentario (" waṣī "), riguardo alla facoltà di sostituire, è equiparato al mandatario generale; il tutore dativo (" muqaddam al-qāḍī ") al mandatario speciale: Tasūlī, I, 195.

Il sostituto risponde direttamente verso il mandante, al pari dello stesso mandatario [24].

È controverso, nella dottrina, se sia nulla o solamente rescindibile la sostituzione fatta dal mandatario il quale non ne aveva la facoltà.

Quando vi sono più mandatari costituiti per uno stesso affare, si presume che essi siano autorizzati ad agire separatamente, salvo che il mandante abbia espresso il contrario o che siano stati costituiti congiuntamente [25].

I mandatari rispondono solidariamente, quando il mandato è congiunto od è per sua natura indivisibile.

§ **165.** Il mandatario è tenuto [26] ad eseguire il mandato secondo le regole di una buona amministrazione e risponde della mancanza di quella diligenza che è consueta negli affari, ad esempio se paga un debito del mandante senza farsi dare quietanza dal creditore, se presta i capitali del mandante senza cautele sufficienti, se paga senza esigere la prova del debito, se, incaricato di vendere un oggetto o di rimettere un deposito od un pegno, trascura di procurarsi la prova legale della consegna, se acquista una cosa affetta da vizio redibitorio (salvo che questo sia lieve o si tratti di profittare d'una occasione favorevole), se acquista a prezzo notevolmente superiore al prezzo corrente, se compra uno schiavo che il mandante dovrà subito affrancare, perchè a lui congiunto da vincoli di stretta parentela, se implica il mandante in operazioni illecite per un Musulmano e che il mandante non solo può, ma deve rifiutare di riconoscere.

Anche il mandatario generale è costretto a queste regole. Chi conferisce un mandato generale, anche amplissimo, si presume che abbia inteso dare al mandatario non la facoltà di fare e disfare a capriccio, ma quella di curare gli interessi del mandante secondo le regole di una buona amministrazione: sarà quindi da esaminare caso per caso se l'atto del mandatario generale sia di buona amministrazione (" 'alà 'n-naẓar ") o se non lo sia. Il mandatario generale non fa atto valido se non quando amministra nell'interesse bene

---

[24] Il sostituto è mandatario del mandatario, se ha avuto facoltà di sostituire a sè; quando invece il primo mandante ha detto: « Ti do facoltà di sostituire nel mandato che ti ho dato », o semplicemente « di sostituire », il sostituto è mandatario del primo mandante (Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 62-63).

[25] *Mud.*, V, 69; Ḫalīl, h. t., n. 21; *P. C. T.*, a. 1269.

[26] *Mud.*, X, 76; XI, 168; XII, 123; XIII, 70; XIV, 36; Ḫalīl, h. t., n. 8, 13bis, 16, 17 e note 83-85; Dardīr-Dasūqī, III, 343, 335; Tasūlī, I, 201, 193; Ibn Farḥūn, II, 166; *P. C. T.*, a. 1275; *Minhāǧ*, II, 60, 61.

inteso del mandatario — noi diremmo quando amministra da buon padre di famiglia — e quindi non sarà da approvare se vende per cinquanta ciò che correntemente vale cento, se loca l'immobile del mandante per un affitto pagabile in derrate o in cose mobili, perchè è consuetudine di locare i fondi per danaro (cf. Ḫalīl, XXIX, n. 83). Anche se il mandato sia dato in termini di un'ampiezza inusitata, e per esempio: « Ti do mandato di fare quanto è di buona amministrazione ed anche ciò che non è » (" wakkaltuka 'alà 'n-naẓar wa ġayr an-naẓar ")[27], esso non può conferire il potere di fare gli atti di pura prodigalità nè gli atti per sè illeciti, perchè non si può dar mandato di fare ciò che è contrario alla legge o alla morale. Anzi una dottrina autorevole contesta la validità di un mandato conferito in quella forma.

In caso di contestazione intorno alle modalità del mandato, per esempio se il mandante sostiene di aver dato ordine d'acquistare una cosa diversa da quella comprata dal mandatario o di vendere per un prezzo diverso da quello consentito dal mandatario, fa fede l'affermazione giurata di quest'ultimo [28].

§ **166.** Il mandante [29] non è tenuto agli atti posti in essere dal mandatario oltre il suo mandato o contrariamente alla consuetudine del commercio. In altri termini, egli può rifiutare quegli atti oppure ratificarli. Tuttavia, non può rifiutare la sua ratifica se il mandatario, pur contravvenendo alle istruzioni ricevute, ha migliorato la posizione del mandante[30]: e per esempio, se il mandatario ha comprato a termine ciò che aveva ordine di comprare per contanti, se ha pagato otto quanto aveva facoltà di pagare dieci, se per la stessa somma che aveva facoltà di pagare ha acquistato una quantità di merci superiore o migliore [31].

---

[27] Cf. Ḫalīl, h. t., n. 5. S'intende per atto di *buona amministrazione* " 'alà 'n-naẓar " ciò che aumenta il patrimonio, di *non buona amministrazione ciò che lo diminuisce*; quindi un simile mandato comprenderebbe anche gli atti gratuiti.

[28] Ḫalīl, h. t., n. 24 e note 99–100; Dardīr–Dasūqī, III, 345, 346.

[29] Abū Dā'ūd, III, 172; *Mud.*, X, 77, 82; Ḫalīl, h. t., n. 8–9 e note 54–59; Dardīr–Dasūqī, III, 336–337; *Minhāǧ*, II, 64–65, 69; cf. *Digest.*, 17, 1, 5 § 5.

[30] Tuttavia, se il mandante gli ha tassativamente prescritto un certo limite, il mandatario non può contravvenire, anche se con ciò migliorasse la posizione del mandante (Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 64).

[31] Se ha acquistato per lo stesso prezzo una quantità maggiore di quella prescritta, ma inferiore per qualità, per es. se, essendo autorizzato a comprare una pecora, ne abbia acquistato due, ma di qualità *inferiore*, il mandante non è tenuto a riconoscere l'acquisto (Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 64).

E così il mandante non potrà rifiutare la sua ratifica all'opera del mandatario se questi, dopo il contratto e senza istruzioni in proposito, si è fatto dare un pegno od una cauzione, perchè, dice Ibn Salmūn, ha acquistato una sicurtà di più, ed ha così migliorato la condizione del mandante. Tuttavia, siccome la custodia del pegno importa una certa responsabilità, la dottrina vuole che il rischio ne spetti al mandatario, finchè il mandante non abbia ratificato il suo operato.

Il mandante non può rifiutare la sua ratifica se la differenza fra le istruzioni del mandatario e il suo operato sia lieve e tale da potersi ammettere secondo l'uso del commercio o del luogo.

La ratifica del mandante equivale al mandato [32].

Il mandante non può ratificare l'operato del mandatario quando si tratti di operazioni contrarie ai precetti del diritto musulmano [33]; per esempio:

a) il mandante affida un capitale al mandatario ordinandogli di concludere un " salam " (acquisto con pagamento anticipato) per certe merci; il mandatario fa invece un acquisto a " salam " di derrate alimentari. Il mandante non può ratificare, perchè ciò sarebbe contrario alla regola che non si può estinguere un debito mediante un altro debito [34]. Infatti il mandatario, avendo trasgredito alle istruzioni ricevute, è divenuto usurpatore (" muta'addī "), ed a questo titolo responsabile della somma a lui affidata; egli non può estinguere questo suo debito cedendo l'obbligazione a termine assunta verso di lui dal debitore per " salam ";

b) il mandante ha affidato un capitale al mandatario per concludere un " salam ", indicandogli una certa somma; il mandatario conclude il " salam ", ma per somma assai superiore. Il mandante non può ratificare per la stessa ragione testè indicata.

Il mandatario deve eseguire con diligenza il suo mandato [35] e non oltrepassare le istruzioni ricevute. « Il mandatario, dice Ibn Rušd, deve di regola attenersi ai limiti espressi nel suo mandato ».

---

[32] *Mud.*, IX, 49, 52; Buḫārī, *wakālah*, n. 10; Ḫalīl, h. t., n. 8.

[33] *Mud.*, IX, 51–53; Ḫalīl, h. t., n. 12 e n. 15; Ḫiršī, VI, 80; Dasūqī, III, 343 e 341.

[34] Ḫalīl, X, n. 60.

[35] *Mud.*, X, 185, 186; Dardīr–Dasūqī, III, 334; *P. C. T.*, a. 1265; Ibn 'Āṣim, v. 284; Mayyārah, I, 134; Tāwudī–Tasūlī, I, 196–197; *Minhāǧ*, II, 61, 63–64.

È vietato al mandatario di acquistare sia direttamente, sia per mezzo di persone sottoposte alla sua autorità o aventi con lui rapporti d'interesse (per esempio, il suo socio), le cose che è incaricato di vendere per il mandante, salvo che il mandante sia presente nel luogo ed autorizzi il contratto. Ma non gli è vietato di vendere quelle cose alla propria moglie od al proprio figlio, se questi è *sui juris*, od al suo schiavo emancipato per contratto (" mukātab "), perchè quelle persone hanno un patrimonio indipendente ed una personalità giuridica propria [36].

§ **167.** Il mandatario [37] è tenuto a render conto al mandante di quanto ha fatto nell'interesse di quest'ultimo, a giustificare le spese fatte ed a restituire al mandante quanto ha ricevuto per occasione del mandato.

Di regola, il mandatario, in quanto è un fiduciario, fa fede se afferma di aver restituito al mandante le cose ricevute da quest'ultimo o per suo conto, salvo che gli siano state consegnate con ricevute o dinanzi a testimoni, nel qual caso il mandatario deve far la prova legale di quanto afferma.

Queste regole, accolte da Ḫalīl come prevalenti, sono tuttavia assai controverse nella Scuola malichita:

a) Una scuola distingue il mandatario generale o con pieni poteri dal mandatario speciale. Il mandatario generale è un fiduciario (" amīn ") per quanto riguarda sia il rendimento dei conti e le spese che asserisce di aver fatte, sia rispetto alle cose che dice di aver restituite al mandante, e la sua affermazione fa fede, purchè sia verisimile e conforme alla consuetudine, e sia scorso breve tempo dalla esecuzione del mandato. Quando sia già scorso un certo tempo (un anno, per es.), occorre che l'affermazione del mandatario sia corroborata da giuramento.

Invece il mandatario speciale è tenuto a giustificare le spese che dice di avere fatte ed a provare la restituzione delle cose che asserisce di aver reso al mandante.

b) Un'altra dottrina non distingue il mandatario generale dal mandatario speciale, e, applicando la stessa regola ad ambedue,

---

[36] *Mud.*, IX, 50; Ḫalīl, h. t., n. 13; Dardīr–Dasūqī, III, 340; *Minhāǧ*, l. c.

[37] *Mud.*, X, 87–88; XIII, 35–36; XV, 149; Ḫalīl, h. t., n. 17 bis, 20; Dardīr–Dasūqī, III, 343; Ḫiršī, VI, 81; Ibn 'Āṣim, v. 298 sg.; Tasūlī, I, 188, 203; Mayyārah, I, 140; *'Amaliyyāt*, 264; Zurqānī, VIII, 203; Tuwātī, 245, 247; *P. C. T.*, a. 1280; *Minhāǧ*, II, 65, 72.

insegna che al mandatario è dovuta fede, qualora sia già trascorso un certo tempo dalla data in cui dice di aver fatto la restituzione o le spese. Infatti il tempo trascorso e la fiducia che in lui aveva riposto il mandante, conferendogli il mandato, sono una duplice presunzione in suo favore. Qualora invece il tempo trascorso sia breve, il mandatario sarà tenuto a giurare per giustificare le sue affermazioni.

c) Un terzo sistema vuole che in tutti i casi il mandatario sia tenuto al giuramento.

S'intende che tutte queste dottrine presuppongono la puntuale esecuzione del mandato da parte del mandatario. Chè se invece gli si possa imputare la trasgressione del mandato (" ta'addī") o altra specie di colpa, egli non sarebbe da considerare fiduciario (" amīn "), ma dovrebbe rispondere *ex capite culpae*, senza il beneficio delle presunzioni cui si è accennato.

§ **168.** Il mandatario [38] risponde, alla stregua del depositario, delle cose ricevute per occasione del mandato e della loro custodia; non risponde del perimento per forza maggiore:

Egli risponde anche della forza maggiore;

a) qualora sia in mora a consegnare le cose che doveva restituire al mandante;

b) o risulti il suo dolo: per esempio, se ha negato di aver ricevuto quanto doveva consegnare al mandante e risulti che effettivamente l'ha ricevuto, non gli gioverà la prova ch'egli faccia del perimento.

Le regole che precedono riguardo al rendimento di conto del mandatario ed alla sua responsabilità vanno intese in modo meno rigoroso quando si tratti di mandatari che rappresentano persone della propria famiglia [39]. Le speciali condizioni della vita orientale richiedono spesso l'intervento del fratello, del marito o di altro parente stretto nella gestione dei beni che appartengono alle donne loro congiunte. Si comprende perciò che questa categoria di mandatari sia astretta ad un resoconto meno rigoroso e che le affermazioni del mandatario facciano fede, con o senza giuramento, secondo le circostanze, circa la restituzione delle cose dovute al mandante.

§ **169.** *Effetti rispetto al mandante.*

Il mandante è tenuto, dal canto suo:

---

[38] *Mud.*, XII, 84; XIII, 36; Ḫalīl, h. t., n. 18 e nota 90, 17 bis e nota 87-88; Dardīr-Dasūqī, III, 343; Ḫiršī, VI, 81; *Minhāǧ*, II, 65, 71.

[39] Ibn 'Āṣim, v. 306-309; Tāwudī-Tasūlī, I, 204-206.

1° A rimborsare al mandatario le spese ed anticipazioni da questi effettuate per eseguire il suo mandato [40].

2° Ad esonerarlo dagli obblighi contratti ed a risarcirlo delle perdite eventualmente sofferte in occasione del suo mandato [41].

L'applicazione richiede tuttavia qualche maggiore chiarimento. Se, dopo conchiuso un acquisto, il mandante consegna al suo mandatario la somma necessaria a pagare il venditore e la somma perisce senza colpa del mandatario, il mandante rimane debitore del prezzo verso il venditore, finchè non sia effettivamente avvenuto il pagamento. Ma se, prima del contratto, il mandante ha consegnato al mandatario quanto occorreva per fare l'acquisto, in caso di perimento della somma il mandante può scegliere tra due soluzioni: pagare una seconda volta oppure lasciare l'acquisto per conto del mandatario, il quale risponde del pagamento, perchè il mandante, avendo consegnato la somma al mandatario prima del contratto, ha per così dire individuato il prezzo pel quale intendeva comprare, divenuto così una *res certa* (" 'ayn ") rispetto a lui e, perito questo, egli non è più tenuto ad altro.

3° Il mandato [42] è essenzialmente gratuito; ma non sarebbe contraria alla natura del mandato la promessa di un compenso, segnatamente quando il mandatario fa professione di accudire agli affari che sono oggetto del mandato (per es. se abitualmente s'incarica di rappresentare le parti in giustizia o di esigere i crediti), ovvero sia consuetudine di dare una retribuzione in quei casi.

È pertanto obbligo del mandante di pagare al mandatario il compenso pattuito o quello stabilito dalla consuetudine [43].

Senonchè è pur da considerare, in questi casi, la forma in cui è stato conchiuso il mandato. I Malichiti distinguono il mandato concluso sotto forma di locazione di opere (*locatio operarum*) da quello che prende forma di locazione d'opera (" ǵu'l " = *locatio operis*), cioè di promessa di ricompensa per un lavoro da compiersi. Nel

---

[40] *P. C. T.*, a. 1287.

[41] *Mud.*, X, 78; XII, 123; Ḫalīl, h. t., n. 19 e note 91–92; Ḫiršī, VI, 82; Dardīr–Dasūqī, III, 344; *P. C. T.*, a. 1287.

[42] Buḫārī, *wakālah*, n. 1; Ḫalīl, h. t., n. 28 e nota 120; Zurqānī–Bannānī, VI, 91; VIII, 201–202; Ḫiršī, VI, 86; Dasūqī, III, 348; *P. C. T.*, a. 1258 e nota.

[43] Così nel caso della tutela, che è un mandato gratuito; ma il *Corano* (IV, 5–6) e la pratica invalsa concedono al tutore un compenso che nel Maġrib, per es., è del $2\,1/2$ per cento sulle somme incassate.

primo caso il compenso è dovuto in proporzione del lavoro fatto: nel secondo caso (*locatio operis*) è controverso se il compenso sia dovuto in ogni caso, qualora il mandatario abbia dato inizio al lavoro commessogli, ma non l'abbia portato a termine. Se invece non abbia dato inizio al lavoro, è opinione comune che non sia dovuto compenso. Se, per esempio, si è costituito un mandatario *ad lites*, allo scopo di esigere un credito, con promessa di un compenso per la riscossione della somma dovuta e il debitore paga spontaneamente prima dell'inizio del procedimento, il procuratore *ad lites* non avrà diritto a retribuzione.

§ **170.** La dottrina malichita [44] nega al mandatario il diritto di ritenzione sulle cose appartenenti al mandante, allo scopo di ottenere il rimborso dei suoi crediti. « Secondo Ibn Yūnus ed Ibn al–Qāsim, scrive at–Tasūlī, colui che ha acquistato una merce per conto d'un altro, somministrando il danaro necessario per l'acquisto, non ha il diritto di ritenerla, perchè quella merce costituisce, tra le sue mani, un deposito, e non un pegno... ». In un altro testo, colui che ha anticipato il danaro per l'acquisto viene considerato come mutuante, e non come creditore pignoratizio, e gli si nega perciò il diritto di ritenzione [45].

Sezione III. — Effetti del mandato rispetto ai terzi.

§ **171.** Quando il mandatario agisce in proprio nome, non si costituisce vincolo di diritto se non tra lui e la persona colla quale ha trattato [46].

Se invece il mandatario agisce in nome del mandante e nei limiti del mandato, il suo atto si ha come posto in essere dal mandante in persona, tanto a favore del mandante quanto contro di lui. Il mandante ha pertanto il diritto di chiedere direttamente l'esecuzione delle obbligazioni poste in essere dal suo mandatario in questa qualità, ed è direttamente tenuto a quelle che il mandatario ha assunto [47].

---

[44] *Mud.*, X, 85; *P. C. T.*, a. 1292; Ḫalīl, h. t., n. 95.

[45] *Mud.*, l. c.

[46] *Mud.*, X, 185; Ḫalīl, h. t., n. 7, salvo sempre consuetudine contraria, come nel caso del sensale, del mediatore ecc.

[47] *Mud.*, X, 78, 83–84, 185; XII. 123; Ḫalīl, h. t., n. 7, 10, 19, 23; Dardīr–Dasūqī, III, 335; *P. C. T.*, a. 1298. Gli Sciafiiti insegnano invece che gli effetti del contratto riguardano tanto il mandatario come il mandante, in quanto solidali, cf. *Minhāǧ*, II, 65–66.

Il mandatario [48], il quale ecceda i suoi poteri o le sue istruzioni, non obbliga il mandante, ma solo se stesso; infatti, oltrepassando i suoi poteri, egli non agisce più in qualità di mandatario, ma obbliga solo la sua persona verso i terzi di buona fede che con lui hanno trattato. E, ad esempio, non obbliga il mandante se, avendo avuto ordine di comprare o di vendere ad un certo prezzo, il mandatario compra per un prezzo superiore o vende ad un prezzo inferiore a quello stabilito (salvo le differenze lievi), o per moneta che non ha corso nel luogo del contratto, e così se acquista una cosa di qualità diversa, o in quantità maggiore di quanto gli era prescritto, o per contanti anzichè a termine, o da persona diversa da quella che gli era stata indicata, od in tempo o luogo diversi da quelli voluti dal mandante.

Il mandatario, il quale ha ecceduto i suoi poteri, non obbliga nemmeno se stesso, se ha dato conoscenza dei suoi poteri alla parte con cui ha trattato.

Quando mandante e mandatario [49], in buona fede, contraggono contemporaneamente ed all'insaputa l'uno dell'altro un negozio avente lo stesso oggetto, per esempio, vendono la stessa cosa a due contraenti di buona fede, prevale l'atto anteriore per data, salvo che l'oggetto del contratto sia già stato consegnato ad uno dei contraenti, nel qual caso prevale il contraente di buona fede che si trova in possesso.

SEZIONE IV. — Fine del mandato.

§ **172.** Il mandato si estingue [50].

1° Per l'esecuzione dell'affare pel quale è stato dato.

2° Per la morte del mandante, « perchè, dice at-Tāwudī, la successione (da quel momento) appartiene agli eredi ed il mandatario non può agire senza la loro volontà ». Qual'è il momento in cui avviene l'estinzione del mandato ? dal momento effettivo della morte

---

[48] Buḫārī, *wakālah*, n. 8; *Mud.*, X, 76–78, 80, 81; IX, 49, 50–55; X, 185, 186; XI, 168; XIV, 14–15; Ḫalīl, h. t., n. 8, n. 16 e note 43–44; Tasūlī, I, 194; Mayyārah, I, 132; Dasūqī, III, 335; *P. C. T.*, a. 1266 nota.

[49] *Mud.*, X, 79–80; Ḫalīl, h. t., n. 22.

[50] *Mud.*, X, 75; Ḫalīl, h. t., n. 28 e nota 119; IX, n. 127; Ibn 'Āṣim, v. 289 sg.; Tāwudī-Tasūlī, I, 200; Ḫiršī, IV, 69–70; VI, 86; Dardīr-Dasūqī, III, 348; *'Amaliyyāt*,19; *P. C. T.*, a. 1302, 1305, 1312, 1313; *Minhāǧ*, II, 67–69.

o da quello in cui il mandatario ne riceve la notizia ? I Malichiti distinguono:

a) se le parti risiedono nello stesso luogo, la questione è controversa, ma prevale l'opinione che il mandato prenda fine solo quando il mandatario abbia avuto notizia della morte;

b) se mandante e mandatario sono in luogo diverso, è pacifico che il mandato cessa solo quando al mandatario sia pervenuta notizia della morte.

3° Per la demenza prolungata del mandante.

4° Per la morte o la demenza prolungata del mandatario [51].

5° Per la perdita della capacità contrattuale del mandante o del mandatario (insolvenza, interdizione), salvo che si tratti di atti che non richiedono capacità patrimoniale, per esempio conclusione o scioglimento di matrimonio, riconoscimento di paternità.

6° Per il divorzio o ripudio, quando il mandatario è marito della mandante.

7° Per l'apostasia del mandante o del mandatario.

8° *Per la revoca* (" 'azl ") *del mandatario*. Il mandante può revocare il mandato quando più gli piaccia; il patto che vietasse la revoca del mandato si avrebbe per non scritto, perchè contrario alla essenza stessa del contratto.

Tuttavia il mandante non può revocare il mandato quando questo sia stato conferito nell'interesse del mandatario o di un terzo. Tal'è, per esempio, secondo i Malichiti, il mandato in cui è pattuito o dovuto un compenso al mandatario per il compimento dell'affare, quello dato dal marito alla moglie di sciogliere il proprio matrimonio in certi casi determinati, quello dato al procuratore che rappresenta la parte in giudizio [52]: in questi casi, il mandatario è *procurator in rem suam* o *procurator in rem alienam*, e non può essere revocato a piacere del mandante.

È controverso se il mandato cessi dal momento della revoca o da quello in cui la revoca perviene a notizia del mandatario; prevale la prima dottrina, purchè la revoca sia fatta palesemente e resa pubblica presso il tribunale del " qāḍī ".

---

[51] La pazzia o il turbamento delle facoltà mentali del mandante o del mandatario non estingue il mandato se è soltanto passeggera, ma, se si prolunga, spetterà al giudice esaminare se sia opportuno risolvere il mandato.

[52] Quando è già comparso in giudizio per tre volte, il che vale la *contestatio litis* dei Romani.

Gli atti posti in essere in buona fede dal mandatario quando ignorava il decesso del mandante o la revoca del mandato sono validi, purchè il terzo con cui ha trattato sia pure in buona fede.

Quando i mandatari sono due o più, la morte o la revoca di uno dei mandatari non estingue il mandato rispetto agli altri.

9° Per la rinuncia del mandatario.

Può il mandatario rinunciare al mandato quando più gli piaccia ? La questione è controversa tra i Malichiti [53]. Secondo gli uni, il mandato è per le due parti un contratto *non obbligatorio* (" 'aqd ġayr lāzim, 'aqd ǵā'iz "), cioè un contratto da cui ognuno dei contraenti può recedere quando meglio gli piaccia. Altri distingue: il mandatario non può rinunciare al mandato divenuto perfetto colla sua accettazione, quando il mandato abbia figura di locazione di opere (*locatio operarum*), per esempio sia stato formulato così: « ti do mandato di riscuotere quanto mi deve il tale e ti darò tanto ». Invece, se si tratta di mandato avente la figura di una *locatio operis* (" ǵu' l"), cioè di promessa di ricompensa a lavoro finito (cottimo), perchè dato, ad esempio, in questa forma: « t'incarico di vendere il mio deposito di merci in tanti giorni e avrai tanto, sia che tu lo venda o che non lo venda », il mandatario non può recedere dal contratto dal momento che ne abbia iniziato l'esecuzione.

La revoca o la morte del mandatario non estinguono il mandato del suo sostituto, se il mandatario aveva facoltà di sostituire, in virtù del mandato o per consuetudine, o se il mandante abbia approvato la sostituzione [54].

La morte del mandante estingue ad un tempo il mandato del mandatario e del suo sostituto.

CAPITOLO II.

Contratti affini al mandato.

SEZIONE I. — Mandato di pagare (" ḥawālah ") [55].

§ **173.** Il mandato di pagare differisce essenzialmente dalla delegazione, benchè in arabo i due abbiano lo stesso nome: " ḥawā-

---

[53] Sciafiiti: il mandatario può rinunciare al mandato quando gli piace: *Minhāǵ*, II, 67.

[54] *Minhāǵ*, II, 62–63.

[55] *Mud.*, XIII, 65, 67, 129, 138–140, 142; Ḫālīl, XVII, n. 1 (2) e n. 2; Ḫiršī, VI, 17–19; Dardīr–Dasūqī, III, 285 sg.; *P. C. T.*, a. 251; Zeys, I, 235, 239.

lah ". Nella delegazione il creditore ordina al proprio debitore di pagare quanto a lui deve ad un'altra persona e si ha in sostanza una cessione o trasferimento di credito; nel mandato di pagare, il delegato non deve nulla al delegante; se accetta la delegazione, lo fa per rendere servizio al delegante o coll'animo di fargli una liberalità; egli assume quindi un debito altrui, e il rapporto giuridico che si costituisce tra delegante (" muḥīl "), delegato (" muḥāl 'alayhi ") e delegatario (" muḥāl ") è regolato dalle norme della fideiussione o *constitutum debiti alieni*.

Accettata che sia la delegazione, il delegatario (" muḥāl ") ha da quel momento per debitore il solo delegato (" muḥāl 'alayhi "), e può a lui solo richiedere il pagamento, perchè, accettando la delegazione, il creditore ha rinunciato al credito primitivo. Se nel frattempo, e prima che il delegatario abbia esercitato il suo diritto, il delegato muore o diviene insolvente, il delegatario non ha ricorso contro il delegante, qualora questi abbia ottenuto la liberazione, cioè ricevuto quietanza del debito, salvo il caso di dolo. Questa la dottrina insegnata da Mālik nella *al-Mudawwanah* e seguíta dall'opinione prevalente nella sua scuola. Saḥnūn e la Scuola malichita africana ritengono invece che la delegazione diventi inefficace se il delegato muore o cade in insolvenza prima che il delegatario abbia riscosso il credito; il delegatario esercita il suo ricorso contro il delegante.

Il delegato, il quale ha pagato in virtù del mandato e non *animo donandi*, ha regresso contro il mandante per la somma sborsata, che viene considerata come un mutuo da lui fatto al mandante. Egli può solo ripetere la somma che aveva ordine di pagare; se, avendo mandato di pagare al delegatario una somma in contanti, abbia invece dato uno schiavo od una quantità di cose mobili equivalenti, il delegato potrà esercitare il suo regresso solo per una somma in numerario uguale a quella che aveva ordine di pagare.

Sezione II. — Autorizzazione a commerciare data allo schiavo (" al ma'ḏūn lahu ") [56].

§ **174.** Era consuetudine degli Arabi, anche prima dell'Islām, di permettere che schiavi esercitassero un commercio o una industria,

---

[56] *Mud.*, XIII, 92 sg.; Ḫalīl, XV, n. 12 sg.; *Minhāǧ*, I, 411 sg. (Sciaf.); Ġazālī, I, 151 (Sciaf.); Šīrāzī, p. 74 (Sciaf.); Ibn Nuǧaym, II, 79 (Ḥanaf.); Muḥammad aš-Šaybānī, *al-Ǧāmi'*, p. 108 (Ḥanaf.); Juynboll, 204–205.

sia per proprio conto, sia, più spesso, per conto del padrone, pagando a questo, nel primo caso, un canone o diaria (" ḫarāǵ, ḍarībah "); di questa pratica si hanno frequenti esempi nell'antichità preislamica [57] (cf. Lib. IV, § 19).

Nell'Islām lo schiavo è per la sua condizione incapace di contrarre, o, come si dice tecnicamente, « inabilitato » (" maḥǵūr") [58]. Chi prepone il proprio schiavo all'esercizio di un commercio o di una industria lo autorizza per ciò stesso a contrarre, onde il nome, dato allo schiavo commerciante o institore, di " ma'ḏūn lahu ", « avente facoltà, autorizzato », sottinteso « a contrarre », ed anche di " ma'ḏūn lahu fī 't-tiǵārah " « autorizzato a commerciare ». Questo nome suole indicare [59]:

1° lo schiavo abilitato a commerciare per conto proprio e col proprio peculio;

2° lo schiavo autorizzato a commerciare coi capitali propri per conto del padrone;

3° lo schiavo autorizzato a commerciare coi capitali del padrone e per conto di questi.

L'autorizzazione (" iḏn ") può essere esplicita (" ṣarīḥ ") o implicita (" ḥukm^{an} " = *ipso jure*), come avviene quando taluno concede al proprio schiavo un contratto di riscatto (" kitābah "), perchè la promessa di riscatto implica per lo schiavo l'autorizzazione ad esercitare un'arte o un'industria per procurarsi quanto occorre per il riscatto [60].

Lo schiavo autorizzato a commerciare è un mandatario, equiparato dalla dottrina al mandatario generale nel ramo di commercio cui è preposto, perchè il padrone, avendolo presentato al pubblico come persona autorizzata a commerciare, induce i terzi a contrarre con lui senza limitazione [61]; si presume quindi ch'egli possa fare quanto è necessario, non solo nei limiti del commercio cui è preposto, ma anche in altro genere d'affari [62], salvo che il padrone abbia

---

[57] Buḫārī, *buyū'*, 21, 39: *Mud.*, XI, 73 in f., 74; Lammens, *Ziād ibn Abīhi* (RSO, IV, 1911, p. 7 e fonti ivi citate).

[58] *Cor.*, XVI, 73, 77; XXX, 27; Ḫalīl, XV, n. 12 e nota 61; *Minhāǵ*, I, 411.

[59] *Mud.*, XIII, 92, 96; Ḫalīl, XV, n. 12; Dardīr-Dasūqī, III, 266; Ḫiršī, V, 301; Zurqānī, V, 302.

[60] Ma non basterebbe il silenzio del padrone a costituire autorizzazione: *Minhāǵ*, I, 412.

[61] Cf. *Digest.*, 15, 1, 7 § 1 in f.

[62] Cf. *Digest.*, 14, 4, 1 § 1; 15, 1, 46.

pubblicamente enunciato i limiti che intendeva porre alla sua autorizzazione. Da molti giuristi, però, si contesta l'efficacia di questa limitazione.

Se lo schiavo è preposto ad un semplice lavoro manuale (per esempio, la smacchiatura dei panni o delle stoffe: "qaṣṣār" = *fullo*), esula la figura del mandato e si ritiene che la preposizione sia ristretta a quanto occorre per l'esercizio di quell'arte. Si legge nella *al-Mudawwanah* (XIII, 92): «Chiesi[63] a Ibn al-Qāsim: Qual'è la tua opinione se io autorizzo il mio schiavo ad esercitare un certo genere di commercio: avrà egli facoltà di esercitare un commercio di altro genere? Rispose: non ho udito nulla in proposito da Mālik; se il padrone ha lasciato lo schiavo pienamente libero di comprare e vendere, egli sarà obbligato per tutti i negozi che lo schiavo avrà contratto in questo genere di commercio e lo schiavo farà quel commercio che vorrà, perchè il padrone lo ha autorizzato a trattare con la gente e la gente non può sapere a quale specie di commercio lo ha preposto, sicchè egli è obbligato per tutti i negozi contratti dallo schiavo pel suo commercio. — Chiesi: ma se il padrone l'avesse preposto ad un negozio di smacchiatura di stoffe o l'avesse autorizzato solo ad esercitare quell'arte, sarà egli autorizzato ad esercitare ogni altro genere di negozio? Rispose: Egli non vi è autorizzato, e non è come il mercante di stoffe, poichè ha un lavoro che esercita colle sue mani e la gente può vedere ciò che fa, nè si può credere che il padrone abbia permesso alla gente di fargli credito».

Di fronte ai terzi, lo schiavo autorizzato al commercio ("ma'ḏūn lahu") può fare tutti gli atti relativi al genere d'affari cui è preposto[64]. Può pertanto contrarre, transigere, concedere una riduzione, purchè non eccessiva, su quanto gli è dovuto od un termine per il pagamento, alienare le cose che amministra, ed anche fare quelle liberalità che sono d'uso o che ritenga utili nell'interesse del suo commercio; egli può ricevere depositi, dare in accomenda ("qirāḍ") o impiegare in altra forma di società commerciale i fondi di cui ha la gestione, o riceverne allo stesso titolo, esercitare il diritto di retratto ("šuf'ah"), accettare donazioni o rifiutarle, anche se il padrone vi si opponga[65].

---

[63] È Saḥnūn che parla.

[64] *Mud.*, XII, 70, 106; XIII, 92, 93, 101; XIV, 154; cf. IX, 125; Ḫalīl, XV, 13, 17.

[65] Non può vendere a credito (Sciaf.), nè viaggiare coi valori che amministra, se non vi sia autorizzato (Šīrāzī, 74), nè locare il suo lavoro ad altri, nè contrarre matrimonio: *Minhāǧ*, I, 412.

Lo schiavo tributario (" ḏimmī ") non può fare atti che al padrone non sarebbero leciti, per esempio, dar mutui fruttiferi o negoziare in cose che per un Musulmano sono fuori di commercio, anche se per lo schiavo quel genere di operazioni fosse lecito, nei riguardi della sua fede.

Quid se lo schiavo " ḏimmī " commercia per proprio conto ? La questione è controversa pei Malichiti.

Lo schiavo autorizzato non può dar mandato senza l'assenso del padrone, nè fare atti di pura liberalità col fondo di commercio che amministra, ad esempio, affrancare uno schiavo, prestar cauzione, condonare le cose appartenenti al fondo di commercio, dare un convito per celebrare un avvenimento di famiglia, nè fare in genere veruna spesa estranea al commercio cui è preposto [66].

Concedendo l'autorizzazione a commerciare, non si presume che il padrone abbia inteso di obbligare se stesso, ma solo il capitale amministrato dallo schiavo [67]. Questo capitale o fondo di commercio costituisce un patrimonio distinto da quello del padrone ed è la garanzia comune dei creditori che hanno contratto collo schiavo; questi non possono chiamare in causa il padrone, ma perseguono sul patrimonio affidato alla gestione dello schiavo il soddisfacimento dei loro diritti [68]; possono anche far dichiarare la insolvenza dello schiavo commerciante e pagarsi sul prodotto della liquidazione, al *pro rata*, secondo le norme seguite pei liberi, nello stesso caso (cf. Ḫalīl, lib. XIV). Lo schiavo commerciante risponde dei debiti, non solo nel limite dei beni da lui amministrati, ma anche su quelli a lui spettanti personalmente, come sarebbero il suo peculio e i crediti a lui dovuti. Ma i creditori non possono sequestrare il prodotto del lavoro personale dello schiavo, se egli eserciti un'arte o mestiere, nè far vendere la sua persona, per pagare i debiti da lui contratti in qualità di istitutore [69].

Le obbligazioni contratte dallo schiavo oltre il suo mandato non obbligano il fondo di commercio ch'egli amministra, ma incombono personalmente allo schiavo, dal quale possono essere ripetute qualora egli pervenga a libertà.

---

[66] *Mud.*, VII, 111; XV, 170, 171; Bannānī, V, 234.

[67] *Mud.*, XIII, 73, 94–99; Ḫalīl, XV, 14–15; cf. *Digest.*, 14, 4, 5 § 7.

[68] Questione controversa in diritto sciafiita: *Minhāǧ*, I, 413.

[69] Pei debiti non soddisfatti dallo schiavo i creditori possono rivalersi contro di lui personalmente, se acquista la libertà: Šīrāzī, 74.

§ **175.** Riguardo al padrone ed allo schiavo, l'autorizzazione di commerciare non muta i rapporti rispettivi delle parti. Se non vi sono creditori, lo schiavo commerciante è, di fronte al padrone, nelle condizioni di un altro schiavo. Egli non ha diritti personali sul capitale o fondo di commercio padronale di cui ha la gestione, ed i benefici da lui ritratti spettano al padrone, come quelli che provengono dal patrimonio di questo [70].

L'autorizzazione al commercio data allo schiavo si estingue per le cause stesse che estinguono il mandato, e specialmente per la revoca dell'autorizzazione stessa o, come dicono gli Arabi, la interdizione o inabilitazione (" ḥaǵr ") dello schiavo commerciante da parte del padrone. La Scuola malichita vuole però, nell'interesse dei terzi, che la revoca avvenga in forma pubblica, cioè presso l'autorità legittima (" sulṭān ", cioè il Principe o il Giudice che ne fa le veci), la quale deve curare le pubblicazioni necessarie affinchè i terzi siano avvertiti della revoca [71].

Non basta perciò la revoca privata. « Dice Mālik: *Quid* se una persona ha autorizzato il suo schiavo a commerciare e voglia poi interdirlo senza ricorrere al Principe ? No, egli non può, finchè il Principe non abbia presentato al pubblico lo schiavo interdicendo, ed a questo scopo il Principe ordina che sia portato in giro per la città affinchè ciascuno lo sappia » [72].

Quando non esistono creditori, la revoca della preposizione può farsi anche senza pubblicità: basta che il padrone ritiri i capitali che si trovano presso lo schiavo per ridurre questo alle condizioni di incapacità degli altri schiavi, perchè il peculio appartiene allo schiavo solo finchè piaccia al padrone di lasciarlo a sua disposizione.

SEZIONE III. — Gestione degli affari altrui.

§ **176.** Il *negotiorum gestor* si chiama " fuḍūlī " *lett.* « intruso, che si occupa di ciò che non lo riguarda » [73]. Il nome lascia intendere il concetto che i giuristi si fanno di chi, senza mandato, si occupa degli

---

[70] Lo schiavo autorizzato non può acquistare nulla per sè, nemmeno quanto il padrone gli abbia donato: *Minhāǵ*, I, 413.

[71] *Mud.*, XIII, 100.

[72] *Mud.*, XIII, 100; Ḫalīl, XV, n. 16.

[73] Il " fuḍūlī " è colui che agisce nell'interesse di un altro senza valido mandato legale, cioè senza mandato del *dominus negotii* o della legge (*ad-Durr al-muḫtār*, IV, 186, Ḥanaf.).

affari altrui. Quest'intervento è considerato in genere con poco favore; non si può permettere al primo venuto d'ingerirsi nelle cose che non lo riguardano, creandosi un titolo contro chi non richiede, e forse non desidera, il suo intervento.

Ma sarebbe eccessivo, in pratica, sotto pretesto che l'intervegniente non aveva mandato, negare ogni ricorso a chi ha agito nell'interesse di un altro: si verrebbe a sanzionare, in molti casi, quell'ingiusto arricchimento che il legislatore ha per fine d'impedire. In un caso di necessità urgente o di evidente utilità, un parente, un amico interviene, con sacrificio proprio, e salva gl'interessi dell'assente o dell'incapace; come permettere a chi ne ha profittato di rifiutare qualunque rimborso, sotto pretesto di non aver dato incarico a nessuno d'intervenire per lui ? [74] Sono appunto queste le ragioni che hanno trionfato delle resistenze della giurisprudenza, ma non completamente, nè in tutti i casi, come si vedrà.

§ **177.** La Scuola ḥanafita [75] considera quale liberalità il fatto di chi, senza esservi tenuto, si obbliga o paga per un terzo [76]. Ammette solo, per eccezione, il regresso quando l'intervento era necessario: ad esempio, quando taluno ha provveduto al mantenimento dei genitori indigenti di un' altra persona, quando dei viaggiatori hanno dovuto provvedere alla cura di un compagno di viaggio caduto malato durante la via; quando il tutore ha pagato del proprio un'obbligazione del pupillo o provvisto al suo mantenimento, poichè ha fatto quelle anticipazioni « essendovi costretto dall'ufficio che esercitava ». La Scuola ḥanafita estende il concetto ad altri casi: considera, per esempio, gestione d'affari il ritrovamento di un oggetto smarrito, la fideiussione data nell'interesse del *dominus negotii* da un terzo non autorizzato.

La stessa evoluzione si osserva nella Scuola malichita: Mālik permette l'intervento nell'interesse di un assente solo al padre di questo od al fratello od a un parente strettissimo, limitandolo, quando l'interveniente è un terzo estraneo, alla facoltà di far la prova dei diritti dell'assente, ma non permettendogli di trattare la causa in giudizio (" al-muḫāṣamah ") [77].

---

[74] Cf. *Digest.*, 3, 5, 1–3; *Inst.*, III, 27 § 1.

[75] *Maǵallah*, a. 725; *P. C. T.*, a. 1358 nota.

[76] Cf. *Digest.*, 50, 17, 82: « *Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur* ».

[77] Ibn 'Āṣim, v. 297; Ibn Farḥūn, I, 173, 251; Mayyārah, I, 139; Tasūlī, I, 202; '*Amaliyyāt*, 256; *P. C. T.*, a. 1358 nota (la questione è assai controversa).

Ibn al-Qāsim ammette l'intervento in giudizio di un terzo estraneo quando sia allo scopo di tutelare l'interesse di un assente, sia per conservare un credito che rischia d'esser perduto per la partenza o insolvenza del debitore, sia per difendere un diritto minacciato da un'usurpazione commessa a danno dell'assente, ed in altri casi analoghi. La Scuola concede a chi ha provveduto al mantenimento di un impubere un'azione per il rimborso sia contro il minorenne stesso, quando abbia beni personali, sia contro il padre di lui, quando il minorenne sia sprovvisto di beni; la concede al pastore che ha custodito il gregge di una persona, senza averne ricevuto incarico; ammette l'intervento di un terzo in qualità di fideiussore, ed anche il pagamento di un debito per un terzo senza l'ordine di questo; finalmente si giunge alla regola: « Ogni qualvolta si adempie l'obbligazione di un terzo estraneo, si ha regresso contro quest'ultimo per ricuperare quanto si è sborsato per lui » (cf. *Digest.*, 3, 5, 10 p.; 46, 1, 30)[78].

E per questa ragione si concede alla moglie contro il marito la ripetizione di quanto ha dovuto essa sborsare per mantenersi in assenza di lui, poichè ha fatto quanto il marito avrebbe dovuto fare, « ha soddisfatto per lui a un dovere » " qāmat 'anhu bi-wāǵib ".

La stessa figura ricorre quando taluno, pur facendo il proprio interesse, fa anche per connessione necessaria l'interesse di un'altra persona la quale ha comune con lui il diritto: per esempio, quando un comunista, facendo cosa utile per sè, la fa anche per colui che assieme a lui è interessato nella stessa cosa, per esempio, se ha restaurato un edificio che ha in comune con un'altra persona [79].

La regola suesposta non va tuttavia intesa senza limitazione, nè ogni intervento in favore di un terzo può costituire diritti a favore del gerente dell'affare altrui.

Il regresso del *negotiorum gestor* è subordinato infatti a tre condizioni:

1° ch'egli sia intervenuto coll'animo di farsi rimborsare, e non di fare una liberalità, *recipiendi animo*, come dicono le fonti romane.

---

[78] *Mud.*, XIII, 68, 105, 106, cf. XIV, 7, 8; Ḫalīl, XVIII, n. 7; Zurqānī, VII, 156; Dardīr-Dasūqī, III, 293; IV, 349; Tāwudī-Tasūlī, I, 192; *'Amaliyyāt*, 278, cf. 103; cfr. *P. C. T.*, a. 1358; Abū Dā'ūd, II, 178; Buḫārī, *buyū'*, n. 98; cf. Peltier, *Ventes*, p. 182-184. aš-Šāfi'ī, che in prima aveva adottato la dottrina di Mālik, giunse più tardi a conclusioni diverse in questa materia: la Scuola sciafiita non riconosce la gestione d'affari. Cf. Qasṭallānī, IV, p. 100.

[79] *P. C. T.*, a. 1358; Tasūlī, II, 189; cf. *commune aedificium fulsit*: *Digest.*, 10, 3, 6 § 2; 42, 5, 9 pr.

Colui che provvede al mantenimento di un bambino, sapendo che nè questi nè il padre hanno i mezzi di rimborsarlo, si presume abbia voluto fare una liberalità e non ha regresso [80]. Il regresso è escluso, e si presume l'animo di fare una liberalità, quando chi ha pagato soddisfa un dovere morale, oppure compie un obbligo giuridico: un caso tipico è quello di chi paga quanto occorre per riscattare un prigioniero di guerra ridotto in schiavitù: egli potrà ripetere la somma, se aveva l'animo di farsi rimborsare, ma il regresso sarà escluso se dalle circostanze si possa desumere ch'egli ha pagato coll'animo di fare un'opera pia o di soddisfare a un debito morale, essendo lo schiavo suo parente stretto, o di compiere un obbligo giuridico. Si supponga che lo schiavo fosse una persona ch'egli per legge sia in dovere di riscattare, per esempio, suo padre o suo figlio [81]: egli non potrà sostenere che aveva l'intenzione di farsi rimborsare. In una specie decisa da Mālik, nella *al-Mudawwanah* [82], una persona interviene come fideiussore per garantire il debito di un defunto; Mālik concede il regresso contro la successione per la somma pagata, ma aggiunge il testo, se egli ha dato la sua cauzione per il defunto, e questi non aveva beni, e il fideiussore lo sapeva, se quindi apparisca che il defunto aveva beni, il fideiussore non avrà regresso ». La ragione è evidente: il fideiussore, prestando la sua cauzione per un insolvente ch'egli credeva tale, aveva l'animo di fare una liberalità. Invece si dà regresso al creditore che ha fatto le spese necessarie per conservare il pegno [83], se queste non erano comprese nel suo contratto; a chi ha fatto quanto occorreva per impedire il perimento delle cose mobili di un altro, e gli si dà privilegio sulle cose conservate [84]; così pure a chi ha riscattato la roba presa dai predoni o dai briganti [85];

2° la seconda condizione richiesta per esercitare il regresso è che l'intervento del gestore d'affari sia stato utile – *utiliter gestum*, dicevano i Romani – in altri termini, che sia stato necessario nell'interesse effettivo del *dominus negotii* [86]: rigore che s'impone per

---

[80] Ibn 'Āṣim, v. 596 sg.; Tasūlī, I, 363; Mayyārah, I, 250; *P. C. T.*, a. 77.

[81] Ḫalīl, VIII, n. 26.

[82] *Mud.*, XIII, 68.

[83] Zurqānī, V, 254; *P. C. T.*, a. 1822 e nota; cf. *Digest.*, 13, 7, 8 pr.; *Cod.*, VIII, 14, 6.

[84] Zurqānī, V, 253; *P. C. T.*, a. 2427.

[85] Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 183, 184.

[86] *Mud.*, XIII, 68, 105, 106; Ḫalīl, XVIII, n. 7; Tasūlī, II, 263; *P. C. T.*, a. 2417, 2419.

impedire l'intromissione negli affari altrui, la quale è scusabile solo se sia richiesta imperiosamente per tutelare i diritti della persona per cui s'interviene od assicurargli un vantaggio [87]. Nel caso testè citato [88] del riscatto di un prigioniero di guerra, il giureconsulto ammette che il *negotiorum gestor* abbia regresso, per rimborsarsi del danaro pagato, solo se la liberazione del prigioniero non fosse possibile in altro modo. Così chi paga il debito altrui ha regresso se il debito era effettivamente dovuto: in una specie decisa da Mālik una persona interviene e paga per un impubere responsabile di danneggiamento; il giureconsulto ritiene che il fideiussore abbia regresso contro l'impubere, essendo questi pienamente responsabile, in diritto malichita, dei danni arrecati alla cosa altrui. Si concede parimenti il regresso a chi, pagando i tributi dovuti sui fondi di un assente, ha impedito la espropriazione, « poichè, ove non avesse pagato, dice al-Tasūlī, i beni sarebbero stati presi coattivamente »; chi ha pagato è anzi privilegiato per il rimborso del suo credito;

3° terzo requisito per esercitare l'azione di regresso è, secondo la dottrina prevalente, che il gestore d'affari non sia intervenuto contro la volontà del *dominus negotii*, poichè sarebbe contrario al diritto che taluno si trovi obbligato verso un altro non solo senza volerlo, ma malgrado la sua volontà formale. Ond'è che, se ognuno può garantire altrui, ed anche pagare per altri, senza la volontà del debitore, poichè in sostanza si tratta di conferire un beneficio, al gestore d'affari viene negato il regresso, se è intervenuto malgrado il divieto del debitore [89].

CAPITOLO III.

Deposito (" īdā', wadī'ah ") [90].

SEZIONE I. — Concetti ed elementi essenziali.

§ **178.** Il deposito (" īdā', " ed anche " wadī'ah ", parola che significa tanto il contratto quanto la cosa che ne è oggetto) viene definito da Ibn 'Arafah: « il contratto con cui taluno rimette ad un'al-

---

[87] Gli atti di pura liberalità fatti dal " fuḍūlī " (gerente di affari), quali sarebbero il comodato, la donazione ecc., non hanno efficacia: Zurqānī, VI, 127.

[88] *Mud.*, XIII, 68.

[89] Cf. *Cor.*, v. 3; Ḫalīl, XVIII, 7 e nota 31; Dasūqī, III. 293; Bannānī, VI, 26; *P. C. T.*, a. 1718 e nota; cf. *Digest.*, 17, 1, 40, 53; 46, 1, 30.

[90] *Mud.*, XV, 144 sg.; Ḫalīl, Lib. XXII (Deposito); Ibn 'Āṣim, v. 1289 sg.; Mayyārah, II, 187 sg.; Tasūlī, I, 160; II, 262 sg.; *'Amaliyyāt*, 272 sg.; Zurqānī–

tra persona un valore patrimoniale (" māl ") mobile, unicamente a scopo di custodia », e secondo Ḫalīl: « il mandato di curare la conservazione di un valore patrimoniale » (cf. *Digest.*, 16, 3, 1 pr.).

Non ogni incarico di custodire costituisce deposito. Il padre, che affida il suo bambino a persona che s'incarica di tenerlo presso di sè e di averne cura, non fa un deposito; la consegna della schiava venduta, che il compratore ed il venditore fanno di comune accordo presso un terzo (" muwāḍa'ah ") finchè sia trascorso il periodo di osservazione prescritto dalla legge, non è un deposito [91], non avendo per scopo la custodia della schiava, ma l'accertamento di un fatto speciale, cioè « la vacuità della matrice » (" istibrā' "), come si dice tecnicamente (cf. Lib. V, § 28 bis).

Il deposito [92] è un contratto di beneficenza, in quanto è il compimento di uno di quei doveri di mutua assistenza imposto dalla fratellanza musulmana e, come tale, è un contratto eminentemente fiduciario e di buona fede analogo al mandato [93].

Gli elementi essenziali (" arkān " = colonne) del deposito sono:

1° il deponente (" mūdi' ");

2° il depositario (" mūda' ");

3° l'oggetto del deposito (" wadī'ah ");

4° la forma (" ṣīġah "), ossia l'espressione della volontà dei contraenti.

A) *I subietti*. — Si richiede per la validità del deposito la capacità di obbligarsi tanto in chi fa il deposito quanto in chi lo riceve.

Ciò non toglie che, se un contraente capace riceve il deposito fatto da un incapace, il depositario contrae tutti gli obblighi che nascono dal deposito [94]: si forma quello che in diritto romano si chiamava un contratto claudicante, *qui ex uno latere constat*; ed è anzi più rigoroso: il depositario capace garantisce il deposito, anche se si perde o perisce senza sua colpa, perchè il semplice fatto di aver ricevuto il deposito da un incapace e di averlo trasportato altrove

---

Bannānī, VI, 113 sg.; Ḫiršī, VI, 108 sg.; Dardīr–Dasūqī, III, 368 sg.; 'Ilayš, II, 172 sg.; *Waǵīz*, I, 284 sg.; *Minhāǵ*, II, 72, 283 sg.; Širāzī, p. 69 sg.; Sachau, 669 sg.; 'Abdu 'r–Raḥīm (trad. Cimino), p. 386 sg.; *P. C. T.*, a. 1131 sg.; Zeys, II, n. 447 sg.

[91] Tasūlī, II, 262.

[92] *Cor.*, IV, 61; II, 283; XXIII, 8; LXX, 32; XXIII, 8; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 8; Ḫiršī, VI, 118; *Minhāǵ*, II, 283, 284.

[93] Santità del deposito presso gli Arabi: Doughty, I, 176; II, 301; cf. *Exód.*, 22, 7 sg.

[94] *P. C. T.*, a. 1130, 1135; Tasūlī, II, 263; *Minhāǵ*, II, 863.

senza autorizzazione legalmente valevole costituisce un possesso illegittimo, " ta'addī ", che rende il depositario responsabile della restituzione del deposito.

Invece, quando il deposito è fatto da un contraente capace a chi, per ragione d'età od altrimenti, è incapace di riceverlo, non si contrae deposito, perchè non si perfeziona il vincolo giuridico.

L'impubere o l'incapace [95], cui viene affidato un oggetto, non contraggono l'obbligazione derivante dal deposito, non solo perchè incapaci di contrarre, ma anche perchè colui che rimette dei valori ad un incapace deve imputare a sè le conseguenze, facilmente prevedibili, della sua imprudenza. Egli può solo rivendicare la cosa sua o quanto ne rimane dall'incapace al quale l'ha rimessa; qualora l'incapace l'abbia adoprata a proprio profitto, egli risponderebbe solo dell'indebito arricchimento e nel limite di questo; così la dottrina di al-Laḫmī, generalmente accolta dai Malichiti [96].

Lo schiavo autorizzato a commerciare (" ma'ḏūn lahu ") [97], ricevendo un deposito, obbliga il proprio peculio, ma non il capitale o fondo di commercio che amministra, se quel capitale appartiene al padrone, perchè il deposito non è un atto di commercio, ma un contratto di beneficenza, una liberalità, che lo schiavo commerciante non ha facoltà di fare; il deposito obbligherebbe anche il fondo di commercio se questo appartenesse allo schiavo.

Lo schiavo non autorizzato a commerciare non contrae obbligazione pel fatto del deposito o, più precisamente, l'obbligazione derivante da un deposito a lui fatto può essere fatta valere solo contro lo schiavo personalmente, in caso di affrancamento.

Se il deposito è fatto da un incapace ad altro incapace, il depositario incapace risponde in caso di abuso del deposito o di mancata custodia (*minor contra minorem non est restituendus*) [98].

B) *Oggetto del deposito* (" wadī'ah ") [99]. — L'oggetto del deposito può essere qualunque cosa individuata (*res certa* = " 'ayn "), mobile o semovente, purchè in commercio.

---

[95] Tasūlī, II, 263; Mayyārah, II, 189; Dardīr-Dasūqī, III, 379.

[96] Risponde anche del perimento se l'ha prodotto per fatto proprio (Sciafiiti: *Minḥāǧ*, II, 284).

[97] *Mud.*, XV, 153; XII, 77; Ḫalīl, h. t., n. 27, e note 93-95; Dardīr-Dasūqī, III, 379.

[98] Tasūlī, II, 263; Raḥḥāl ad Mayy., II, 188.

[99] Mayyārah, II, 188 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Ḫalīl, h. t., n. 1 e nota 1; Bannānī, VI, 113; Dasūqī, III, 368; *P. C. T.*, a. 1132, 1133.

Il deposito non può consistere in cose fungibili, poichè si risolverebbe in tal caso in un mutuo, salvo che le cose fungibili siano rimesse al depositario in un involto chiuso o sigillato.

È controverso il deposito d'immobili. Ibn 'Arafah e Ḫalīl, come si vede dalle loro definizioni, contemplano solo il caso di deposito di mobili; altri deduce dal testo della *al-Mudawwanah* che anche gl'immobili possono costituire oggetto di deposito; la dottrina più recente propende per la negativa: infatti il concetto di deposito richiede che il depositario custodisca la cosa presso di sè, il che è impossibile trattandosi d'immobili. Ad un immobile si può costituire un guardiano, un custode, un sequestratario, ma non un depositario.

È indifferente che il deponente sia proprietario della cosa depositata. Si può dare in deposito tanto la cosa propria quanto la cosa altrui [100].

C) *Forma. Perfezione del contratto.* — Il contratto di deposito si perfeziona [101]:

1° col consenso delle parti, in qualunque modo espresso, anche tacitamente: se taluno consegna un oggetto ad un altro, dicendogli di conservarlo, e l'altro lo riceve senza dir verbo, si ritiene conchiuso un deposito agli effetti speciali del contratto;

2° e colla consegna della cosa al depositario: il deposito non è un contratto puramente consensuale, ma reale.

Non occorrerebbe consegna e basterebbe il consenso delle parti per costituire il deposito, se la cosa si trovasse già in possesso del depositario per un altro titolo, per esempio, come pegno; puta caso, se, dopo saldato il debito e non potendo ritirare subito il pegno, il debitore chiede al creditore di conservare la cosa presso di sè finchè egli venga a ritirarla, il deposito si costituisce *brevi manu* [102].

Nella odierna pratica malichita si richiede ordinariamente l'atto scritto ad accertare il consenso, ma è formalità richiesta solo *ad probationem* e non *ad solemnitatem*.

---

[100] Cf. *Digest.*, 16, 3, 1 § 39; 16, 3, 15 ecc.

[101] Ḫalīl, h. t., nota 2; Dardīr–Dasūqī, III, 368; *Minhāǧ*, II, 283.

[102] Ḫalīl, XIII, n. 33; XXIX, n. 38 in f. (locazione); Ibn Salmūn, I, 134; Ibn Farḥūn, II, 386; Zurqānī, VI, 114 e Bannānī *ad loc.*; Ḫiršī, VI, 108; *P. C. T.*, a. 1137; cf. *Digest.*, 16, 3, 1 pr.; 44, 7, 1 § 5; *Inst.*, III, 14 § 3.

Il deposito, contratto di beneficenza, è essenzialmente gratuito [103]. Tuttavia non è contrario alla natura del contratto che al depositario sia dato o promesso un compenso in certi casi, per esempio, quando il depositario fa professione di ricevere i depositi o quando la consuetudine del luogo gli assegni un compenso.

§ **179.** Il deposito ha per scopo principale la custodia (" ḥifẓ ") della cosa altrui. Da ciò gli effetti del contratto rispetto al depositario e rispetto al deponente.

A) *Doveri del depositario.*

Il depositario (" al-mūda' ") ha due obblighi principali:

1° custodire la cosa depositata ;

2° restituirla appena gli è richiesta [104].

Il depositario deve curare la conservazione del deposito colla diligenza che adopera nelle cose proprie, perchè il deposito è bensì un contratto di fiducia, ma è anche vero che colui che affida le proprie cose ad un altro deve pur conoscerlo e non può pretendere da lui una diligenza maggiore di quella da lui spiegata nel curare quanto gli appartiene [105]. Ad ogni modo, il depositario deve adoperare le cure che sono ordinariamente necessarie per la conservazione della cosa.

Il depositario deve attenersi fedelmente alle istruzioni a lui date dal deponente rispetto alla custodia della cosa e risponde in caso di sinistro o deperimento, se questi siano imputabili alla inosservanza di quelle istruzioni [106].

Egli deve custodire personalmente il deposito [107], nè ha facoltà di sostituirsi altri in questa custodia, salvo che il deponente ve lo abbia autorizzato, perchè il deponente ha inteso riporre la sua

---

[103] Ḫalīl, h. t., n. 24.

[104] Ibn Ša's ap. Mayyārah, II, 188; *Minhāǧ*, II, 284.

[105] *Minhāǧ*, II, 287; *P. C. T.* a. 1141.

[106] Ḫalīl, h. t., n. 5 e note 27–29; Ḫiršī, VI, 111; Dasūqī, III, 371; *Minhāǧ*, II, 287, 288, 289.

[107] *Mud.*, XII, 103, 104; XIV, 12; Ḫalīl, XIII, n. 29 e nota 120; h. t., n. 7; Dardīr–Dasūqī, III, 371; Ibn Salmūn, II, 135, 136; *P. C. T.*, a. 1142; *Minhāǧ*, II, 284, 285.

fiducia in lui personalmente e non in altri. Tuttavia al depositario non è vietato sostituirsi altri:

a) se, dovendo partire, affida il deposito a persona della sua famiglia o di sua fiducia, per esempio, alla moglie, al figlio, ed anche alla schiava o altra dipendente, cui ha l'abitudine di affidare le cose proprie;

b) in caso di pericolo urgente, per esempio, se la casa minaccia rovina in caso d'incendio o d'incursione nemica;

c) se, essendo in procinto di mettersi in viaggio, gli sia impossibile restituire il deposito al deponente, per essere questi assente o detenuto in carcere [108].

In tutti questi casi, il depositario dovrà far constatare da testimoni la causa che lo costringe ad affidare ad altri il deposito e farsi restituire il deposito appena tornato dal viaggio o cessato il pericolo.

Qualora siano costituiti due depositari e sorga controversia tra i due, in assenza del deponente, rispetto a chi debba avere la custodia, il deposito dovrà affidarsi, a cura del giudice, a quello tra i due che presenti maggior grado d'integrità e diligenza. Se nessuno dei due possiede questi requisiti, il giudice sceglie un terzo cui affidare il deposito (dottrina prevalente) [109].

§ **180.** Il depositario non può servirsi del deposito [110] nè disporne in nessuna guisa [111].

Ogni contravvenzione a questa regola costituisce, da parte del depositario, una *usurpazione* ("ġaṣb, ta'addī" = *furtum usus*) e fa sì ch'egli risponda del perimento o della deteriorazione avvenuta alla cosa per ragione di quell'abuso. Anche se il deposito viene restituito in buono stato, il depositario colpevole di abuso risponde dei danni eventuali, cioè, a seconda dei casi, sia del prezzo di locazione per l'uso fatto del deposito, sia del valore intero di questo. Si supponga,

---

[108] Sciafiiti: in caso di malattia grave che renda difficile o impossibile la custodia: *Minhāǧ*, II, 286.

[109] *Mud.*, XV, 156; Ḫalīl, h. t., 29 e nota 97.

[110] *Mud.*, XV, 147, 148; Ḫalīl, h. t., 3, e 14, 15; Dardīr–Dasūqī, III, 369, 371; Raḥḥāl ad Mayy., II, 188; *Minhāǧ*, II, 290; Ibn Salmūn, II, 135; Zurqānī–Bannānī, VI, 115; Ḫiršī, VI, 109; *P. C. T.*, a. 1143; cf. *Digest.*, 48, 2, 67 pr.; 13, 1, 16 ecc.

[111] Si fa eccezione alla regola nei casi urgenti, per esempio, se, dovendo mettersi in viaggio d'urgenza e non trovando nessuno cui affidare l'animale di cui ha il deposito, porti seco l'animale, ed anche lo adoperi, perchè non ha l'animo di abusare del deposito, ma anzi di provvedere alla custodia.

ad esempio, che il depositario di un animale, di una imbarcazione o altro mezzo di trasporto lo dia in locazione per un lungo viaggio ed impedisca così al proprietario di profittare dei mercati per venderlo a buon prezzo; il deponente potrà richiedere al depositario sia un prezzo di locazione per l'uso che ha fatto dell'animale, sia il valore che questo aveva quando il depositario lo ha dato in locazione, perchè da questo punto comincia l'usurpazione a lui imputabile.

§ **181.** Il depositario deve restituire il deposito ad ogni richiesta del deponente; il Corano (IV, 61; XXIII, 8) aveva già inculcato il precetto con insistenza e la giurisprudenza lo ha, naturalmente, ripetuto [112], osservando che il deposito è eminentemente un contratto di buona fede e di fiducia. Il termine apposto al deposito s'intende stipulato nell'interesse del deponente; il depositario non può prevalersene. Egli può, dal canto suo, restituire il deposito quando vuole.

Il depositario non ha il diritto di ritenere il deposito, nemmeno per le spese di conservazione fatte nell'interesse del deponente; il Corano infatti non fa eccezione: « Dio vi comanda di restituire i depositi a coloro cui spettano »; non si può quindi ritenere il deposito, anche se si abbia da fare con un uomo di mala fede, contro il quale si potrebbe esercitare una legittima ripetizione, poichè è detto nel " ḫabar " (tradizione): « Rendete il deposito a chi ha avuto fiducia in voi, non tradite chi vi ha traditi ».

La tradizione è però vivamente contestata; aš-Šāfi'ī e Ibn Ḥanbal non la riconoscono per autentica, ed anche presso i Malichiti non sono pochi gli oppositori. Ibn Rušd la interpreta attenuandola: egli dà facoltà al depositario (arg. *Corano*, II, 190) di riprendere sul deposito quanto giustamente gli appartiene, quando il deponente sia un debitore di mala fede o persona che ha commesso un furto, una frode e simili, a danno del depositario. Questi non avrebbe però, anche in questa dottrina, il diritto di ritenzione sul deposito per le spese fatte o per altri titoli (arg. *Cor.*, IV, 61; XXIII, 8; cf. *Cod.*, IV, 34, 11).

§ **182.** Il deposito [113] dev'essere restituito identicamente, con tutti gli accessori che ne fanno parte, nel luogo ov'è stato fatto, al deponente stesso od alla persona da lui indicata per riceverlo. Se il

---

[112] Abū Dā'ūd, III, 207; Ḫalīl, h. t., n. 21 e nota 83; n. 23 e nota 86; n. 25; Dardīr-Dasūqī, III, 378; Ḫiršī-'Adawī, VI, 118; Zurqānī, VI, 125; *Minhāǧ*, II, 284, 291; *P. C. T.*, a. 1144; cf. *Digest*, 16, 3, 1 § 22, 45; *Cod.*, IV, 34, 11 pr.

[113] Ḫalīl, h. t., n. 28; Dardīr-Dasūqī, III, 379; *P. C. T.*, a. 1148-1151; Zeys, II, 151.

deponente è un incapace, la restituzione deve farsi al depositario assistito dal suo tutore o curatore; se il deposito è stato fatto da più persone, la restituzione è da farsi a tutti i deponenti congiuntamente.

Se la restituzione viene chiesta contemporaneamente da due persone e il depositario abbia dimenticato o non sappia a chi il deposito appartiene, i richiedenti si deferiscono reciprocamente il giuramento e il deposito sarà da restituire a quello di essi che presta il giuramento a conferma della sua pretesa; se ambedue prestano giuramento o ambedue lo rifiutano, il deposito sarà consegnato per metà a ciascuno.

§ **183.** Il depositario [114] essendo un fiduciario (" amīn " pl. " umanā' "), la sua affermazione fa piena prova della restituzione del deposito al deponente, qualora il deposito gli sia stato fatto senza testimoni o atto scritto [115].

Quest'affermazione del depositario non è sufficiente nei casi in cui egli cessa di avere la qualità di fiduciario (" amīn "), e cioè:

1° quando risulti ch'egli abbia abusato del deposito;

2° quando il deposito gli sia stato fatto per iscritto o dinanzi a testimoni a ciò richiesti. In questo caso egli è tenuto a far la prova della restituzione nella stessa forma (cf. *Digest.*, 50, 17, 35), poichè l'avere il deponente adoperato cautele speciali per constatare il deposito dimostra che egli non aveva l'animo di affidarsi interamente al depositario rispetto alla restituzione;

3° quando il depositario abbia in prima negato l'esistenza del deposito e poi finisca per asserire che lo ha restituito, o che gli è stato rubato; le affermazioni, essendo contraddittorie, fanno sì che il depositario non possa essere considerato persona di fiducia (" amīn "); egli quindi è astretto a far la prova della restituzione o del fatto liberatorio da lui allegato. Così la pratica odierna, che risolve in questo modo la controversia da lungo tempo agitata fra i Malichiti intorno a questa materia.

§ **184.** Se il depositario non può restituire il deposito, o non può restituirlo quale l'ha ricevuto, egli non risponde, qualora il perimento o la deteriorazione abbiano per causa:

---

[114] *Mud.*, X, 83; XV, 150–151; Ḫalīl, h. t., 14, 21, 18 e nota 70; Dardīr–Dasūqī, III, 373, 377; Ibn 'Āṣim, v. 1292, 1293; Mayyārah, II, 190; Tasūlī, II, 264; *Amaliyyāt*, 273, 274; Ibn Farḥūn, I, 99–100; *Minhāǧ*, II, 292; *P. C. T.*, a. 1164.

[115] Gli Sciafiiti esigono sempre il giuramento a far piena prova della restituzione del deposito: *Minhāǧ*, II, 292.

a) la natura o il vizio intrinseco della cosa depositata presso di lui, per esempio, se si tratti di cosa facilmente deperibile, di frutti bacati ecc.;

b) la forza maggiore [116], perchè, il deposito non essendo fatto nel suo interesse, ma nell'interesse altrui, il depositario non è tenuto a garantire i rischi. Il patto che imponesse il rischio al depositario, essendo contrario alla natura del contratto, sarebbe inefficace.

Per provare il perimento per forza maggiore o la perdita del deposito [117] basta l'affermazione del depositario, poichè essa sarebbe sufficiente a provare la restituzione, essendo egli un fiduciario, (" amīn "). Tuttavia, se il depositario è notoriamente trascurato o non è al disopra di ogni sospetto, egli non può essere considerato " amīn " e dev'essere astretto al giuramento, malgrado ogni patto contrario, qualora alleghi il perimento per forza maggiore o la sottrazione del deposito [118]. Rifiutando egli il giuramento, questo vien deferito al deponente, il quale, prestandolo, ha diritto alla indennità dovuta.

Il depositario non può, tuttavia, invocare la forza maggiore:

1° quando il perimento o la deteriorazione del deposito hanno per causa un fatto a lui imputabile, anche se puramente involontario: se, per esempio, un oggetto gli cade di mano inavvertitamente e spezza la cosa depositata, egli ne risponde, perchè, dicono i Malichiti: « quando si tratta dei beni altrui, la colpa (" ḫaṭa' ") è uguale al dolo »; e così se ha confuso il grano depositato con orzo o con grano di qualità diversa [119];

2° quando ha dato occasione al danno per fatto proprio o per fatto delle persone di cui deve rispondere: ad esempio, se la cosa perisce perchè l'ha portata seco in viaggio, mentre poteva lasciarla a casa o affidarla a persona sicura; se, senza motivo serio, abbia rimesso il deposito ad altre persone, anche di fiducia, salvo che si tratti di persone della sua famiglia cui egli ha l'abitudine di affidare le cose proprie; se, essendosi recato al bagno, abbia portato seco la

---

[116] *Mud.*, XV, 184, 152; Ḫalīl, h. t., n. 6 in f.; 19, 22; *Minhāǧ*, II, 291; cf. *Digest.*, 16, 3, 1 § 7, 20; *Cod.*, IV, 34, 1.

[117] Perdita, " ḍayā' ", significa tanto lo smarrimento quanto la sottrazione della cosa.

[118] Sulle varie distinzioni sciafiite in questa materia cf. *Minhāǧ*, II, 291–292.

[119] *Mud.*, XV, 145–147; Ḫalīl, h. t., n. 2 e note 4 e 8; Dardīr–Dasūqī, III, 368; Tasūlī, II, 262–263.

cosa depositata e ve l'abbia dimenticata; se ha trascurato le cautele necessarie alla conservazione della cosa; così se la veste o la stoffa depositata abbia preso il tarlo per mancanza di cura, o se, invece di rinchiudere il deposito nel suo forziere od in altro luogo sicuro, lo abbia lasciato in una stanza aperta, a portata di tutti [120]. Sarebbe del pari colpa imputabile al depositario qualora, senza necessità, facesse trasportare il deposito dal luogo ove si trovava ad un altro colla conseguenza che la cosa si spezza o si deteriora ovvero rimettesse il deposito ad altri che non sia il legittimo proprietario o non sia da questo autorizzato a riceverlo [121].

È opportuno osservare che la decisione dei casi, in cui è da stabilire la responsabilità del depositario per omissione o commissione colposa, è una questione di fatto, dipendente dalle circostanze. « Nel deposito, dice l'*al–Mi'yār* [122], la consuetudine è criterio decisivo . . . talchè, se il depositario ha fatto od omesso di fare alcunchè (*culpa in agendo aut in omittendo*), per modo che si possa dire: « questo è quel che nessun uomo di senno farebbe per le cose proprie », il depositario sarà responsabile, altrimenti no. Così dice al–Laḫmī nella sua *at–Tabṣirah*. Ma questi casi differiscono grandemente secondo i paesi, secondo che una persona si trovi in città od in campagna, secondo i tempi, i luoghi, la maggiore o minore sicurezza che regna nel paese, il maggiore o minor valore delle cose depositate, la loro rarità, la quantità, e tante altre circostanze che non si possono determinare *a priori*, sicchè il giudice dovrà adoperare ogni cura nello studio della questione, esaminare con diligenza le circostanze caso per caso, interrogare la gente del luogo per accertarsi se tale o tal'altro fatto possa considerarsi in quel luogo come colpa ... »;

3° quando, per salvare sè o le cose proprie, rimette il deposito ad un uomo ingiusto e prepotente o gl'indica il luogo ove possa trovarlo [123], e si riduce così nell'impossibilità di restituire il deposito,

---

[120] *Mud.*, XV, 144, 145, 151, 155; XII, 104; Ḫalīl, h. t., n. 3 (2), n. 6–7, e note 30–40; Ibn 'Āṣim, v. 1289; Mayyārah, II, 188; Tāwudī–Tasūlī, II, 262; Zurqānī–Bannānī, VI, 116, 131; Ḫiršī, VI, 111; Dasūqī, III, 371; *Minhāǧ*, II, 289.

[121] *Mud.*, XV, 154, 155; Ḫalīl, h. t., n. 2, 16, 18; XIII, n. 19; Dardīr–Dasūqī, III, 175; cf. Ibn Māǧah, II, 58.

[122] Opera malichita ap. Mayyārah, II, 188; cf. *Digest.*, 16, 3, 1 § 5, 16; 22, 1, 38 § 10, 16, 3, 1 § 24.

[123] Ḫalīl, n. 12 e nota 52; Dardīr–Dasūqī, III, 374; Ḫiršī, VI, 114; cf. *Minhāǧ*, II, 290.

« perchè a nessuno è lecito, per mettere in salvo la cosa propria, esporre a pericolo le cose altrui » [124];

4° se ha abusato del deposito [125], adoperandolo a proprio uso senza il consenso del deponente; per esempio, se consuma il grano depositato o adopera le vesti o si serve della cavalcatura, egli risponde del perimento o della deteriorazione avvenuta per forza maggiore.

Se abusa del deposito solo per una parte, il depositario risponde del rischio nel limite del valore di quanto si sia appropriato abusivamente.

Quando il depositario ha fatto uso del deposito, ma col permesso del deponente, il deposito si converte in mutuo; il depositario allora è tenuto alla restituzione della cosa al deponente in qualunque evento, e ne assume quindi il rischio in qualità di mutuatario [126].

Una questione elegante è discussa, in questa materia, dai Malichiti. Se il depositario fa commercio adoperando i valori che aveva in deposito, non è dubbio che risponda di quei valori, anche in caso di perdita. Ma sorge il dubbio se, avendo la responsabilità della perdita, il depositario non abbia anche diritto ai profitti realizzati mediante il commercio abusivo fatto con quei fondi, per la regola generale di diritto islamico " al-ḫarāǧ bi-'ḍ-ḍamān " (*cujus est damnum, ejus et lucrum*) (cf. *Digest.*, 50, 17, 10). L'opinione prevalente è per l'affermativa e decide che il depositario avrà diritto ai lucri e risponderà delle perdite derivanti dalle operazioni di commercio intraprese abusivamente coi fondi depositati [127].

5° se è in mora a restituire il deposito; per esempio, se ha negato l'esistenza del deposito o ne differisca ingiustamente la restituzione, il depositario viene equiparato all'usurpatore (" muta'addī ") e risponde quindi del perimento o della deteriorazione, anche se dovuta a forza maggiore [128].

§ **185.** Il depositario risponde non solo del fatto proprio, ma anche del fatto delle persone da lui dipendenti, di cui si serve per conservare il deposito o per restituirlo. Se il depositario manda l'og-

---

[124] Dasūqī, Ḫiršī, ll. cc.

[125] *Mud.*, XV, 147–148; Ḫalīl, h. t., n. 3, 4 in f., 14.

[126] Ḫalīl, h. t., n. 4 e nota 23.

[127] *Mud.*, XII, 73; XV, 159 pr.; Ibn 'Āṣim, v. 1291; Mayyārah, II, 189; Tasūlī, II, 263; Ḫalīl, h. t., n. 4; XIX, n. 11 e not. 44; Dardīr–Dasūqī, III, 374.

[128] *Mud.*, XV, 151; Ḫalīl, h. t., n. 10 e not. 47–48; n. 20 e not. 80; n. 21 e not. 84; Dardīr–Dasūqī, III, 373, 378; Tasūlī, II, 264; *Minhāǧ*, II, 291, 292; *P. C. T.*, a. 1145, 786–787.

getto che deve restituire per mezzo di un suo domestico, egli risponde per il messaggero, se questo ha smarrito la cosa. E ne risponderà pure se il messaggero da lui inviato per restituire il deposito muore per via, sicchè il deposito non si trovi più [129].

Tra queste persone, di cui il depositario deve rispondere, non si comprende il figlio: « Quando taluno ha ricevuto un deposito e questo è distrutto dal figlio di lui, il figlio risponde del proprio, sui beni suoi personali, e se non ne ha, rimane debitore » [130].

B) *Doveri del deponente.*

Il deponente è tenuto, dal canto suo [131], a risarcire il depositario di quanto ha speso per la conservazione del deposito; ad esempio, per l'affitto del locale ove ha custodito il deposito, per salari di guardiani e così via. Qualora un compenso sia stato pattuito o sia stabilito dalla consuetudine, il deponente ha l'obbligo di pagarlo, ricevendo il deposito. Il depositario non ha diritto di ritenzione sulle cose depositate per il rimborso delle sue spese nè per altro titolo, come è già stato osservato.

SEZIONE III. — Fine del deposito.

§ **186.** Il deposito finisce colla revoca del mandato conferito al depositario, che si verifica appena il deponente chiede di ritirare il suo deposito [132].

Quando però il deposito è stato fatto congiuntamente da due persone (per esempio, quando un pegno viene depositato presso un terzo dal debitore e dal creditore per essere conservato nel loro comune interesse), il mandato di conservarlo o di disporne in certi casi determinati non si ritiene revocato se non per comune accordo dei due contraenti [133].

Il deposito finisce anche colla morte del depositante o del depositario o colla pazzia di uno dei contraenti.

---

[129] Ḫalīl, n. 8 e 18; Dardīr–Dasūqī, III, 373–374.

[130] *Mud.*, ap. Tasūlī, II, 263.

[131] *Mud.*, XV, 157; Ḫalīl, h. t., n. 24; Dardīr–Dasūqī, III, 378; Ibn Salmūn, II, 436; Zeys, II, n. 452–453; cf. *Digest.*, 16, 3, 1 § 8–10, 12 pr., 23; *Cod.*, IV, 34, 11.

[132] Anche per la rinuncia del depositario che può restituire il deposito quando vuole (Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 284).

[133] Ḫalīl, XIII, n. 29.

SEZIONE IV. — Di alcune varietà del contratto di deposito.

§ **187.** Avvengono, nella vita pratica, varî casi in cui, senza che esista un regolare contratto di deposito, i rapporti che si costituiscono presentano i caratteri di questo contratto, talchè vi si applicano naturalmente le regole del deposito.

I. Quando un oggetto viene rimesso a chi desidera esaminarlo prima di farne l'acquisto [134], il contratto che si forma è analogo al deposito. Colui che ha ricevuto la cosa deve custodirla e risponde del suo dolo e della colpa grave come il depositario, ma non del caso o forza maggiore; se il valore della cosa è stato dichiarato, egli risponde nel limite di quel valore; in caso diverso, del valore della cosa il giorno in cui gli è stata consegnata.

II. Il ritrovamento di una cosa smarrita (" luqṭah, luqaṭah ") dà luogo, tra proprietario ed inventore, ad un rapporto analogo al deposito [135]; se ne è già detto nei diritti reali (Libro VI, § 64).

III. *Il sequestro giudiziario* è il deposito di una cosa litigiosa o comune a più persone presso un terzo, fino alla decisione del litigio o alla liquidazione della comunione. Di questo si dirà più opportunamente nella procedura.

---

[134] Ḫalīl, X, n. 105; Zurqānī, V, 124; Ḫiršī, V, 122; *P. C. T.*, a. 1131; cf. *Digest.*, 19, 5, 1 § 2, 17 § 2, 4, 5, 20, 23.

[135] Buḫārī, *luqaṭah*, n. 3; Ibn Salmūn, II, 137; Dasūqī, IV, 108; cf. *Digest.*, 47, 2, 43 § 4; *P. C. T.*, a. 1137.

LIBRO XII

CONTRATTI DI BENEFICENZA

CAPITOLO I.

Comodato (" 'āriyah, 'āriyyah ") e precario (" irfāq ")[1].

SEZIONE I. — Concetto ed elementi essenziali.

§ **188**. Comodare (" i'ārah ", da cui " 'āriyah " = comodato) significa concedere a qualcuno, temporaneamente, il godimento gratuito di un valore patrimoniale (" tamlīk manfa'ah muwaqqatah lā bi-'iwaḍ "); è questa la definizione che ne danno i giuristi, seguendo Ibn 'Arafah (ap. Ḥirši, VI, 120).

Il comodato è quindi un contratto di beneficenza, e, come tale, molto raccomandato (" mandūb ") dalla Tradizione e dalla giurisprudenza, per la fratellanza che esiste tra i Musulmani e per il dovere che ciascuno ha di soccorrere il fratello, potendo. I trattatisti applicano al contratto il versetto coranico (XXII, 76): « Fate il bene e prospererete » ed il " ḥadīṯ " del Profeta: « Ogni servigio (reso ad altri) è un atto di beneficenza », ed osservano che tanto il Profeta quanto i suoi Compagni ebbero spesso a ricorrere alla benevolenza degli ospiti nei tempi difficili dell'Emigrazione, dando così un esempio che ogni Musulmano deve imitare[2].

---

[1] Buḫārī, *hibah*, n. 33–34 (Krehl, II, 144); *Mud.*, XIV, 66–67; XV, 162 sg.; Ḫalīl, XXIII (Comodato); Dardīr–Dasūqī, III, 379 sg.; Zurqānī–Bannānī, VI, 126 sg.; Ḫiršī, VI, 120 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1276 sg.; Mayyārah–Raḥḥāl, II, 184 sg.; Tāwudī–Tasūlī, II, 258 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 276 sg.; *Waǵīz*, I, 203 sg.; *Minhāǵ*, II, 94 sg.; Šīrāzī, p. 70; *P. C. T.*, a. 1192 sg.; Sachau, p. 463 sg.; 'Abdu 'r–Raḥīm (Cimino), p. 387; Zeys, II, n. 457 sg.

[2] Cf. Buḫārī, *hibah*, n. 33–34; Abū Dā'ūd, III, 212–213; Ḫiršī, VI, 121.

§ **189.** Gli *elementi essenziali* (" arkān ") del contratto di comodato sono:

1° I contraenti, cioè

a) il comodante (" mu'īr ");

b) il comodatario (" musta'īr ").

2° L'oggetto (" aš-šay' al-mu'ār, 'āriyah ").

3° La forma (" ṣīġah ") o espressione del consenso a contrarre il comodato.

I. *I contraenti*. – Nel *comodante* [3] si richiede la capacità di disporre a titolo gratuito della cosa comodata; non possono quindi comodare lo schiavo e l'impubere, perchè incapaci di contrarre, l'amministratore di opera pia (" waqf, ḥubus "), lo schiavo autorizzato a commerciare, il tutore e curatore, perchè sono loro vietate le liberalità coi beni di cui hanno l'amministrazione, l'usuario (" mālik al-intifā' "), perchè egli ha solo diritto all'uso, ma non ha facoltà di disposizione (" taṣarruf "). Non importa, invece, che il comodante sia proprietario della cosa comodata; può dare a comodato anche il comodatario, salvo patto contrario, come pure il locatario. Anche l'ingiusto possessore (" ġāṣib ") acquista l'azione di restituzione in qualità di comodante, se dà a comodato la cosa usurpata [4]. Solo il gestore d'affari (" fuḍūlī ": v. Lib. XI, §§ 176–177), cioè chi si occupa, senza mandato, dell'affare altrui, non può dare a comodato; infatti, se si può vendere, salvo ratifica del proprietario, la cosa altrui, non si può darla a comodato, perchè il comodato è una beneficenza, un atto a titolo gratuito, e non si può donare ciò che ad altri appartiene [5].

Il *comodatario* dev'essere capace di ricevere la cosa che è oggetto del comodato; non si può pertanto comodare un esemplare del *Corano* ad un " ḏimmī " (tributario protetto), nè un'arma ad un nemico che potrebbe servirsene contro i Musulmani.

II. *Oggetto*. – Oggetto del comodato [6] può essere tutto ciò che è in commercio o di cui si può lecitamente godere, sia mobile o im-

---

3 Ḫalīl, h. t., n. 1 e note 2–6; Ḫiršī, VI, 121; Dardīr–Dasūqī, III, 380–381; *Minhāǧ*, II, 94; cf. *Digest.*, 12, 1, 2 pr.

4 Perchè il comodato non trasmette alcun diritto di proprietà, ma solo l'uso o godimento precario.

5 Cf. 'Adawī ad Ḫiršī, VI, 121.

6 *Mud.*, XV, 169; Buḫārī, *hibah*, n. 33–34; Ḫalīl, h. t., n. 3; *Minhāǧ*, II, 95; cf. *Digest.*, 13, 6, 1 § 1, 3 § 6, 4; 12, 1, 18 § 1.

mobile. Possono essere oggetto di comodato anche le cose di cui è lecito il possesso, benchè non ne sia lecito il commercio, per esempio, il cane da caccia, le pelli non conciate ecc. (Lib. VI, § 7), ma non quelle che si consumano con l'uso, salvo che siano destinate ad essere esposte o mostrate *ad pompam* e non per consumarle, perchè in questo caso il negozio si risolverebbe in un mutuo.

Non è a parlare di controprestazione. La gratuità è essenziale al concetto del comodato; se si pattuisse una controprestazione od un compenso a favore del comodante, il contratto cesserebbe di essere un contratto di beneficenza [7], per convertirsi in locazione-conduzione [8].

Il godimento (" manfa'ah" = utilità) [9], che è scopo del comodato può essere dei più svariati: si può comodare un animale per fare un viaggio od un trasporto, uno schiavo per eseguire certi lavori, un campo od un'area per coltivarla e raccogliere i frutti, per costruirvi un edificio, per stabilirvi certe opere; nel qual caso il comodato è affine al *precarium* romano e si chiama anche " irfāq " [10].

Quando l'uso non sia determinato dal contratto, si ricorrerà alle circostanze od alla consuetudine.

Si richiede solo che lo scopo sia lecito [11]: non si può comodare una schiava a scopo di commercio sessuale, od anche una donna libera, come domestica, quando si possa temere che il comodatario ne abusi; ond'è che non si può comodare la donna a chi non sia suo parente stretto, in *grado proibito*, come si dice, cioè tale che il matrimonio gli sia vietato con lei, salvo che il comodatario sia persona degna di fiducia e avente famiglia propria. Non si può comodare una cosa per servire ad un uso illecito (per esempio, un recipiente per mettervi del vino, un'arma per commettere un delitto).

III. *Forma*. – Il comodato non richiede forme solenni e si contrae in tutti i modi che valgono ad esprimere il consenso; il contratto

---

[7] Ḫalīl, h. t., n. 5 e nota 15; cf. *Digest.*, 13, 6, 5 § 12; 19, 5, 17 § 3; *Inst.*, III, 24 § 2.

[8] O in locazione irregolare, secondo gli Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 95.

[9] Ḫalīl, h. t., n. 1 e nota 8; cf. XIII, n. 13; *Mud.*, XV, 164–166; Dardīr-Dasūqī, III, 386; Ḫiršī, VI, 127; Ibn 'Āṣim, v. 1225; Mayyārah, II, 163; Tasūlī, II, 237; *Minhāǧ*, II, 96–97.

[10] Cf. *Digest.*, 13, 6, 1 § 1; 43, 26, 4 § 4, 5, 6 pr.

[11] Ḫalīl, h. t., n. 2; Ḫiršī, VI, 121; *Minhāǧ*, II, 74. Comodato d'una cosa affinchè il comodatario se ne serva per costituire un pegno ? Questione controversa presso gli Sciafiiti: *Minhāǧ*, I, 431.

è perfetto [12] quando una delle parti esprime la volontà di concedere la cosa a titolo di comodato e l'altra di riceverla a questo titolo [13], anche tacitamente.

In caso di dissenso tra le parti, se si tratti di comodato o di locazione, si deve distinguere: se il dissenso avviene prima che il comodante si sia servito della cosa, fa fede la sua affermazione di non averla ricevuta a titolo di locazione, perchè in caso di dubbio è da escludere l'esistenza dell'obbligazione; il contratto non si forma e la cosa sarà da restituire al proprietario [14]. Se il dissenso avviene dopo l'esecuzione del contratto, farà fede l'affermazione giurata del preteso comodante di aver dato la cosa a titolo di locazione [15].

SEZIONE II. — Effetti del comodato.

§ **190.** Il comodato non trasferisce nè la proprietà nè il possesso giuridico della cosa [16], ma solamente il precario godimento, l'uso temporaneo: *res utenda datur* [17].

La natura del contratto ne determina gli effetti [18]:

a) Il comodatario deve custodire con diligenza la cosa comodata. Egli non può servirsene se non per l'uso e nella misura determinati dalla natura della cosa o stabiliti dal contratto o dalla consuetudine.

b) Egli non può locare la cosa comodata, nè disporne a proprio vantaggio, se non per l'uso per il quale è stata comodata.

c) Può tuttavia comodare a sua volta la cosa a lui comodata, salvo che il contratto sia strettamente personale, cioè che, o per la natura della cosa o per le convenzioni delle parti, l'uso ne sia limitato al solo comodatario.

---

[12] *Mud.*, XV, 172; Ḫalīl, h. t., n. 4 e 12; Ḫiršī, VI, 128; *Minhāǵ*, II, 94–95.

[13] In diritto ḥanafita il comodato è un contratto reale e richiede per la sua perfezione anche la tradizione della cosa: *Radd al-muḥtār*, in comm. *Maǵallah*, a. 810; cf. *Inst.*, III, 14 § 2; *Digest.*, 44, 7, 1 § 3.

[14] Cf. *Digest.*, 12, 1, 18 § 1.

[15] Sciafiiti: La presunzione in questi casi è in favore del proprietario: *Minhāǵ*, II, 100.

[16] Il comodatario possiede in nome del proprietario o comodante.

[17] "al-intifā' lā al-manfa'ah": Bannānī ad Zurqānī, VI; 'Adawī ad Ḫiršī, VI, 120, 121; cf. *Digest.*, 13, 6, 8, 9, 15, 16; 41, 2, 3 § 20; *Inst.*, III, 14 § 2.

[18] Ḫalīl, h. t., n. 7, 9; XIII, 3; Bannānī, VI, 131; Tasūlī, II, 260; Ḫiršī, VI, 120–121 e 'Adawī *ad loc.*; *Minhāǵ*, II, 94, 96.

§ **191.** Il comodatario [19] è tenuto a restituire la cosa comodata, identicamente: " al-'āriyah mu'addāh ", dice una tradizione spesso citata dai giuristi (*commodatum restituendum*). Quest'obbligo della identica restituzione della cosa comodata è appunto quanto distingue il comodato dal mutuo, che obbliga il mutuatario a restituire sia la cosa ricevuta sia un equivalente.

Il comodatario è tenuto, abbiamo detto, alla restituzione identica di quanto ha ricevuto, ma non deve nulla di più, perchè ogni di più sarebbe contrario alla gratuità che è essenza del comodato, oltre a costituire un " ribā " (lucro illecito, usura) a profitto del comodante. Nè può il comodatario restituire una cosa migliore, perchè la diversità delle cose muterebbe la natura del contratto, che esige la identità di quanto il comodatario ha ricevuto e di ciò che restituisce. S'intende che, oltre alla cosa, sono da restituire gli accessori rimessi al comodatario assieme a quella, ed anche le accessioni ed i frutti che nel frattempo siano a lui pervenuti [20].

La restituzione del comodato deve farsi alla data stabilita; il comodatario non può essere tenuto a restituirlo prima di quel termine.

Non essendo stabilito un termine [21], il comodatario non ha obbligo di restituire la cosa se non dopo averne fatto l'uso pel quale gli è stata comodata, secondo il contratto o la consuetudine. Si ammette tuttavia una eccezione a questa regola: quando il comodante abbia necessità urgente della cosa comodata, essendo equo che nessuno abbia a subire danno da un beneficio che ha inteso conferire altrui. Ma anche in questa ipotesi, è pur giusto che il comodatario non subisca danno a sua volta da una revoca intempestiva del comodato e si cerca di contemperare i due diritti secondo equità; così, ad esempio, se il comodato ha per oggetto un fondo rustico od un'area fabbricabile (è il cosiddetto " irfāq " = *precarium*), è sottinteso che al comodatario debba essere lasciato un termine sufficiente per trarre dal fondo quel godimento che era scopo del contratto. Supponiamo

---

[19] Buḫārī, *istiqrāḍ*, n. 17; *'uqūd*, n. 16; *Mud.*, XV, 164, 165, 167; V, 137; Ibn 'Āṣim, v. 1276; Tasūlī, II, 258; Ḫalīl, h. t., n. 10, 11; Dardīr-Dasūqī, III, 385; Ḫiršī, VI, 126; Ibn ar-Rāmī, p. 20; *Minhāǧ*, II, 97.

[20] Cf. *Digest.*, 13, 6, 5 § 9, 13; 47, 2, 14 § 15.

[21] *Mud.*, XIV, 219; XV, 164; Ḫalīl, h. t., n. 11; XIX, n. 49 e not. 166, 169; Ibn 'Āṣim, v. 1226; Tāwudī-Tasūlī, II, 237; Mayyārah, II, 163 e Raḥḥāl *ad loc.*; Ḫiršī, VI, 62, 127; Dardīr-Dasūqī, III, 326, 386; Ibn ar-Rāmī, p. 20; *P. C. T.*, a. 1211; cf. *Digest.*, 13, 6, 12 § 1; 13, 6, 5 pr. 17 § 3; *Minhāǧ*, II, 99.

che il comodatario abbia lavorato e seminato il terreno, o costruito sull'area comodata, e che subito dopo il comodante richieda il fondo per necessità urgente che egli ne abbia; il comodante sarà tenuto a rimborsare il valore delle costruzioni, delle piantagioni e dei lavori fatti, più quello dei materiali preparati dal comodatario in vista di quei lavori.

Qualora, invece, sia spirato il termine stabilito dal contratto o dalla consuetudine, il comodatario, il quale non restituisce la cosa comodata, viene equiparato dalla dottrina all'usurpatore ("ġāṣib"); il comodante può costringerlo a togliere le piantagioni e costruzioni, o farle proprie, pagandone il valore, dedotto il salario degli operai che occorrerebbero per la demolizione.

La restituzione della cosa comodata deve farsi nel luogo ove è stata consegnata al comodatario, se le parti non abbiano convenuto di un luogo diverso. Le spese di ricevimento del comodato e quelle di restituzione sono a carico del comodatario, il contratto essendo fatto nel suo interesse esclusivo. Sono pure a carico del comodatario le spese ordinarie di conservazione della cosa, quali, ad esempio, il mantenimento dello schiavo o dell'animale comodato [22]. Quest'ultimo punto è però controverso.

§ **191bis.** Se il comodato non è attestato da atto scritto o da prova legale (due testimoni idonei) [23], basterà l'affermazione giurata del comodatario per far prova della restituzione, essendo il comodatario annoverato fra i fiduciari ("umanā'", pl. di "amīn"), come il depositario, il mandatario ecc., cui la legge attribuisce piena fede in queste materie.

Tuttavia, se la cosa è *facilmente occultabile* o *trafugabile* ("mā yuġābu 'alayhi"), quali una gemma, un'opera d'oreficeria, una stoffa ecc., non basterà l'affermazione del comodatario di averla restituita; egli sarà tenuto a far la prova legale di quanto afferma.

§ **192.** Il comodatario, il quale non restituisce la cosa comodata o la restituisce deteriorata, non risponde del perimento o del danno qualora provenga:

a) dall'uso normale ch'egli abbia fatto della cosa [24], o da quell'uso che è stato convenuto tra le parti; chi ha ricevuto in como-

---

[22] Ḫalīl, h. t., n. 14; cf. ibid. n. 60; Tasūlī, II, 236, 12 dal b.; *Minhāǧ*, II, 95.

[23] *Mud.*, XV, p. 88, 163, 164: Ḫalīl, h. t., n. 6, n. 12; XII, n. 18 in f.; Ibn 'Āṣim, v. 1279, 1280.

[24] *Mud.*, XV, 163, 164, 171; Ḫalīl, h. t., n. 8; Ḫiršī, VI, 124; *Minhāǧ*, II, 95.

dato una spada per recarsi in guerra non risponde se l'arma si spezza o viene deteriorata, qualora risulti che l'aveva seco nel combattimento; il comodatario di un aratro, d'una zappa, d'una vanga non risponde della deteriorazione dello strumento, se l'abbia adoperato normalmente all'uso cui era destinato;

b) dal vizio intrinseco della cosa comodata [25]; per esempio, se la storia o la veste era già tarlata, se il vaso era incrinato, o l'animale sofferente o malato;

c) da forza maggiore [26]; per esempio, se la cosa è perita in un incendio a lui non imputabile, se l'animale è morto di morte naturale. Si deve però distinguere a questo riguardo:

1° le cose *non facili ad occultare o a trafugare* (" mā lā yuġābu ʿalayhi "), ad esempio, un animale, una nave ancorata in un porto, un immobile; basterà per queste a far fede del perimento la dichiarazione del comodatario, salvo la prova contraria, o l'esistenza di circostanze tali da rendere sospetta quella dichiarazione, ad esempio, se l'animale che il comodatario dichiarava morto è stato veduto vivo e sano qualche giorno dopo la data da lui indicata come quella della morte, o se nessuno dei componenti la carovana colla quale egli viaggiava ha avuto sentore del fatto che si dice avvenuto durante il viaggio;

2° la cosa comodata è *facile a trafugare ed occultare* (" mā yuġābu ʿalayhi "), quali sono le pietre preziose, stoffe, vesti, i monili, una nave in viaggio. Il comodatario dovrà provare il caso di forza maggiore da lui allegato quale causa del perimento o della deteriorazione, e la mancanza di colpa a lui imputabile nel fatto.

§ **193.** Il comodatario risponde della forza maggiore nei casi seguenti:

1° Se abusa della cosa comodata [27] (*culpa in committendo*) e dia così occasione al perimento o alla deteriorazione della cosa. Costituisce abuso (" taʿaddī " = usurpazione) l'aver adoperato la cosa ad un uso più oneroso di quello determinato dalla sua natura o dal contratto o dalla consuetudine. « Qual'è la tua opinione, chiede Saḥ-

---

[25] *P. C. T.*, a. 1214; *Digest.*, 13, 6, 5 § 7; 10 pr., 18 pr.

[26] *Mud.*, XV, 164; Ḫalīl, h. t., n. 6, 7; Ḫiršī, VI, 124; Ibn ʿĀṣim, v. 1276, 1277; Tasūlī, II, 259–260; Bannānī, VI, 131.

[27] *Mud.*, XV, 162–164; Ibn ʿĀṣim, v. 1278; Ḫalīl, h. t., n. 9 e not. 28–30; Tasūlī, II, 260, 261; *P. C. T.*, a. 1215; *Minhāǧ*, II, 96; *Digest.*, 13, 6, 5 § 7, 8; 44, 7, 1 § 4; *Inst.*, III, 14 § 2.

nūn ad Ibn al–Qāsim nell'*al–Mudawwanah* (XV, 162), se taluno chiede in prestito una cavalcatura per andare dove a lui piacerà, con un carico non determinato, ed egli si trovi al Cairo, e, ricevuto l'animale, si fa portare in Siria od in Ifrīqiyah (Africa settentrionale)? Egli (Ibn al–Qāsim) rispose: Bisognerà esaminare come è stato fatto il comodato; se è stato fatto per un luogo cui ordinariamente si va mediante una cavalcatura (va bene), altrimenti, il comodatario risponde (delle conseguenze). Un caso analogo è quello di chi dice ad un altro: " Fa sellare la tua cavalcatura, mi occorre per un mio affare "; l'altro risponde: " Servitene per andare dove vorrai ". Tutti sanno che in questo caso l'animale non s'intende prestato per andare in Siria nè in Ifrīqiyah »; in altri termini è la consuetudine che determina lo scopo del comodato e l'uso che se ne può fare lecitamente.

A costituire abuso, non basterebbe che il comodatario avesse adoperato la cosa ad un uso diverso da quello convenuto, se più lieve, meno oneroso di questo. Se gli è stata comodata una bestia da soma per trasportare grano e trasporti invece lenticchie od altri legumi secchi, o per trasportare seta e imponga all'animale materie più leggere, quali il cotone o il lino, non si potrebbe imputare di abuso. Sarebbe invece abuso del comodato l'adoperarlo ad uno scopo non solo diverso, ma più oneroso, se, per esempio, invece di grano, il comodatario carica l'animale di pietre o di piombo; se, avendo ricevuto la cavalcatura per recarsi ad un luogo determinato, si faccia portare a distanza notevolmente superiore; in questi casi, egli risponde delle conseguenze della sua trasgressione (" ta'addī "). « Una persona, racconta Ibn al–Qāsim nell'*al–Mudawwanah* (XIV, 66; cf. XV, 162), interrogò Mālik, in mia presenza, circa il caso seguente: un uomo aveva preso a prestito una cavalcatura per accompagnare i pellegrini fino a Ḏū 'l–Ḥulayfah; giunto colà, si scostò un poco da Ḏū 'l–Ḥulayfah e smontò, quindi fece ritorno; nel ritorno, l'animale morì. Mālik rispose: se il luogo nel quale quell'uomo è sceso è uno dei luoghi in cui sia consueto scendere per riposare presso a Ḏū 'l–Ḥulayfah, egli non risponde (della morte dell'animale); se ha oltrepassato le stazioni ordinarie di riposo, egli ne risponde » (perchè la morte dell'animale può essere stata cagionata dallo strapazzo).

2° Il comodatario risponde anche della forza maggiore se è *in colpa*, cioè se la cosa perisce o è deteriorata per la sua negligenza o mancanza di custodia, o quella delle persone di cui deve rispondere. Così se ha trascurato di dare alla cosa le debite cure, se la veste co-

modata è stata lacerata o altrimenti deteriorata per negligenza, e così via [28].

Tizio manda un suo domestico a chiedere in prestito da un amico delle stoffe o delle gioie per una certa solennità. Le cose richieste vengono smarrite dal messaggero. Tizio risponde della perdita, qualora riconosca di aver dato mandato a quella persona di farsi consegnare le cose in parola.

Altro caso: Tizio si fa comodare delle gioie per adornare un suo bambino in occasione di una festa; lascia poi il bambino senza sorveglianza e le gioie sono rubate: Tizio risponde della perdita.

Sarebbe diversa la soluzione se non si potesse imputare colpa al comodatario. « Ibn Yūnus dice, sull'autorità di Ibn Ḥabīb: quando taluno ha preso a prestito un animale da sella o da basto e, dopo essersene servito, lo rimanda per mezzo del suo schiavo o del suo domestico e l'animale perisce o viene smarrito, il comodatario non risponde, perchè ciò è quanto si fa ordinariamente (cioè di rimandare una cosa siffatta per mezzo di un servitore; manca quindi la colpa), anche se il fatto della perdita sia noto soltanto per l'affermazione del domestico; nè importa che questi sia persona di fiducia o non lo sia » (al-Bannānī, l. c.).

3° Il comodatario risponde pure della forza maggiore se è in mora [29], cioè se non ha restituito la cosa nel termine stabilito dal contratto o dalla consuetudine, perchè egli con ciò si è posto nella condizione dell'usurpatore (" muta'addī, ġāṣib "), o ingiusto possessore, il quale risponde sempre del rischio (*fur semper moram facere videtur*).

§ **194.** È valido il patto per cui è imposto al comodatario il rischio del caso fortuito o forza maggiore in ogni caso?

I Malichiti distinguono [30]:

a) se la cosa comodata è nel novero delle cose *che è agevole occultare* o *trafugare* (" mā yuġābu 'alayhi ") (gioie, stoffe, imbarcazioni o navi), il patto è lecito ed ha pieno valore;

---

[28] Tasūlī, II, 260; Ḫalīl, h. t., n. 13; Ḫiršī, VI, 128; Bannānī, VI, 131; cf. *Maġallah*, a. 814; *P. C. T.*, a. 1215, 1216; cf. *Digest.*, 13, 6, 10 § 1, 12, 1.

[29] *Mud.*, XV, 167; Ḫalīl, h. t., n. 11; Ibn 'Āṣim, v. 1278; Ḫiršī, VI, 63, 127; Dardīr-Dasūqī, III, 386; *P. C. T.*, a. 1215; cf. *Digest.*, 13, 6, 5 § 8; 13, 1, 16; *Inst.*, IV, 1, § 6-7.

[30] *Mud.*, XIV, 8; Ḫalīl, h. t., n. 6; Tasūlī, II, 260; *'Amaliyyāt*, p. 276-277; cf. *Digest.*, 13, 6, 21 § 1; *Cod.* IV, 23, 1.

b) se la cosa *non è facile ad occultare o a trafugare* (" mā lā yuġābu 'alayhi "): (un cammello, uno schiavo, un immobile), il patto si ha per non scritto, perchè sarebbe un'assicurazione della cosa contro ogni infortunio che avvenisse durante il tempo del comodato e quindi un lucro indiretto, una forma di " ribā ", che ritrarrebbe il comodante. La questione è tuttavia controversa: Muṭarrif opina per la validità del patto, qualora questo abbia causa legittima, per esempio, se si dovesse condurre l'animale in luogo pericoloso o vi fosse poca sicurezza nel paese; l'opinione dominante è però nel senso della dottrina di Mālik: « Se tu hai ricevuto un animale in prestito da qualcuno, col patto di garantirlo (cioè di rispondere del rischio), tu non sei tenuto a rispondere » (*'Amaliyyāt*, l. c.)

In caso di dissidio tra le parti intorno alle modalità del contratto, per esempio, intorno all'uso per il quale la cosa è stata comodata, alla distanza che il comodatario poteva percorrere coll'animale prestato ecc., sono da distinguere due casi [31]:

1° se il contratto non ha ancora avuto esecuzione, cioè se il comodatario non ha adoperato la cosa, farà fede quanto afferma il comodante, sotto il vincolo del giuramento, intorno al punto contestato;

2° se invece è già avvenuta l'esecuzione e, per esempio, se il comodatario si è già servito dell'animale prestato e lo ha portato fino al punto che egli asserisce esser stato concordato con il comodante, farà fede la sua affermazione.

Quindi, se il comodatario afferma che aveva facoltà di portare l'animale fino ad un certo punto e l'animale sia perito nel tragitto, il comodatario non dovrà nè il valore della bestia, nè un sovrappiù di nolo per la maggior distanza percorsa, perchè ne ha fatto l'uso convenuto tra le parti.

§ **195.** Qual'è il risarcimento dovuto dal comodatario nei casi in cui la legge lo ritiene responsabile per la mancata restituzione della cosa comodata? [32].

Quando il comodatario è garante (cioè responsabile) della cosa a lui prestata, dovrà il valore che quella aveva il giorno in cui spirava il comodato, aumentato del deprezzamento subíto dalla cosa per l'uso che ne è stato fatto, e ciò dopo che avrà affermato con giuramento che la cosa non esiste e non può più essere restituita al como-

---

[31] Ḫiršī, VI, 128.

[32] Ḫalīl, h. t., n. 12; Ḫiršī, VI, 126.

dante, potendosi sospettare che il comodatario se la sia appropriata per il suo valore, senza il consenso del comodante. Inoltre, qualora la cosa sia stata adoperata ad un uso diverso da quello per il quale era stata concessa e che ha deprezzato la cosa più di quanto l'avrebbe deprezzata quell'uso, il comodatario risponde di tutto il danno prodotto; quindi, se è causa del perimento della cosa, egli risponde e del valore che quella aveva nel giorno stabilito per la restituzione, e del deprezzamento che ha subíto per l'uso che ne è stato fatto.

Se l'abuso non ha avuto per effetto di deteriorare la cosa, il comodante potrà sempre ripetere un prezzo di locazione per quel tanto che eccede i termini del contratto: così se, per esempio, l'animale comodato è stato portato molto al di là del punto concordato fra le parti, il comodante avrà diritto ad un fitto corrispondente alla eccedenza di percorso compiuta dall'animale.

§ **196.** Questi i vari obblighi cui è tenuto il comodatario; il comodante può, tuttavia, essere tenuto a risarcire il comodatario nei casi seguenti [33]:

1° Se la cosa comodata aveva tali difetti che il comodatario ne abbia riportato un danno rilevante: ad esempio, se lo schiavo comodato era un ladro ed abbia derubato il comodatario; se l'animale comodato era viziato e abbia cagionato una lesione a chi se ne serviva.

In questi casi e altri simili il comodatario ha diritto alla riparazione del danno. Non ha, tuttavia, diritto a risarcimento: *a*) se i vizî o difetti della cosa comodata erano apparenti o tali che il comodatario avrebbe potuto accorgersene senz'altro; *b*) se gli sono stati dichiarati; *c*) se il danno è stato provocato dal fatto o dalla incuria del comodatario.

2° Il comodante è tenuto a rimborsare le spese straordinarie fatte dal comodatario per la conservazione della cosa, se erano urgenti e le circostanze non abbiano consentito al comodatario di darne avviso al comodante in tempo utile.

SEZIONE III. — Fine del comodato.

§ **197.** Il comodato si estingue:

1° collo spirare del termine prefisso: se il comodatario muore prima di quel termine, gli eredi succedono nei diritti e nei doveri del loro autore, fino allo spirare del termine [34];

---

[33] Sono i casi dell'*actio comodati contraria* in diritto romano.

[34] *Mud.*, XV, 167.

2° se non è stabilito un termine, il comodato si estingue colla morte del comodatario; gli eredi succedono tuttavia negli obblighi che risultano dal contratto, oltrechè nel fatto proprio o nella colpa relativi al contratto stesso.

CAPITOLO II.

Il mutuo (" qarḍ, salaf ") [35].

SEZIONE I. — Concetto ed elementi essenziali del mutuo.

§ **198.** Nell' Arabia preislamica, specie nei centri maggiori, si riscontra un notevole sviluppo del commercio del danaro e delle operazioni commerciali, tra cui il mutuo. Nei tempi più antichi, il mutuo (" salaf, qarḍ ") e l'anticipazione su derrate (" salam ") non erano ben distinti e sembra formassero un solo negozio. Tracce palesi di questa confusione si scorgono qua e là nelle tradizioni e si ritrovano nella teoria posteriore (cf. Ḫalīl, XII, n. 1). Ma già prima dell'Islām, i due contratti si distinguono nettamente. Il mutuo (" qarḍ ") si presenta nel Corano quale istituto pienamente formato [36], ed i precetti coranici e tradizionistici tendenti a raffrenarne gli abusi dimostrano l'importanza economica e sociale dell'istituto.

§ **199.** Il mutuo (" qarḍ " ed anche " salaf ") è, secondo la definizione di Ibn 'Arafah, « la consegna, a scopo unicamente benevolo, di un valore patrimoniale (" mutamawwal ") da restituirsi dopo un certo termine (*lett.* non subito), mediante un corrispettivo della stessa specie (*lett.* non diverso da quello), (restituzione) costituente un'obbligazione personale » [37]. In altri termini, è il contratto col quale una parte trasmette ad un'altra a titolo gratuito la proprietà di certi valori patrimoniali, che il ricevente si obbliga a restituire, dopo il

---

[35] Muslim, VII, pp. 2–36; Buḫārī, *istiqrāḍ* (Krehl, II, 82 sg.); *Muwaṭṭa'*, III, 146 sg.; *Mud.*, IX, 135 sg.; Ḫalīl, XII per tot.; X, 39–41; Ibn 'Āṣim, v. 1305 sg.; Mayyārah, II, 195 sg.; Tāwudī–Tasūlī, II, 270 sg.; Zurqānī, V, 226 sg.; Ḫirši, V, 229 sg.; Dardīr–Dasūqī, III, 194 sg.; 'Ilayš, *Fatāwà*, II, 112; *Waǵīz*, I, 158; *Minhāǵ*, I, 425, 355 sg.; Širāzī, p. 62; Sachau, 459 sg.; Zeys, I, 189 sg.; Juynboll, § 59; *P. C. T.*, a. 1221 sg.; 1236 sg.

[36] *Cor.*, III, 246; V, 15; LVII, 11, 17; LXIV, 17; LXXIII, 20.

[37] " al–qarḍ daf' mutamawwal fī 'iwaḍ ġayr muḫālif lahu lā 'āǵilan tafaḍḍulan fa–qaṭ muta'alliqan bi–ḏimmah ".

termine stabilito, in cose della stessa specie, uguali per quantità e qualità [38].

Il mutuo (" qarḍ ") implica quindi un'alienazione; i giuristi arabi lo fanno derivare da " qaraḍa " = « tagliare, resecare », perchè il mutuante separa dal suo patrimonio una certa parte (cf. *Digest.*, 12, 1, 2 § 2: *Mutuum ex eo quod de meo tuum fit*).

Esso ha per causa la volontà di beneficare il mutuatario, senza vantaggio alcuno per chi dà il mutuo; a questo titolo è vivamente raccomandato, come ogni atto di buona fratellanza fra Musulmani [39].

§ **200.** *Elementi costitutivi.*

Gli elementi costitutivi del mutuo sono:

A) I subietti, cioè:

a) il mutuante (" muqriḍ ");

b) il mutuatario (" muqtariḍ ").

B) L'oggetto (" aš-šay' al-muqraḍ, al-qarḍ ").

C) La forma (" ṣīġah ") o manifestazione di volontà delle parti tendente a costituire il mutuo.

A) *I subietti.*

In quanto alle parti il mutuo richiede naturalmente il consenso dei contraenti. È necessario che uno dia la cosa a titolo di mutuo, l'altro voglia riceverla per questo titolo da quella persona. Se uno, credendo di contrarre con Tizio, si trova ad aver contratto con Sempronio, non si contrae mutuo.

Il consenso richiede, per essere efficace, la capacità. Nel mutuante si richiede la capacità di alienare, poichè il mutuo importa alienazione. Se non è proprietario della cosa o è proprietario solo *pro parte* o, pur essendo proprietario, non ha la capacità di alienare, non può concedere mutuo.

Il padre non può dare a mutuo ad altri nè prestare a se stesso i capitali appartenenti al figlio, se non nei casi in cui ha facoltà di alienare i beni di questi, cioè quando vi sia evidente utilità per il pupillo ed il capitale non corra nessun rischio.

Le stesse regole si applicano al tutore testamentario, al curatore ed agli amministratori delle fondazioni pie.

---

[38] Cf. Ḫalīl, X, n. 39; XII, nota 1.

[39] *Minhāǧ*, I, 425.

B) *Oggetto* [40].

Oggetto del mutuo è, generalmente, il danaro; ma i Malichiti e gli Sciafiiti non escludono che il mutuo possa avere per oggetto ogni cosa in commercio capace di essere oggetto di " salam " (anticipazione sopra una consegna futura), quali le derrate, le cose mobili, gli animali, ad esclusione degl'immobili; questi sono esclusi dal " salam " come dal mutuo, perchè ambedue costituiscono un'obbligazione generica, che implica la restituzione di una quantità o cosa equivalente, mentre un immobile è una *res certa* e individuata, che il mutuatario dovrebbe restituire identicamente.

Non si può dare a mutuo una schiava, per il rischio che il mutuatario ne abusi, salvo che la schiava sia parente del mutuatario in grado proibito, o che il mutuatario sia una donna, un impubere, un vecchio d'età molto inoltrata. Tranne questi casi, il mutuo d'una schiava è illecito e dev'essere rescisso e la schiava dovrà essere restituita senza indugio. Il mutuatario è tenuto a pagarne il valore, calcolato al giorno in cui gli è stata consegnata:

a) se non possa restituirla identicamente sia, perchè perita o deteriorata, sia perchè ha avuto commercio con lei;

b) se l'ha avuta interamente a sua disposizione, anche se non abbia avuto con essa alcun commercio.

C) *Forma: perfezione del contratto.*

Il mutuo in diritto romano è un contratto reale, che si perfeziona colla tradizione dei valori che ne sono oggetto. Il mutuo malichita è invece un negozio puramente consensuale, come tutti i contratti di beneficenza, e si perfeziona appena le parti sieno d'accordo, l'una per concedere, l'altra per ricevere, a titolo di mutuo, i valori che ne sono oggetto [41].

Sezione II. — Effetti del mutuo.

§ **201.** Il mutuo si perfeziona col semplice consenso. Onde varie conseguenze in diritto malichita:

1° Dal momento in cui il contratto è divenuto perfetto [42], i valori mutuati passano nel patrimonio del mutuatario, anche prima

---

[40] *Mud.*, IX, 24, 38 in f.; XV, 83; *Muwaṭṭa'*, III, 148; Ḫalīl, XII, 1, n. 1; *Minhāǧ*, I, 426; Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 121; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 148.

[41] Ḫalīl, h. t., n. 4. La Scuola sciafiita insegna invece, come il diritto romano, che le cose mutuate passano nel dominio del mutuatario solo colla tradizione: *Minhāǧ*, I, 427.

[42] Ḫalīl, XII, § 4.

di ogni tradizione effettiva. È indifferente d'altronde il modo in cui si perfeziona il contratto. Si contrae il mutuo tanto se il mutuante consegni effettivamente il danaro o altri valori mutuati, quanto se dia un oggetto al mutuatario affinchè lo venda e trattenga presso di sè il ricavato a titolo di mutuo.

2° Una seconda conseguenza è che il mutuatario può disporre dei valori presi a mutuo anche prima di averli ricevuti dal mutuante. Chi ha contratto un mutuo di derrate può venderle o darle in pagamento anche prima di averne ottenuto il possesso; il mutuatario di una somma in numerario può delegarla al suo creditore anche prima di averla ricevuta dal mutuante.

3° Una terza conseguenza è che dal momento della perfezione del contratto i rischi della cosa mutuata sono a carico del mutuatario [43]. Se la cosa o il danaro perisce, se avviene una deteriorazione per causa fortuita o per il fatto di un terzo, il mutuatario ne sopporta le conseguenze, appunto perchè egli è proprietario della cosa o del danaro fin dal momento del contratto. In altri termini si reputa ch'egli abbia ricevuto i valori mutuati e rimane obbligato a restituirli, anche se per le cause anzidette egli non li abbia ricevuti o li abbia ricevuti solo in parte.

§ **202.** *Obblighi del mutuatario* [44].

Il mutuatario è tenuto a restituire una quantità e qualità di cose fungibili eguale a quella da lui ricevuta [45] od un valore equivalente se si tratta di altre cose.

Egli deve restituirla nella data stabilita dal contratto o dalla consuetudine e non può esservi costretto prima di quel termine. In altre parole, il termine s'intende stabilito nell'interesse del debitore; questi può quindi rinunciarvi e restituire prima del termine fissato, anche se il creditore non vi consenta. Non essendo stabilito un termine, il mutuatario deve restituire appena ne sia richiesto (cf. *Digest.*, 50, 17, 14)

La restituzione deve farsi nel luogo stesso ove è avvenuto il mutuo. Il creditore può rifiutare il pagamento, quando gli sia offerto in altro luogo, salvo che si tratti di danaro ed egli non abbia ragioni

---

[43] Cf. *Digest.*, 12, 1, 9 § 9; 44, 7, 1 § 4; *Inst.*, III, 14 § 2.

[44] Buḫārī, *istiqrāḍ*, n. 17; *Mud.*, IX, 43, 96, 97; VIII, 134–136; XIII, 67; Ḫalīl, X, n. 39, 40; XII, n. 5; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 148; Dardīr–Dasūqī, III, 198.

[45] Se restituisce una quantità o qualità inferiore e il creditore vi consente, ciò rappresenta una liberalità del creditore.

gravi di rifiutare il pagamento, ad esempio, la poca sicurezza delle comunicazioni in quella regione.

§ **203.** Il mutuatario *non può restituire* nulla di più di quanto ha ricevuto, nè il creditore esigerlo. Il mutuo essendo essenzialmente gratuito, al creditore è vietato ritrarne un lucro qualunque, un accrescimento (" ribā "), secondo l'espressione tecnica; l'interesse sul capitale mutuato non è che un caso speciale di " ribā "; questo si verifica ogniqualvolta il creditore riceva più di quanto ha sborsato, sia che l'ottenga direttamente sotto forma di usura o interessi sul capitale (" ribā 'l-qarḍ "), sia indirettamente, sotto forma di beneficio o vantaggio derivante dall'operazione di mutuo.

È questo l'elemento specifico aggiunto dall'Islām alla dottrina del mutuo. Come il Deuteronomio ed il Vangelo [46], e per le stesse ragioni sociali, la legislazione coranica ha una spiccata avversione per il commercio del danaro. Sorto in paese povero, di scarso commercio, dominato da una ristretta oligarchia di capitalisti che sfruttava duramente i bisogni di una moltitudine senza risorse, l'Islām primitivo si trovava a disagio: l'ideale di questa comunità di credenti e di fratelli nella fede era in deciso contrasto con il predominio del capitale e cogli abusi inevitabili dell'usura che ne sono la conseguenza.

Le fonti parlano di interessi ragguagliati ad un dirham per un dirham (" dirham bi-dirham ") che è quanto dire al cento per cento; ed il Corano di " ribā " a più doppi (" akl ar-ribā aḍ'āf[an] muḍā'afat[an] ": *Cor.*, III, 125). Contro questo stato di cose il legislatore reagisce come può, condannando severamente il commercio del danaro, sinonimo quasi sempre, in quell'ambiente, di pratiche usurarie. Il divieto dell'usura (" ribā "), le minacce contro chi confonde il commercio normale (" bay' ") e legittimo col « mangiare i beni del prossimo senza causa che lo giustifichi » ("akl amwāl an-nās bi-'l-bāṭil "), l'esortazione a far partecipe il bisognoso dei propri beni, « a far un prestito generoso a Dio », che lo restituirà moltiplicato a mille doppi, sono concetti che il Corano e le tradizioni ripetono con vivace insistenza [47]. Si dice dai commentatori che il versetto II, 278 del Co-

---

[46] *Deuter.*, 23, 19; *Levit.*, 25, 36; *Exod.*, 22, 25; *Ps.*, 15, 5; *Proverb.*, 28, 8; *Ezek.*, 18, 8, 13, 17; 22, 12; *Luc.*, 6, 34-35.

[47] *Cor.*, II, 246, 276-278; III, 125; IV, 33, 34, 159; V, 15; XXX, 38; LVII, 11, 17; LXIV, 17; LXXIII, 20; cf. Caetani, *Ann.*, 23 H., § 528; *Mud.*, VIII, 131-135; IX, 126-135, 140, 141; XV, 183; *Muwaṭṭa'*, III, 110, 114, 139, 147-148; Buḫārī, *buyū'*, 24-26, 74-81; Muslim, VII, pp. 1-36 e Nawawī *ad loc.*; Abū Dā'ūd, III,

rano sia stato l'ultimo rivelato al Profeta prossimo a morire: « O credenti, temete Dio e rilasciate quanto rimane dovuto sul " ribā " (frutti del mutuo), se siete veramente credenti ». La gratuità del mutuo rimane canone della giurisprudenza e distintivo del vero Musulmano [48]. « Colui che fa un mutuo, dice 'Abd Allāh ibn Mas'ūd, non può stipulare nulla di più di quanto ha prestato, foss'anche un pugno di miglio, chè sarebbe usura » (" ribā "). La religione vi aggiunge le sue sanzioni.

Nel capitolo delle Vendite di al-Buḫārī (*buyū'*, n. 24) [49] è registrata la visione di colore apocalittico e di origine probabilmente giudaica, attribuita al Profeta, sulla punizione che aspetta l'usuraio: « Ho visto, racconta il Profeta, questa notte due uomini (i commentatori intendono gli Arcangeli Michele e Gabriele). Essi mi condussero verso una terra santa. Andammo finchè ci trovammo presso un fiume di sangue, entro il quale un uomo stava in piedi... E presso il fiume era un uomo, dinanzi al quale erano delle pietre, e l'uomo che era nel fiume si avanzò, ma, quando fu per uscirne, l'altro gli lanciò una pietra sulla bocca per farlo tornare al luogo dove si trovava, ed ogni volta che l'uomo faceva atto di uscire dal fiume, l'altro gli lanciava una pietra sulla bocca, ed egli tornava dov'era. Io chiesi ai miei compagni: Che cosa significa ciò ? Ed uno mi rispose: Colui che tu vedi nel fiume ha mangiato il prodotto dell'usura ». Altre minacce si trovano nelle tradizioni contro chi aiuta l'usuraio a concludere il negozio e contro chi scrive il contratto di mutuo usurario [50].

SEZIONE III. — Il divieto d'usura nella pratica.

§ **204.** La dottrina amplificò questa tendenza della religione; ne risultò una teoria del " ribā ", che ebbe la sua speciale applicazione nel mutuo.

Ogni vantaggio o lucro (" fā'idah, naf' "), diretto o indiretto, che il creditore ritrae dal mutuo, è " ribā ", e quindi contrario alla legge morale e civile dell' Islām.

161, 164, 166; Ibn Māǧah, II, 18; Ibn Sa'd, VI, 187, 14–15; Rāzī, *Mafātīḥ*, II, 531 sg.; Zeys, I, 192–193; Cohn, *Wucher*, p. 4–6, 22 sg.; Arin, *Rech.*, pp. 13–32.

[48] Ḫalīl, X, n. 22 e nota 127; XII, n. 3 e nota 9; Dardīr–Dasūqī, III, 195 sg.; Ḫiršī, V, 230 sg.

[49] Cf. Qasṭallānī, IV, 26 sg.; Peltier, *Ventes*, p. 24.

[50] Muslim, VII, 24; Buḫārī, l. c. (Qasṭallānī, IV, 26).

Questo vantaggio o lucro può consistere:

I. In una eccedenza di *quantità*. Il mutuante non può pattuire nè ricevere una somma o valore maggiore di quanto è stato da lui effettivamente sborsato al debitore. Nè lo potrebbe indirettamente, sotto specie di dono o regalo: « È illecito, dice Ḫalīl (XII, n. 2), ogni dono del debitore al suo creditore », salvo i piccoli regali d'uso, se non per motivi speciali che li giustifichino [51].

II. In una migliore *qualità*. Noi sappiamo dalla Tradizione che non solo è lecito, ma anche lodevole, che il debitore sia *buon pagatore* " ḥasan al-qaḍā' ", cioè restituisca una cosa migliore di quella da lui ricevuta. Se ciò vien fatto spontaneamente è un attestato di riconoscenza, una liberalità del debitore, e non è vietato al creditore accettarla [52]. L'esempio del Profeta basta per tutti, qual'è riferito nell'*al-Muwaṭṭa'* e in al-Buḫārī. Ibn Rāfi' racconta: « L'Apostolo di Dio prese a prestito un giovane cammello. Quando i cammelli della " zakāh " giunsero, l'Apostolo di Dio mi ordinò di restituire al creditore un cammello simile a quello ch'egli aveva preso a prestito. Io gli dissi: Non ho potuto trovare in tutto il branco che un cammello, e questo è eccellente e nel vigore dell'età. L'Apostolo di Dio disse: Daglielo (al creditore); i migliori tra voi sono i migliori pagatori ».

Ma non è di questo che qui si tratta; il divieto del " ribā " riguarda il patto posto dal creditore che il debito sarà pagato in cose di qualità migliore di quelle da lui date, come sarebbe il caso di chi dà derrate di qualità inferiore od avariate stipulando che gli saranno restituite derrate di buona qualità [53].

Una tradizione riferita da Mālik indica le prime linee della teoria in questa materia: « Un uomo si recò da ' Abd Allāh ibn 'Umar e gli disse: " O Abū 'Abd ar-Raḥmān, ho fatto un mutuo ad un uomo ed ho pattuito da lui qualcosa di migliore di quello che gli ho prestato ". 'Abd Allāh ibn 'Umar disse: " Questa è usura ". " Che cosa mi ordini di fare ? ", chiese l'uomo. 'Abd Allāh ibn 'Umar rispose: " Il mutuo può farsi per tre cause diverse: tu puoi prestare coll'animo di meritare la ricompensa divina, e ciò cui tu hai diritto è la ricompensa divina; tu puoi prestare coll'animo di meritare la riconoscenza del tuo pros-

---

[51] *Mud.*, IX, 139; Ḫalīl, XII, n. 2; Šāfi'ī, 64, 76; Peltier, *Mouwaṭṭa*, p. 120.

[52] Buḫārī, *istiqrāḍ*, 4, 6, 7, 17; *hibah*, n. 23; *wakalāh*, n. 5–6; Muslim, VII, 36 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 146; *Mud.*, IX, 33; XIII, 121; VIII, 134; Ḫalīl, XII, n. 3; X, n. 39; Zurqānī, V, 81; *Minhāǧ*, I, 426.

[53] Ḫalīl, XII, n. 3 (a) (c); X, n. 46; cf. n. 40 e not. 193.

simo, e ciò cui hai diritto, allora, è la riconoscenza del tuo prossimo; tu puoi prestare coll'animo di acquistare ciò ch'è illecito mediante ciò che è lecito [54]. Questa è usura ". L'uomo domandò di nuovo: " Che cosa debbo fare ? ", e Ibn 'Umar rispose: " Io credo che tu debba lacerare la tua obbligazione. Se il debitore ti dà una cosa simile a quella che tu gli hai prestata, accettala. Se ti dà una cosa meno buona, accettala lo stesso e Dio ti ricompenserà. Se ti dà spontaneamente una cosa migliore, è un ringraziamento ch'egli ti fa, e tu avrai sempre diritto ad una ricompensa (divina) per il favore che gli hai fatto " » [55].

III. Il profitto può consistere in un *servigio* che il debitore presta al creditore (tranne che si tratti di servigi di poca entità). Ad esempio, un individuo dice ad un altro: Compra questa merce per conto comune tra me e te, e pagala in contanti per me, ed io la rivenderò per te. Non è lecito dire: « Pagala in contanti per me, ed io la rivenderò per te ». Ciò costituisce, infatti, un mutuo fatto a condizione che il mutuatario rivenderà la merce per conto del mutuante; il mutuo non è più gratuito, in questa ipotesi, ed è pertanto vietato [56].

Una figura analoga è quella « di chi dà in prestito una cosa, danaro, oggetti preziosi, grano ecc., che non vuol conservare presso di sè, per timore di deteriorazione, di deperimento od altro, per farsela restituire più tardi quando il rischio sarà passato » [57]. Il vantaggio ritratto dal mutuante fa sì che il contratto non si possa considerare gratuito, come vuole la legge.

IV. Il vantaggio o profitto può consistere nel *luogo* del pagamento (*utilitas loci*) [58], in quanto il ricevente risparmia il rischio e la spesa del trasporto, facendosi pagare in un certo luogo piuttosto che in quello ove il pagamento sarebbe dovuto. Mālik riferisce che 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb ebbe a pronunciarsi sul caso d'un individuo che aveva prestato derrate alimentari (" ṭa'ām ") ad un altro, a patto che questi le avrebbe restituite in un'altra città. 'Umar biasimò questa operazione, dicendo: « E che cosa si fa del trasporto ? ». 'Umar intendeva

---

[54] Cf. *Cor.*, IV, 3.

[55] Peltier, *Mouwaṭṭa*, 119.

[56] *Mud.*, IX, 133, 135; *Muwaṭṭa'*, III, 142, 143 (cf. Peltier, *Mouwaṭṭa*, 112–113); Ḫalīl, XII, n. 3 e not. 18–19; XIX, n. 25 e not. 81–85.

[57] *Mud.*, IX, 133; Ḫalīl, XII, n. 3 (e).

[58] *Muwaṭṭa'*, III, 147; *Mud.*, IX, 134, 135; Ḫalīl, XII, n. 3 (d); Tasūlī, II, 271; cf. *Digest.*, 13, 4, 4 § 8.

dire che non si teneva conto del vantaggio che il creditore ritraeva risparmiando il trasporto.

Sicchè quella operazione che da noi si fa mediante la cambiale non sarebbe lecita a rigor di diritto. « Non è lecita la lettera di cambio (" saftaǵah " o " suftaǵah ") », dice al-Ḫiršī, « con cui il mutuatario prescrive al suo rappresentante in un altro luogo di pagare al portatore una somma o quantità uguale a quella da lui presa a mutuo, perchè con ciò il mutuante ritrae un beneficio, ed è quello di garantire il suo capitale contro i pericoli del viaggio ». Ciò sarebbe lecito solo se nel paese mancasse la sicurezza, perchè, tra due mali, conviene scegliere il minore, cioè il beneficio derivante dal mutuo, per prevenire la perdita dei beni, male assai maggiore [59]. Inutile dire che nella pratica odierna la lettera di cambio è d'uso comune in tutti i paesi musulmani, malgrado le riserve dei rigoristi.

Il profitto può essere rappresentato dal *tempo* [60]: chi riceve prima della scadenza quanto gli è dovuto, riceve più della somma dovuta, perchè può impiegare il danaro e farlo fruttare anzichè lasciarlo inoperoso; è quel che gli Arabi chiamano " ar-ribā fī 'n-nasī'ah ", corrispondente al *commodum temporis* o *commodum repraesentationis*. Se il pagamento è anticipato spontaneamente dal debitore, il quale ha, per diritto, la facoltà di pagare anche prima del termine, la cosa è lecita. Ma se, per ottenere questa anticipazione, il creditore concede una riduzione su quanto è dovuto (è l'operazione di sconto del nostro diritto), il negozio è usuraio da parte non del creditore, ma del debitore. Questi infatti, ottenendo una riduzione sulla somma che deve, fa un lucro, come se avesse prestato a se stesso od impiegato il danaro ad un saggio d'interessi corrispondente. Un esempio lo spiegherà meglio: Tizio, che deve 100 a Sempronio ad un anno, offre a Sempronio di pagarlo subito, se Sempronio consente a ridurre il suo credito a 95; se Sempronio accetta e Tizio si libera pagando 95, il risultato è che Tizio, lucrando 5, si trova nelle condizioni in cui sarebbe se avesse impiegato la somma che aveva al 5 % per un anno, termine che gli era stato concesso per pagare tutta la somma.

§ **205.** Ma le restrizioni della legge si palesano, col tempo, inconciliabili coi bisogni del commercio e la crescente attività economica dell'Impero dei Califfi e, come da noi nel Medio Evo ogni studio è

---

[59] Ḫalīl, l. c., 3 (d) e nota 13; Ḫiršī, V, 231; Dardīr-Dasūqī, III, 197; Tasūlī, II, 258.

[60] Šāfi'ī, 76; *Mud.*, VIII, 134; Mayyārah, I, 145.

rivolto da pratici e giuristi a eludere i divieti della legge canonica in materia di usura, così tra i Musulmani si moltiplicano le astuzie (" ḥiyal ") destinate ad assicurare la libertà dei commerci. Certo non tutte le Scuole sono ugualmente rigorose. I più tolleranti furono sempre i Ḥanafiti, per il loro principio che la necessità rende lecito ciò che a rigore sarebbe vietato [61]. « Chi è stretto dal bisogno, scrive al-Ḥamawī, può prendere a mutuo pagando un interesse... » [62]. Nei paesi di rito ḥanafita le varie forme di ripieghi legali per eludere il divieto dell'usura si moltiplicano colla compiacente tolleranza dei giuristi. Invece tra Malichiti e Sciafiiti regna nella teoria un inflessibile rigore, che non impedisce le molteplici frodi che la vita pratica oppone, come sempre, al rigore della legge.

Tra le varie combinazioni immaginate per dar veste legittima alle operazioni di mutuo fruttifero sotto colore di vendita, di locazione, di transazione, alcune meritano particolare menzione per la loro importanza pratica e la loro frequenza.

A) Vendita o locazione *con facoltà di risoluzione* (" ḫiyār aš-šarṭ ") combinata col pronto pagamento del prezzo.

Sia che si tratti di compra-vendita o di locazione-conduzione, la condizione risolutiva congiunta col pagamento contante del prezzo pattuito è un modo assai usitato di palliare il mutuo fruttifero; infatti l'esistenza stessa del contratto essendo in sospeso [63], la somma pagata si converte facilmente in un mutuo, qualora la parte che ha stipulato la clausola risolutiva se ne prevalga annullando il contratto. Questa clausola è quindi pei Malichiti ragione di rescindibilità (" fasād " = vizio) del contratto).

Lo stesso avviene se il proprietario prende in locazione la propria casa dal suo inquilino; questo contratto, che in sè è lecito, si presta agevolmente ad un'astuzia spesso praticata: il proprietario loca la sua casa a Tizio per dieci pagabili ad un certo termine e poi

---

[61] " aḍ-ḍarūrāt tubīḥu al-maḥẓūrāt ": cf. Lib. II, § 22 di quest'opera.

[62] Cf. Ibn Nuǵaym, I, p. 126 n. 5; *Maǵallah*, a. 17; *P. C. T.*, a. 1236; prestito fruttifero dei capitali del " waqf " in Turchia: Mouradgea d'Ohsson, *Tableau général de l'Emp. Ottoman*, II, 550-551; pei Musulmani dell'India: Wilson, *Dig.*[4], p. 35; N. B. E. Baillie, *A Digest of Moohummudan Law*, London 1865, 562 nota. Sulle astuzie giuridiche ḥanafite per eludere il divieto di " ribā " si veda anche al-Ḫaṣṣāf (m. 261 eg., 874-875 d. C.), *Kitāb al-ḥiyal herausg. von* J. Schacht, Hannover 1923, p. 45 sgg., 64 sgg. della parte tedesca.

[63] Ḫalīl, X, n. 94.

la riprende in subaffitto dallo stesso locatario per otto pagabili in contanti [64]; la differenza rappresenta gl' interessi.

B) Vendita *con patto di riscatto*. — Si legge in Ibn al-Ḥaǵǵ citato da az-Zurqānī (V. 87) [65]: «Un abuso sempre più diffuso ai giorni nostri è questo: una persona compra una casa per mille dīnār, con patto di riscatto in favore del venditore e la dà in locazione al venditore stesso, per cento dīnār, prima di averne preso consegna e senza che il venditore l'abbia evacuata. Il venditore continua ad abitare la casa ed a possederla... ed il compratore riscuote da lui la somma tra loro stabilita come locazione. Dopo un certo tempo, il compratore ha riscosso la somma da lui pagata come prezzo e restituisce la proprietà al venditore. Tutto ciò è certo illecito e costituisce chiaramente un'operazione usuraria (" ribā "), nè importa il nome dato al contratto dalle parti ». Mayyārah dice che, a tempo suo, nel Maġrib questa forma di simulazione era frequentissima: « Una casa, la quale vale cinque once al mese, per esempio, viene locata dal compratore al venditore stesso per dieci once o più, e ciò al solo scopo di permettere al compratore di ricevere i frutti della somma da lui sborsata, a pagare i quali non basta l'affitto ordinario della casa. E v'ha di peggio: quando è giunto il termine e il venditore non ha di che pagare il compratore, la vendita diventa definitiva per il prezzo fissato nel contratto simulato, prezzo che rappresenta un terzo o anche meno del valore effettivo della proprietà. Sicchè il debitore sopporta la duplice perdita, quella derivante dal maggiore affitto che ha pagato e quella del minor prezzo cui vien valutata la sua casa, come avviene alle persone bisognose e strette da urgente necessità ».

C) *Compra per contanti e rivendita a termine.*

Tizio anticipa 100 a Sempronio a titolo di " salam " [66], cioè coll'obbligo assunto da Sempronio di consegnargli, a tre mesi o altra scadenza, una certa quantità di derrate o di merci. Giunta la scadenza, Tizio rivende la stessa cosa al suo debitore per un prezzo superiore a quello da lui anticipato, lucrando la differenza; l'operazione si risolve così in un mutuo fruttifero; perciò è vietata dai giuristi. « Ecco, dice Mālik, l'uso generalmente invalso tra noi riguardo a chi anticipa il prezzo d'uno schiavo, d'un animale, d'un oggetto

---

[64] Ḫalīl, X, n. 72; XXIX, n. 7; Dasūqī, IV, 9.

[65] Zurqānī, V, 87; Ḫalīl, X, 82[bis]–84.

[66] *Mud.*, IX, 123; *Muwaṭṭa'*, III, 128 (Peltier, p. 81); Ḫalīl, X, n. 82 e note 387–388; cf. Ibn Nuǵaym, II, 304.

mobile consegnabili a termine e determinati solo per il genere (*è il contratto di "salam"*). Quando è stata effettuata l'anticipazione ed è giunto il momento di consegnare la cosa, il compratore (colui che ha fatto l'anticipazione) non ha la facoltà di rivendere la cosa stessa al suo venditore (colui che ha ricevuto l'anticipazione) prima della consegna, per un prezzo superiore a quello che il compratore ha anticipato. Infatti, ciò sarebbe usura ("ribā"), poichè, quando il compratore rivende la cosa per una somma maggiore di quella da lui anticipata, il risultato è che il venditore restituisce il danaro che gli è stato anticipato e qualche cosa di più ».

D) Doppia vendita ("bay'atāni fī bay'ah") ossia *vendita a termine e ricompra per contanti* o viceversa [67], cioè compra per contanti e rivendita a termine.

Tizio vende a Sempronio un oggetto per 100 pagabili a termine, per esempio, a tre mesi; lo ricompra dallo stesso Sempronio per ottanta, in contanti od a termine più breve. Sempronio riceve subito il prezzo pattuito di ottanta, che è in realtà la somma mutuata; alla fine del trimestre, pagherà cento, prezzo dell'oggetto comprato, che rappresenta il rimborso del mutuo più i frutti.

È questo il contratto detto nel Medio Evo *contractus mohatrae* (dall'arabo "muḫāṭarah" = rischio), ed anche *barata* (in spagnuolo « frode »), spesso studiato da civilisti e canonisti: gli Arabi lo chiamano "'īnah", che è la vendita di derrate o altre merci prima che il venditore ne abbia ricevuto consegna e, in generale, la vendita di ciò che non si possiede. E così pure ogni negozio in cui una vendita per contanti viene congiunta alla ricompra della stessa cosa a termine, in guisa che il venditore riceve alla scadenza più di quanto aveva sborsato, è un mutuo usurario o "'īnah". Questo beneficio può avvenire rispetto alla quantità o anche rispetto alla qualità: chi cede un oggetto di qualità inferiore per ricevere una cosa migliore dopo un certo termine fa un contratto di "'īnah", mutuo usurario palliato sotto forma di vendita o altro negozio. Per esempio, chi vende per oro e ricompra subito a termine inferiore per oro di lega o peso inferiore, o per argento, è come colui che dà a mutuo una somma

---

[67] Abū Dā'ūd, III, 191; *Mud.*, IX, 118, 126; *Muwaṭṭa'*, III, 128; cf. 117, 118, 143 (Peltier, 50–51, 81); Ḫalīl, X, 73–76 e not. 354, 357–362, n. 78 e nota 368; Zurqānī, V, 107; *Lisān al-'Arab* s. v. *'īnah*; Juynboll, § 75; Kohler, *Jurist. Rechtsfragen*, p. 5; Zeys, I, 145–146.

d'oro o d'argento stipulando il pagamento in numerario di titolo più fino.

Altra combinazione: una persona ha bisogno di danaro e promette cento a chi gli presterà ottanta. Il capitalista, cui si dirige, gli dice: non posso darti ottanta per ricevere cento, perchè la legge lo proibisce. Ma eccoti quest'oggetto che vale ottanta; te lo vendo per cento, che mi pagherai, per esempio, fra tre mesi [68]. Anche questo contratto si chiama " 'īnah ", e la dottrina malichita, pur riprovandolo, non lo dichiara nullo, benchè sia indubbiamente una forma larvata di mutuo fruttifero.

E) Una forma affine è il cosiddetto contratto di *vendita e mutuo* " bay' wa salaf " [69]. — Questo si risolve in due operazioni distinte: un mutuo gratuito, che è il contratto principale; alla scadenza il debitore paga la somma mutuata, e solo questa, e l'operazione viene così liquidata a forma di legge. Per regolare gl'interessi, si ricorre ad un secondo contratto: il creditore vende al suo debitore un oggetto qualunque, di valore minimo – una penna, un calamaio ecc. – e il debitore paga, come prezzo di quell'oggetto, la somma concordata per i frutti. Generalmente, questa vendita viene fatta prima del mutuo, per modo che il creditore riceva i frutti anticipati. Questa operazione è controversa in diritto ḥanafita; Abū Yūsuf la ritiene lecita, Muḥammad la riprova, Ibn Nuǵaym la ritiene un' *astuzia lecita*. I Malichiti la condannano senz'altro.

F) Il contratto di commissione, detto pure " 'īnah ", si presta agevolmente a palliare un'operazione usuraria. — Il commissionario [70] infatti s'incarica di procurare la merce per conto di terzi e vende pertanto ciò che non possiede: il contratto si ritiene riprensibile, ma non illecito. È addirittura vietato quando taluno dice ad un altro: « Compra tale merce per dieci e pagala per me; te la ricomprerò per dodici tra un mese ». L'operazione è un contratto di commissione solo in apparenza: chi compra per conto del committente gli presta la somma necessaria per l'acquisto della merce e viene rimborsato mediante una somma maggiore, che rappresenta appunto i frutti

---

[68] Abū Dā'ūd, III, 191; *Mud.*, IX, 89; Ḫalīl, X, n. 86; Ǵurǵānī, *Ta'rīfāt* s. v. *al-'īnah*.

[69] Ibn Nuǵaym, II, 304 e Ḫamawī *ad loc.*, n. 8; *P. C. T.*, a. 1236 nota.

[70] *Muwaṭṭa'*, III, 142; Ḫalīl, X, n. 85–87 e nota 401; Dardīr–Dasūqī, III, 77; Ḫiršī, V, 105 sg.; Zeys, I, 147.

del mutuo. « I due di eccedenza, scrive al-Ḫiršī, rappresentano il benefizio per l'anticipazione o prestito fatto dal commissionario e per la cessione dell'operazione contratta nell'interesse del committente ».

CAPITOLO III.

Della donazione [71].

§ **206.** *Preliminari.* — Le tradizioni considerano con molto favore le liberalità di ogni specie. « La mano che sta di sopra (cioè quella che dà) è migliore di quella che sta di sotto (cioè di quella che riceve) » — " al-yad al-'ulyà ḫayr min al-yad as-suflà " — dice un " ḥadīṯ ", con evidente reminiscenza evangelica, ma che esprime fedelmente il concetto arabo. La generosità è stata sempre considerata in Arabia come una delle virtù principali che costituiscono la " murū'ah " (*virtus*, qualità dell'uomo completo), e l'Islām, svolgendo questo concetto in senso religioso, vi ravvisa l'espressione di una pietà sincera e di un animo incurante dei beni terreni, e lo favorisce quale vincolo di solidarietà e di fratellanza tra i credenti. Il " ḥadīṯ " insegna a non avere a vile nessun dono, per minimo che sia, a ricevere con gratitudine quanto vien dato di buon cuore, a far parte dei propri beni al fratello musulmano, ed insiste, non senza intenzione probabilmente, sull'accoglienza generosa fatta dai Medinesi agli emigrati meccani, ponendo i propri beni a disposizione del Profeta e dei suoi Compagni [72].

Quando poi la liberalità viene fatta *intuitu Dei* (" li-waǵh Allāh "), cioè per la Guerra santa od a scopo benefico, la Tradizione non ha parole sufficienti a lodarla. « Tu non giungerai a Dio finchè non ti sarai spogliato di quanto hai di più caro »; in questo dono eroico di sè e delle cose proprie a Dio come mezzo di santificazione, si rias-

---

[71] Buḫārī, *hibah* (Krehl, II, 129-146); Muslim, VII, 68 sg.; IV, 388 sg.; Nasā'ī, II, 133 sg.; *Mud.*, XV, 78 sg.; *Muwaṭṭa'*, III, 214 sg., 242; Ḫalīl, XXXIII (Donazioni); Ibn 'Āṣim, v. 645 sg.; Tasūlī-Tāwudī, II, 210 sg.; Mayyārah, II, 150 sg.; Zurqānī-Bannānī, VII, 93 sg.; Dardīr-Dasūqī, IV, 87 sg.; Ḫiršī, VII, 101 sg.; *'Amaliyyāt*, 391 sg.; *Waǵīz*, I, 249 sg.; Širāzī, *Tanbīh*, 45 sg.; Sachau, 623 sg.; *Minhāǵ*, II, 193 sg.; Dimašqī, II, 47, sg.; Ša'rānī, II, 91 sg.; 'Abdu 'r-Raḥīm (Cimino), p. 351 sg.; *Cod. Egiz.*, a. 500-529; Clavel, II, n. 667 sg.; Zeys, II, p. 195 sg.

[72] Buḫārī, *hibah*, n. 1-9, 11, 27-29, 35; *ašribah*, n. 12; Muslim, IV, 435, 436, 441; Abū Dā'ūd, III, 207.

sume la Guerra santa – " ġihād ", – spirituale fondamento della mistica dell'Islām, come già della vita ascetica giudaica e cristiana.

SEZIONE I. — Concetto ed elementi costitutivi.

§ **207.** Giuridicamente [73] la liberalità (" 'aṭiyyah ") è l'opposto del contratto commutativo (" 'aqd mu'āwaḍah "); infatti nel contratto commutativo un contraente aliena o si obbliga allo scopo di ottenere un corrispettivo; invece, nella liberalità, egli agisce solo per giovare all'altro contraente. « La liberalità (" 'aṭiyyah "), dice Ibn 'Arafah, è l'atto con cui taluno aliena spontaneamente un valore patrimoniale a beneficio altrui, senza corrispettivo ».

La liberalità (" 'aṭiyyah ") può avere per causa uno scopo pio o benefico in genere (" qurbah " = propiziazione, mezzo di avvicinarsi [a Dio]), ed essere fatta, come si dice, " li-waġh Allāh " = *intuitu Dei*, cioè in contemplazione delle ricompense della vita eterna; in questo caso si chiama propriamente " ṣadaqah " = elemosina, beneficenza. Può anche essere fatta *intuitu personae*, cioè per procurare un arricchimento ad una persona od ente determinato, ed in questo caso si chiama propriamente " hibah " (donazione).

La donazione è pertanto un contratto con cui taluno diminuisce il proprio patrimonio coll'intento di beneficare un'altra persona, concedendo a questa un aumento equivalente di patrimonio [74] senza stipulare un corrispettivo.

§ **208.** Gli *elementi costitutivi* (" arkān ") della donazione sono quelli dei contratti in generale:

1° i contraenti, cioè:

a) il donante (" wāhib ");

b) il donatario (" al-mawhūb lahu ");

2° l'oggetto della donazione (" hibah, mawhūb ");

3° la forma o dichiarazione di volontà dei contraenti (" ṣīġah ").

I. *Dei contraenti.* — *a*) Nel *donante* si richiede la capacità di diminuire gratuitamente il proprio patrimonio [75]; in altri termini la piena

---

[73] Buḫārī, *hibah*, n. 36; *Mud.*, XV, 112; Muslim, IV, 375, 435; Ibn 'Āṣim, v. 1191, 1116–1211; Ḫalīl, h. t., n. 1; Wilson, *Dig.*[4], n. 299–300; cf. *Digest.*, 39, 5, 1.

[74] *Minhāġ*, II, 193; Ḫalīl, l. c., n. 1; Dardīr–Dasūqī, IV, 87; cf. *Digest.*, 39, 5, 18 § 1; 12, 1, 18 pr.; 24, 1, 25.

[75] Buḫārī, *hibah*, n. 15; Ḫalīl, l. c., n. 2; Dasūqī, IV, 87–88; *Minhāġ*, II, 193; *Cod. Egiz.*, a. 532, 534; Clavel, II, n. 670, 674, 675, 678; cf. *Digest.*, 24, 1, 25.

capacità giuridica e la libera disposizione dei propri beni; quindi non possono donare: l'impubere e l'inabilitato per prodigalità o per deficienza di mente (" safīh "), nemmeno se siano assistiti dal tutore o curatore, perchè il tutore ha per ufficio di conservare il patrimonio pupillare, non di diminuirlo; non l'apostata dal momento in cui è dichiarata l'apostasia; non l'inabilitato per insolvenza e nemmeno il debitore oberato, anche prima della dichiarazione d'insolvenza, se risulti che era incapace di far fronte ai suoi debiti quando ha fatto la liberalità (*nemo liberalis nisi liberatus*).

Hanno capacità limitata di donare il malato grave e la donna maritata, i quali non possono donare validamente oltre il terzo del loro patrimonio.

La donazione dell'impubere, dell'inabilitato per prodigalità o deficienza, dell'alienato di mente è nulla *ipso iure*, nè può essere sanata da ratifica; quella del malato e della donna maritata, per quanto eccede il terzo dei beni, e quella dell'insolvente, è solo rescindibile e può essere confermata dagli eredi, dal marito o dai creditori, a seconda dei casi, perchè la rescindibilità è introdotta solo nel loro interesse.

b) Nel *donatario* si richiede la capacità di acquistare la cosa donata. Un infedele non può acquistare per donazione un esemplare del Corano, come non può comprarlo. La donazione fatta al nascituro è sospesa alla condizione che nasca vivo e vitale. Se fatta ad un impubere o ad un incapace, bisognerà distinguere: se puramente lucrativa, cioè se non implichi onere od obbligazione, l'accettazione può farsi validamente dall'incapace stesso; se invece implica un onere od un'obbligazione per il donatario, si richiede l'intervento di chi lo assiste legalmente.

II. *L'oggetto* della donazione deve rappresentare un arricchimento effettivo del donatario; si richiede quindi [76]:

a) che sia in commercio: non si può donare un uomo libero, una delle cose considerate impure (vino, suini ecc.);

b) che sia proprietà del donante. Si può alienare a titolo oneroso la cosa altrui, salvo la ratifica del proprietario, perchè si tratta di un contratto commutativo, in cui la nullità può essere sanata dalla ratifica, ma non si può *donare* la cosa altrui, perchè il contratto è puramente gratuito, e non si può dare ciò che non ci appartiene;

---

[76] Ḫalīl, l. c., n. 2; Dardīr–Dasūqī, IV, p. 87–88; Clavel, II, 605.

c) che il donante ne possa disporre; quindi non si può donare:

1° la schiava che ha dato un figlio al padrone, " umm walad " (Lib. IV, § 25);

2° lo schiavo che ha stipulato col padrone un contratto di riscatto " mukātab " (Lib. IV, § 22);

3° i beni costituiti in " waqf "; questi beni, benchè continuino ad appartenere al fondatore, non possono esser da lui alienati;

4° il diritto di retratto " šuf'ah " (cf. Lib. VI, §§ 45–51);

5° la cosa oppignorata; più precisamente, se la cosa è oppignorata, la validità della donazione è subordinata al pagamento del debito garantito dal pegno.

Tuttavia il diritto malichita prescrive, circa l'*oggetto* della donazione, regole assai meno rigorose che non siano quelle della vendita[77]. L'oggetto della vendita e degli altri contratti commutativi (" mu'āwaḍah ") dev'essere puro, determinato e certo e non può essere aleatorio, perchè è il corrispettivo di un prezzo ugualmente determinato dovuto dall'acquirente; invece per l'oggetto della donazione si concede un certo grado d'incommerciabilità, d'indeterminatezza o di alea, perchè è per il donatario un acquisto puramente lucrativo. Si può donare non solo un credito[78], una quota indivisa di una cosa o di un patrimonio, un diritto di godimento temporaneo o vitalizio di una cosa mobile od immobile, ma anche un cane da pastore o da guardia, uno schiavo fuggitivo, un oggetto sperato, per esempio, un legato od una successione futura, tutte cose che non si possono vendere; e ciò perchè nella donazione l'acquirente fa un acquisto puramente lucrativo e, qualora per un avvenimento imprevisto ne venisse frustrato, non risentirebbe *danno* in senso proprio, cioè diminuzione di patrimonio.

Il diritto sciafiita ha regole in parte diverse: non si può, secondo gli Sciafiiti, donare un oggetto non suscettibile di vendita, quale un animale fuggitivo, un oggetto indeterminato, un credito, se la donazione vien fatta ad altri che al debitore stesso[79]. Invece un valore

---

[77] Buḫārī, *hibah*, n. 32–35, 37; *Mud.*, XV, 126; Ḫalīl, h. t., n. 3–4; Dardīr–Dasūqī, IV, 88–89; *Minhāǧ*, II, 194; Clavel, II, 679; Zeys, II, n. 648; cf. Wilson, *Dig.*[4], n. 306, 308–310, 314; *Digest.*, 39, 5, 2 pr. § 1–2; 21 § 1, 33 § 3.

[78] La donazione di crediti al debitore vale liberazione del debito, in diritto malichita e sciafiita.

[79] *Minhāǧ*, II, 194, 195.

minimo si può donare, benchè non sia oggetto di vendita valida, per esempio, due chicchi di grano.

§ **209.** III. *La forma* (" ṣiġah ")[80] dev'essere esplicita e la dichiarazione di volontà del donante può farsi verbalmente o per iscritto con qualunque espressione da cui risulti chiaramente l'animo di donare; così: « Prendi questo ». « È tuo » e via dicendo. Nella più recente giurusprudenza malichita è invalsa la consuetudine di richiedere due testimoni ed anche di redigere un atto scritto, ma ciò non è ritenuto necessario per la validità della donazione.

Quando l'espressione è equivoca, l'interpretazione dipenderà dalle circostanze. Se un padre dice, parlando al figlio: « Fabbrica su quel terreno », ciò non significa che abbia donato l'area al figliuolo; sarà da intendersi come semplice comodato o precario (" 'āriyah "), cioè come permesso temporaneo di fabbricare su quel terreno, ed il figlio dovrà restituire l'area alla successione paterna, ripetendo solo il valore dei materiali impiegati a costruire l'edificio. Se, parlando del cavallo proprio, un padre dice ad un terzo: « Serviti del cavallo di mio figlio », ciò può significare soltanto che il cavallo è destinato abitualmente all'uso di quel figlio, o ch'egli lo adopera qualche volta, ma non vale riconoscimento di proprietà in favore di quel figlio. Invece se taluno dice ad un estraneo: « Fabbricati una casa sul mio terreno », ciò varrebbe donazione dell'area.

La espressione può anche essere tacita[81], ed in questo caso il significato dell'atto dipenderà dalle circostanze. L'appendere un monile al collo del figlio o della figlia vale donazione, se fatto dal padre o dalla madre. Lo stesso atto, compiuto dal marito o dal padrone verso la moglie o la schiava, vale soltanto permesso di servirsi di quell'oggetto, non donazione, la quale avrebbe bisogno di essere chiaramente espressa.

§ **210.** IV. *Perfezione della donazione*. — La donazione si perfeziona con l'accettazione del donatario, fatta coll'animo di acquistare un vantaggio gratuito[82]. Se Tizio dà una somma a Sempronio coll' animo

---

[80] Buḫārī, *hibah*, n. 36; Ḫalīl, h. t., n. 6; Dardīr–Dasūqī, IV, 90; Bannānī, VII, 96; *Minhāǧ*, II, 193; *Cod. Egiz.*, a. 500; Clavel, II, n. 686 e n. 696; cf. Wilson, *Dig.*4, n. 305; Sautayra, II, 354.

[81] Secondo gli Sciafiiti dev'essere esplicita sempre: *Minhāǧ*, II, 193, salvo che si tratti di un regalo.

[82] Dasūqī, IV, 92; *Minhāǧ*, II, 192; cf. *Digest.*, 12, 1, 18 pr.; 39, 5, 10, 19 § 2; 24, 1, 44; 44, 7, 55.

di fargliene dono e Sempronio la riceve, credendo che Tizio voglia prestargliela, non si contrae donazione; se Tizio dichiara di voler donare a Sempronio e questi lo ignora, non si contrae donazione, sicchè, se, per esempio, Tizio vende la cosa donata prima che Sempronio ne abbia notizia, la vendita è valida, non esistendo donazione se non quando l'animo di chi riceve coincide con quello di chi dà e sia diretto ad acquistare la cosa allo stesso titolo gratuito per il quale gli viene offerta.

L'accettazione del donatario, se basta a perfezionare il contratto, non basta tuttavia pei Malichiti a trasferire la cosa donata nel patrimonio del donatario, se non sia integrata dalla *presa di possesso* (" ḥawz, ḥiyāzah ") [83]. « Se la cosa rimane presso il donante, la donazione non vale » (Ḫalīl., h. t., n. 16). Occorre che la cosa donata sia separata dal patrimonio del donante, che questi se ne spogli effettivamente, per modo che la cosa venga inclusa nel patrimonio del donatario (come nella *saisine et dessaisine* dell'antico diritto francese); solo così il donatario acquista la cosa donata. Il consenso non basta quindi a trasferire la cosa donata. È anzi questo ciò che distingue gli atti puramente lucrativi dagli onerosi; nella vendita, per esempio, la cosa venduta ed il prezzo passano rispettivamente nel patrimonio del compratore e del venditore appena sia perfetto il consenso; invece negli atti gratuiti l'acquisto dell'oggetto della liberalità dipende dalla presa di possesso del beneficato [84], la quale è perciò elemento sostanziale dell'efficacia (" ṣiḥḥah ") della donazione, sia tra le parti, sia di fronte ai terzi, in quanto la rende definitiva *erga omnes*: tra le parti, perchè il donante può validamente disporre della cosa donata finchè il donatario non abbia preso possesso; di fronte ai terzi, perchè il donatario, che non ha preso possesso, non può opporre la donazione ai terzi qualora questi nel frattempo abbiano acquistato diritti sulla cosa e abbiano preso possesso di questa.

I giuristi malichiti [85] distinguono pertanto la *perfezione* della donazione, che si verifica in virtù del consenso dei contraenti, dalla sua *integrazione*, che avviene mediante la presa di possesso (" ḥawz ")

---

[83] Ḫalīl, h. t., n. 7; *Mud.*, X, 99; XV, 108–109; *Muwaṭṭa'*, III, 217; Mayyārah, II, 142, 15 dal b.; Dardīr–Dasūqī, IV, 90; Bannānī, II, 169 (per l' " iqṭā' "); *Minhāǧ*, II, 195; Wilson, *Dig.*[4], n. 301; Clavel, II, n. 689; Kohler, 96.

[84] Ibn Rušd, II, 255; Ibn Farḥūn, I, 109, 4 dal b.

[85] *Mud.*, X, 99, 134; Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, III, 217, 3 dal b., 218; Mayyārah, II, 142, 10 dal b.; Sautayra, II, 356, 361, 363.

del donatario. « La donazione è obbligatoria (cioè non è lecito alle parti recederne) in virtù della dichiarazione delle parti (o consenso) (" talzamu bi–'l–qawl "), ma è integrata (solo) dalla presa di possesso (" wa innamā tatimmu bi–'l–ḥiyāzah ") » dice az–Zurqānī nel suo commento all'*al–Muwaṭṭa'* (III, 218).

Secondo gli Sciafiiti, la donazione si perfeziona solo mediante la presa di possesso ("bi 'l–qabḍ ") della cosa da parte del donatario (*Minhāǵ*, II, 195): « La cosa donata non si acquista (" lā yumlaku ") se non mediante la presa di possesso avvenuta col consenso del donante ».

§ **211.** La presa di possesso si ritiene avvenuta, se effettuata dal donatario nei modi consueti, a seconda della natura della cosa donata. Se si tratta di un credito donato, basterà che sia compilato l'atto di donazione; in difetto di atto, basterà la dichiarazione del debitore di riconoscere per creditore il donatario [86].

Se si tratta di quota indivisa, basterà la dichiarazione delle parti.

Anche un atto di disposizione del donatario sulla cosa donata costituisce presa di possesso [87]; per esempio: se ha affrancato lo schiavo, se ha alienato la cosa donata, a titolo gratuito od oneroso, purchè ciò sia constatato mediante atto pubblico (cioè dinanzi a testimoni).

Basta, in certi casi, il possesso *brevi manu*:

1° Il padre, il tutore o il curatore, il quale dona al proprio pupillo [88], non solo può, ma deve prender possesso della cosa donata a nome del pupillo donatario; basta perciò che faccia constatare da testimoni il possesso da lui preso a nome di questi. Ma la semplice constatazione non basta e si richiede l'effettiva tradizione in due casi:

a) quando l'oggetto della donazione consiste in danaro, pietre preziose o altre cose fungibili, o in uno schiavo determinato genericamente (non individuato). In questo caso, il padre o tutore donante deve spogliarsi effettivamente del possesso, consegnando la cosa donata, dinanzi a testimoni, ad un terzo depositario, affinchè la conservi a nome del pupillo;

b) quando la donazione ha per oggetto la casa di abitazione del donante (padre o tutore); questi allora deve evacuare effettiva-

---

[86] *Mud.*, XV, p. 126, 127; Ḫalīl, h. t., n. 7 e nota 18.

[87] *Mud.*, VII, 59–60; Ḫalīl, h. t., n. 12 (c–d).

[88] Ibn 'Āṣim, v. 1194, 1202, 1203, 1205; Ḫalīl, h. t., n. 14, 17; XXXII, n. 7, e nota 29; Dardīr–Dasūqī, IV, 95; cf. Wilson, *Dig.*[4], n. 303.

mente la casa, facendo constatare da testimoni l'avvenuta evacuazione. Se il donante continua ad abitarvi o vi ritorni dopo breve tempo, anche come conduttore o precarista (precario = " irfāq "), non si ritiene avvenuta la tradizione della cosa.

La mancanza di effettiva tradizione, nei due casi precedenti, fa sì che la donazione diventi inefficace avverandosi uno degli impedimenti di cui sarà detto (§ 212).

2° Quando la cosa donata era già posseduta dal donatario per un altro titolo [89], per esempio, di deposito, di comodato ecc., basterà l'accettazione della donazione da parte del possessore per costituire la presa di possesso necessaria a integrare la donazione, ed intervertire quindi il titolo del suo possesso.

3° Quando la cosa donata era già posseduta da un terzo *proprio nomine* [90], per esempio, come usufruttuario, basterà che questi consenta a possedere per il donatario perchè ciò costituisca una presa di possesso di quest'ultimo agli effetti della donazione; non si richiede neppure il consenso del terzo possessore, se il donante abbia fatto constatare della donazione mediante atto pubblico o testimoni. Ecco un esempio: Tizio dona a Caio uno schiavo da lui già concesso in uso od in usufrutto a Sempronio. Basta a costituire possesso a favore di Caio, donatario, che Sempronio consenta a possedere per lui. Ma anche se Sempronio usufruttuario non sia informato della donazione, il suo possesso equivarrà a quello del donatario, qualora il donante abbia costituito la donazione per atto pubblico; infatti il donante si era già spogliato del possesso in favore dell'usuario o usufruttuario, i quali possiedono *proprio nomine*, e l'atto pubblico non fa altro che confermare questa traslazione del possesso ed equivale all'accettazione del donatario.

Non varrebbe invece, a favore del donatario, il possesso del creditore pignoratizio nè quello del conduttore. Infatti, il creditore pignoratizio ha l'animo di possedere per sè, ed il suo possesso non basta a sostituire quello del donatario. Anche il conduttore possiede a nome di chi gli ha locato, il quale continua a possedere finchè continua a percepire l'affitto; occorre che il locatore doni gli affitti o il contratto di locazione, per far sì che il conduttore possieda per il donatario.

---

[89] *Mud.*, XV, 128; Ḫalīl, h. t., n. 11 (2) e nota 35; Wilson, *Dig.*, n. 304[a].

[90] *Mud.*, XV, 121, 127, 128; Ḫalīl, h. t., n. 13; Dasūqī, IV, 93; Ḫiršī–'Adawī, VII, 108; Bannānī, VII, 99, 100.

Qualora la cosa sia stata donata congiuntamente a due persone, di cui una sia assente dal luogo, basterà che il donatario presente prenda possesso; ciò varrà anche a favore dell'assente [91].

§ **212.** Qual'è l'effetto della mancata presa di possesso ?

« La donazione si acquista col semplice consenso (" tumlaku bi 'l-qawl "), secondo la dottrina più accreditata, dice Ibn 'Abd as-Salām; (ma anche) l'accettazione e la presa di possesso sono elementi importanti. L'accettazione della donazione è un elemento sostanziale (" rukn " = colonna) per la esistenza della donazione, mentre la presa di possesso è condizione della efficacia (" ṣiḥḥah ") della donazione stessa ("šarṭ fī 'ṣ-ṣiḥḥah ") » [92].

Ciò richiede qualche maggiore delucidazione.

Sinchè non sia avvenuta la presa di possesso del donatario, la donazione può divenire inefficace, qualora si avverino certi fatti che impediscano la presa di possesso o, senza impedirla, le tolgano valore [93].

« Colui che, potendo validamente entrare in possesso, non prende possesso della cosa a lui donata... per negligenza, decade dal suo diritto, se sopravviene qualche fatto irreparabile » (Ibn 'Āṣim, l. c.).

La decadenza è pertanto fondata sulla colpa del donatario che ha trascurato di far valere il suo diritto in tempo utile. Questi fatti, che impediscono la presa di possesso del donatario o la rendono tardiva, per modo da toglierle efficacia rispetto all'acquisto della donazione, sono:

a) la morte del donante, salvo che questi, prima del suo decesso, abbia dichiarato dinanzi a testimoni la sua volontà di donare la cosa a quella persona. Questa dichiarazione tien luogo di possesso in favore del donatario [94] ;

b) la pazzia o malattia del donante, avvenuta prima che il donatario prenda possesso. Aspettando l'esito della infermità, la donazione rimane in sospeso e la cosa donata è posta sotto sequestro;

---

[91] Ibn 'Āṣim, v. 1199.

[92] Ḫiršī, VII, 105.

[93] *Mud.*, XV, 108, 126, 128, 130, 138; VII, 59, 60; *Muwaṭṭa'*, III, 218; Ḫalīl, h. t., n. 8, n. 16, n. 9; Ibn 'Āṣim, v. 1206–1207 (testo arabo); Mayyārah, II, 77, 135, 166 e Raḥḥāl ad loc.; Dardīr– Dasūqī, IV, 91–92.

[94] Buḫārī, *hibah*, n. 18; *Mud.*, XV, 86, 115; XIII, 65; *Muwaṭṭa'*, l. c.; Ḫalīl, h. t., n. 9 e note 25–27; Dardīr, l. c.

se il donante muore senza aver ricuperato la salute o è dichiarato incurabile, la donazione si ritiene definitivamente annullata [95];

c) il donatario decade se, prima ch'egli abbia preso possesso, il donante abbia affrancato o resa madre la schiava donata, perchè nell' uno e nell' altro caso il donante non ne può più disporre;

d) decade pure, se il donante ha donato la stessa cosa ad un terzo e questi ne abbia preso possesso, perchè *in pari causa melior est conditio possidentis*.

A queste cause di decadenza viene equiparata la insolvenza del donante; se risulta, dopo la donazione, che il donante era oberato, cioè aveva dei debiti che assorbivano l'attivo, si ritiene ch'egli non poteva più disporre della cosa donata (*nemo liberalis nisi liberatus*) [96], benchè la insolvenza non fosse dichiarata.

Quid se il donante abbia nel frattempo venduto la cosa donata? La questione è controversa, per una incertezza nella lettura del testo della *al-Mudawwanah* relativo a questa materia [97]. Prevale l'opinione che la vendita sia valida, ma che il donatario abbia diritto al prezzo ricavato.

La decadenza del donatario è, si è detto, una pena della sua negligenza o colpa; la mancanza di possesso non gli nuoce pertanto, quando non gli si possa imputare colpa [98] e cioè:

a) se ha dichiarato di accettare ed ha preso possesso della cosa donata, ma solo in via provvisoria, riservandosi di deliberare, e nel frattempo il donante sia morto;

b) se ha fatto in tempo utile quanto da lui dipendeva per conseguire il possesso o far dichiarare idonei i testimoni richiesti per ottenerlo, e nel frattempo sia sopravvenuta la morte del donante o altro impedimento:

c) se il donatario è morto prima di ricevere notizia della donazione; in questo caso spetta all'erede del donatario il diritto di accettare e di prender possesso.

---

[95] *Muwaṭṭa'*, III, 217; *Mud.*, XV, 86 in f., 94; Ḫalīl, h. t., n. 11 (a) e nota 34.

[96] Nei casi precedenti la donazione non ha effetto e il donante non è tenuto a risarcimento verso il donatario.

[97] Ḫalīl, h. t., n. 10; Dasūqī, IV, 92.

[98] Ḫalīl, h. t., n. 12 (a–b) e nota 38–41, n. 16 e nota 55; Dardīr–Dasūqī, IV, 92.

SEZIONE II. — Effetti della donazione [99].

§ **213.** Perfetta che sia la donazione per il consenso delle parti, il donatario ha il diritto di chiedere il rilascio della cosa donata (*condictio*) ed anche di prendere possesso senz'altro, qualora non gli venga consegnata; dal canto suo il donante ha l'obbligo di effettuarne la consegna e di fare quanto da lui dipende affinchè la cosa pervenga al donatario.

Il donante deve consegnare la cosa donata quale si trova presso di lui e non risponde nè dei vizi occulti, nè della evizione; è naturale che chi fa una liberalità, senza ritrarne profitto di sorta, non possa esser tenuto ad altro.

§ **214.** La donazione, divenuta perfetta[100] colla dichiarazione di volontà delle parti, è irrevocabile. «Colui che ha donato e vuole riprendere ciò che ha donato, è come il cane che rimangia ciò che ha rigettato», dice il " ḥadīṯ " (Buḫārī, *hibah*, n. 14, e 30). La revoca (" irtiǵā', i'tiṣār ") della donazione è quindi non solo inefficace giuridicamente, ma poco lodevole moralmente, in quanto indizio di animo basso.

V'ha però un'eccezione a questa regola. Il padre e la madre (non però gli altri ascendenti)[101] hanno facoltà di revocare la donazione da loro fatta al figlio, impubere o pubere che sia, anche dopo che questi abbia preso possesso della cosa donata. Tuttavia, la madre ha facoltà di revocare la donazione da lei fatta al figlio impubere solo finchè il padre è vivo. Se il padre sia già defunto, è controverso se la madre abbia la facoltà di revoca; la dottrina prevalente è per la negativa, perchè la liberalità fatta ad un orfano è sempre irrevocabile, avendo il carattere di elemosina.

La revoca può risultare:

1° dalla dichiarazione formale del genitore donante di revocare la donazione;

---

[99] *Mud.*, XIII, 67; XV, 138; Ḫalīl, h. t., n. 7 e n. 36; Ibn 'Āṣim, v. 1195–1197; Zeys, II, n. 648; Clavel, II, n. 687, 688, 695; cf. *Digest.*, 39, 5, 18 § 3; 6, 1, 48; 21, 1, 62; *Cod.*, VIII, 45, 2.

[100] *Mud.*, XV, 135, 119; Buḫārī, *hibah*, n. 74 e n. 30; Ḫalīl, h. t., n. 22, not. 74–79; Ibn 'Āṣim, v. 1192, 1200, 1202, 1208, 1209, 1214; Dardīr–Dasūqī, IV, 99; *Minhāǵ*, II, 195; cf. Wilson, *Dig.*[4], n. 316; Clavel, II, 695 sg.; Sautayra, II, 363 sg.

[101] Gli Sciafiiti estendono invece la regola agli altri ascendenti: *Minhāǵ*, II, 195.

2° dall'alienazione fatta della cosa donata, accompagnata dalla dichiarazione che con ciò il donante intende revocare la donazione; il solo fatto dell' alienazione [102] non importerebbe la revoca della donazione.

Il genitore donante non ha più il diritto di revocare la donazione [103]:

a) quando il figlio donatario è morto; infatti la donazione appartiene ormai agli eredi;

b) se, dopo la donazione, il figlio è caduto malato e la malattia sia di carattere letale, perchè la donazione deve devolversi eventualmente agli eredi del figlio;

c) quando, dopo la donazione e in conseguenza di questa, il figlio donatario ha contratto matrimonio; in altri termini, quando i terzi che hanno contratto con lui vi sono stati indotti dalla donazione ricevuta dal figlio;

d) quando il figlio donatario ha contratto dei debiti, ed il terzo che gli ha fatto credito vi è stato indotto dalla donazione ricevuta dal figlio;

e) quando la cosa donata è divenuta irrestituibile (" fawāt "), espressione che comprende tutti i casi in cui la cosa è stata trasformata naturalmente o artificialmente, per modo da non poter essere più considerata la stessa specie; anche la vendita della cosa, l'affrancamento dello schiavo, il dimagrare e l'ingrassare dell'animale, il commercio sessuale avuto dal donatario colla schiava donata, l'apprendimento di un'arte da parte dello schiavo donato e via dicendo sono casi di " fawāt ", cioè fanno sì che la cosa sia da considerarsi irrestituibile, non essendo più la stessa specie;

f) la donazione fatta dal padre o dalla madre è irrevocabile [104] quando è stata fatta a titolo di beneficenza (" ṣadaqah ") od abbia per causa il desiderio di sovvenire ai bisogni del figlio, salvo, nei due casi, che il donante si sia riservato il diritto di revoca.

La dottrina considera riprovevole (altri dice illecito e quindi nullo) che il donante riacquisti dal beneficato, o da un terzo cui

---

[102] Ed anche della costituzione in " waqf ", dell'emancipazione dello schiavo, del commercio sessuale colla schiava.

[103] *Muwaṭṭa'*, III, 219; *Mud.*, XV, 135; Ḫalīl, n. 24–25 e nota 85; Dardīr-Dasūqī, IV, 100; Ibn 'Āṣim, v. 1212, 1213; *Minhāǧ*, II, 196.

[104] *Mud.*, XV, 113, 114; Buḫārī, *hibah*, n. 30, 37; Ḫalīl, h. t., n. 23, 26; Bannānī, VII, 106; Dasūqī, IV, 100, 101; Ibn 'Āṣim, v. 1211.

questi l'abbia ceduto, quanto ha dato a titolo di beneficenza, o che ne tragga un godimento qualunque.

SEZIONE III. — Varie forme di donazione.

§ **215.** La intenzione (" niyyah " = *animus*), in chi fa la donazione, di procurare un arricchimento gratuito a chi la riceve, è quanto costituisce essenzialmente la donazione. La causa è indifferente, purchè risulti la volontà di beneficare. Sono varie le cause indicate dalle fonti [105]: la donazione fatta per attestare affetto alla persona, quale la donazione da un coniuge ad un altro; quella *propter nuptias* (" niḥlah ") del padre alla figlia o al figlio; quella fatta a titolo di elemosina o per averne merito presso Dio (" ṣadaqah ").

Quando il donante stipula un corrispettivo od impone un onere a chi riceve la donazione (donazione remunerativa = " hibah 'alà 't-ṯawāb "), si ha, sotto specie di donazione, una forma di vendita.

§ **216.** *A) Donazione tra coniugi.*

Il diritto islamico non pone ostacolo alle donazioni tra coniugi; la indipendenza che distingue i rapporti economici dei coniugi nel matrimonio musulmano (cf. Lib. V, § 19) [106] implica naturalmente la facoltà di avvantaggiarsi reciprocamente. Vediamo così dichiarata valida la donazione di tutta la suppellettile di casa fatta da un coniuge all'altro, la donazione della casa comune di abitazione fatta dalla moglie al marito; ma la casa di abitazione del marito ov'è il domicilio coniugale non può, dal marito, essere donata alla moglie, e la ragione ne è singolare: la moglie, coabitando col marito, ha il domicilio di lui e non può quindi, in caso di donazione, prendere possesso della cosa donata, se continua a convivere col marito; la donazione, in questo caso, non può ricevere esecuzione, ed è quindi inefficace.

§ **217.** *B) Donazione propter nuptias* (" niḥlah ").

La donazione in occasione di matrimonio fatta ad un figlio o ad una figlia [107] si acquista dal donatario anche senza ch'egli ne prenda possesso, qualora ne sia fatta menzione nel contratto nuziale, secondo

---

[105] *Muwaṭṭa'*, III, 219; Ḫalīl, h. t., n. 1, n. 23, 32 (3); Mayyārah, I, 80; *'Amaliyyāt*, 29–31.

[106] Ḫalīl, h. t., n. 15; Dardīr–Dasūqī, IV, 95; Clavel, II, 678.

[107] *'Amaliyyāt*, 29–31.

l'opinione prevalente. Si richiede invece la presa di possesso se viene fatta per atto distinto.

§ **218.** *C) Donazione onerosa o sub modo* (" hibah 'alà 'ṯ–ṯawāb, hibah li–ṯ–ṯawāb " = « donazione remuneratoria ») [108].

Quando la donazione è fatta col patto che il donatario darà un corrispettivo (" ṯawāb ") in numerario od in altra forma, la donazione è equiparata alla vendita, se la controprestazione stipulata è di valore uguale alla cosa donata o di poco inferiore.

Quando la controprestazione è notevolmente inferiore al valore della cosa e per esempio, se la controprestazione pattuita è di cento, mentre la cosa donata ne vale duecento o mille, si ha una donazione mista a vendita (*negotium mixtum donationi*).

Finalmente è donazione, non vendita, la vendita fatta per un prezzo puramente fittizio o nominale, *nummo uno* come dicevano i Romani.

Si può stipulare genericamente un corrispettivo, senza determinarne il valore? per esempio, usando l'espressione: « Ti dono questo oggetto, a patto che tu mi rimuneri »? La dottrina prevalente sì malichita che sciafiita non l'ammette e vuole che il corrispettivo della donazione sia sempre determinato come il prezzo della vendita, a pena di nullità.

Ha facoltà di donare *sub modo*:

1° il padre sui beni del figlio che amministra in qualità di " walī " (curatore), perchè, avendo facoltà di vendere, può anche alienare a patto di rimunerazione; invece non ha facoltà di fare una donazione gratuita. Il tutore, sì testamentario che dativo, non ha, dal canto suo, nemmeno facoltà di fare una donazione onerosa;

2° lo schiavo institore o autorizzato a commerciare (" ma'ḏūn lahu ") può, sul capitale che amministra, fare una donazione remunerativa, ma non una donazione gratuita.

Fa fede [109] l'affermazione del donante che intendeva fare una donazione remunerativa, anche trattandosi di un regalo di nozze.

Quest'affermazione non basta, senz'altra prova:

---

[108] *Mud.*, XV, 79, 84, 129; Ḫalīl, h. t., n. 13, 29, 35; Dasūqī, IV, 102; sul senso di " ṯawāb " Ṭabarī, *Tafsīr*, IV, 88; Clavel, II, n. 700 sg.; Wilson, *Dig.*[4], n. 300 e pp. 337–339; *Cod. Egiz.*, a. 528; *Minhāǧ*, II, 197; *Cod.*, IV, 38, 9; III, 7, 9; cf. *P. C. T.*, a. 678, note a p. 270; Kohler, 92.

[109] *Mud.*, XI, 95–97, 127, 138–139; XV, 79–80, 84, 138; Ḫalīl, h. t., n. 31, 32, 34; Dasūqī, IV, 102, 103.

a) quando la donazione consiste in numerario o in verghe metalliche, perchè il danaro è misura delle altre cose, e non può essere venduto per queste;

b) quando è fatta da un coniuge ad un altro, o tra parenti stretti, salvo consuetudine contraria o circostanze tali da far presumere, nella specie, una donazione onerosa, perchè tra coniugi o parenti stretti i rapporti si fondano, non sullo stretto diritto (" 'alà al-muṣāḥḥaḥ "), ma sulla liberalità (" 'alà al-mukāramah ").

La cosa data a titolo di corrispettivo del dono dev'essere in commercio e tale da poter essere data in pagamento di una obbligazione di " salam " [110] (vendita con anticipazione di prezzo), cioè non contravvenire alle regole generali sulla permuta usuraria (" ribā "); per esempio, se il dono consiste in derrate alimentari, non si potrà dare un corrispettivo in derrate: se consiste in numerario, non si potrà dare un corrispettivo in numerario.

§ **219.** Il donatario [111], il quale abbia accettato la donazione remuneratoria, è tenuto a dare il corrispettivo; e stando alle regole della vendita, il donante ha facoltà di ritenere il dono finchè il donatario non abbia soddisfatto all'onere; egli può anche rivendicare la cosa donata, se il donatario non adempie all'obbligo suo o non dia un corrispettivo soddisfacente.

Il donatario [112] può esimersi dal corrispettivo restituendo identicamente la cosa ricevuta. Tuttavia, egli perde questa facoltà se la cosa non è più qual'era (per esempio, se è stata trasformata mediante piantagioni, costruzioni e così via); in questi casi il donatario deve il valore della cosa da lui trasformata.

§ **220.** *D*) *Elemosina* (" ṣadaqah ") [113].

Nella donazione ordinaria (" hibah ") l'animo del donante è diretto a beneficare una persona determinata; nella elemosina (" ṣadaqah ") è diretto a far cosa grata a Dio (" qurbah " = *lett.* propiziazione, atto per cui l'uomo si avvicina a Dio); anzichè esser fatta *intuitu personae*, la liberalità viene fatta *intuitu Dei* (" li-wagḥ Allāh ") ed in ciò consiste il suo scopo pio o benefico. Ciò non toglie che, subor-

---

[110] Cf. Ḫalīl, X, n. 20–49.

[111] *Mud.*, XV, 138; Ḫalīl, h. t., n. 30, 33 e note 116–117, n. 34; Dardīr–Dasūqī, IV, 102–103: cf. *Cod.*, VIII, 54, 9, 22; VIII, 55, 3; IV, 6, 8, 3, 2.

[112] *Muwaṭṭa'*, III, 209; *Mud.*, XV, 79; Ḫalīl, h. t., n. 32 e nota 115.

[113] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 7–9, 14, 15, 20, 26; Ibn Māǵah, I, 290; *Mud.*, XV, 90, 119; Ḫalīl, h. t., n. 1, 23, 36; Ibn 'Āṣim, v. 1191 sg.; Sautayra, II, 364.

dinatamente, la " ṣadaqah " possa riferirsi ad una determinata persona, come nel caso che uno dicesse: « Do in elemosina la mia casa a mio figlio » ma allora l'intenzione è di beneficare il figlio allo scopo di far cosa grata a Dio.

Le regole della " ṣadaqah ", quanto alla capacità di chi la pone in essere, sono quelle della donazione ordinaria. Quanto alla *forma*, la " ṣadaqah " può essere espressa semplicemente, in qualunque forma valga a significare l'animo di dare in elemosina, per esempio: « Do la mia casa in elemosina »; o può essere corroborata da giuramento: « Giuro che darò la mia casa in elemosina ».

La dichiarazione di voler fare una " ṣadaqah ", espressa genericamente, non dà luogo ad azione per costringere il dichiarante a compiere la sua promessa, poichè infatti costituisce un obbligo di coscienza, e quindi puramente morale, da lui contratto verso Dio. Quando vi si è indicata una persona determinata, il promittente può essere condannato a soddisfare quanto ha dichiarato.

La " ṣadaqah " è per sua natura irrevocabile, anche se fatta da un genitore in favore di un suo discendente, salvo riserva contraria, onde spesso la clausola, negli atti di donazione, che il donante intende con ciò di meritare i premi del mondo futuro, il che dà un carattere di beneficenza al dono e ne conferma la irrevocabilità.

CAPITOLO II.

Del " ḥubus " o " waqf ", fondazione a scopo pio (pia causa) [114].

Nozioni preliminari.

§ **221.** Il " ḥubus " o " waqf " è una forma importantissima di liberalità a scopo pio o elemosina (" ṣadaqah "). Quando taluno rinuncia, *solo intuitu Dei*, al godimento o alle rendite di una cosa che gli appartiene, dichiarando di volere che quel godimento sia devoluto ad uno scopo benefico o di pubblica utilità, da lui indicato,

---

[114] Nasā'ī, II, 122 sg.; *Mud.*, XV, 92 sg., Ḫalīl, lib. XXXII (*ḥubus* o *waqf*); Ibn 'Āṣim, v. 1162 sg.; Mayyārah, II, 135 sg.; 172 sg.; Tāwudī–Tasūlī, II, 210 sg.; 'Ilayš, *Fatāwà*, II, 197 sg.; Bannānī–Zurqānī, VII, 74 sg.; Dardīr–Dasūqī, IV, 68 sg.; Ḫiršī, VII, 78 sg.; *Waǵīz*, I, 244 sg.; Širāzī, 84; *Minhāǵ*, II, 184 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 366 sg.; 'Abdu 'r–Raḥīm (Cimino), p. 361 sg.; Sachau, p. 601 sg.; Ša'rānī,

si costituisce ciò che si chiama un " waqf " o " ḥubus " (fondazione pia o pia causa) [115].

Tanto nella " ṣadaqah " od elemosina, quanto nel " ḥubus ", il donante ha l'intento di far opera propiziatoria o cosa grata a Dio (« qurbah "); ma nella " ṣadaqah " il donante aliena la proprietà della cosa donata, il *corpus* (" raqabah "), come dicono i giuristi arabi; invece nel " ḥubus " egli rinuncia al solo godimento, salva restando la proprietà, di cui rimane investito il costituente (secondo i Malichiti) o Dio (secondo i Ḥanafiti). Cfr. Lib. IV, § 37 (vol. I, p. 136–137) e qui avanti § 234, 1.

La costituzione di " ḥubus " o " waqf " è pertanto una liberalità o concessione gratuita di usufrutto [116], intesa a far opera propiziatoria (" qurbah "), cioè cosa grata a Dio [117], ed è quindi da annoverare tra le liberalità.

La definizione data da Ibn 'Arafah è abbastanza precisa: « Il " ḥubus " è la donazione (" i'ṭā' ") della utilità (" manfa'ah ") di una cosa, per la durata della cosa stessa (cioè a titolo perpetuo), richiedendosi però che la cosa rimanga proprietà del concedente (cioè non possa essere alienata)... ». In altri termini, è la costituzione a scopo pio di un diritto di godimento o usufrutto perpetuo, avente per oggetto una cosa, che per effetto di questa costituzione diventa inalienabile, pur rimanendo di proprietà del concedente [118].

II, 90; Dimašqī, II, 46 sg.; Tuwātī, *al-Ifādah fī 'ilm aš-šahādah* (*Formulario*), p. 31 sg.; Sautayra, II, 372 sg.; Morand, p. 225 sg.; Pouyanne, p. 25 sg.; Clavel, *Le Wakf ou Habous*, Cairo, 1896; Tornauw, p. 299 sg.; *Projet Algér.*, IV, ***Statut successoral et hobous***; Juynboll, § 60; Burhān ad-dīn aṭ-Ṭarābulusī, *Le Wakf ou Immobilisation d'après les principes du rite Hanéfite, trad. B. Adda et Ghalioungui*, Alexandrie, 1893; Krcsmárik, *Das Waqfrecht*, ZDMG, vol. 45, 1891 (Ḥanafita); d'Ohsson, *Tableau*, II, 437 sg. (Ḥanafita).

[115] Da " waqafa " e " ḥabasa ", che ambedue significano *vincolare, immobilizzare*. Alcuni distinguono " ḥubus " e " waqf " (cf. Tornauw, 302). La distinzione non sussiste, almeno in diritto malichita e sciafiita, cf. Ḫiršī–'Adawī, VII, 78. Tuttavia l'uso orientale preferisce la parola " waqf ", mentre i Maġribini dicono di preferenza " ḥubs " o " ḥubus ". Ma è differenza puramente verbale.

[116] " Al-waqf naw' min at-tamlīk fī 'l-manāfi' " (Dasūqī, IV, 73).

[117] Ḫalīl, h. t., n. 3 e not. 9; Ḫiršī, VII, 80.

[118] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 14–16, 22; *ḥarṭ*, n. 14; *Mud.*, XV, 101, 102; Ḫalīl, n. 1, 9 e not. 40; n. 12 e n. 51; Dasūqī, IV, 73, 78; Wilson, *Dig.*4, 317; Clavel, II, n. 740 sg.; Morand, p. 264; Zurqānī, VII, 76; Ḫiršī–'Adawī, VII, 78; Tāwudī–Tasūlī, II, 259.

Questa definizione vale pei Malichiti e gli Sciafiiti. Pei Ḥanafiti la costituzione di " waqf " (o " ḥubus ") è l'atto con cui taluno immobilizza una cosa (cioè la rende inalienabile) cedendone la proprietà a Dio, e destinandone la utilità o la rendita a vantaggio degli uomini[119]. Il " waqf " ha carattere contrattuale, in quanto è una obbligazione assunta verso Dio[120] e quindi irrevocabile ed avente carattere di consacrazione; da ciò anche la parola " sabbala " come sinonimo di " waqafa ", costituire a scopo pio, da " sabīl Allāh " che significa in origine Guerra santa e per estensione ogni scopo pio[121].

§ **222.** I. *Cenno storico.*

Sulle origini del " ḥubus " o " waqf " varie ipotesi sono state proposte:

a) il " ḥubus " avrebbe per origine la pratica, consigliata dal Corano, di dare tutto o parte dei propri beni « nel sentiero di Dio »; è una forma di beneficenza o di elemosina[122];

b) il " ḥubus " deriva dalle regole che disciplinavano le *res sacrae* e le *aedes sacrae* presso i Romani[123];

c) deriva dal sequestro generale o immobilizzazione che colpisce le terre conquistate, in favore della Comunità musulmana e che per prime colpì le terre già possedute dal Profeta, per diritto di bottino, divenute poi proprietà dello Stato, senza che gli eredi del Profeta vi potessero mettere mano[124];

d) il " ḥubus " deriva dal diritto romano-bizantino e precisamente dalla legislazione che regolava le *piae causae* o, se non ne deriva, ne ha per lo meno subíto fortemente l'influenza[125];

e) stando ai giuristi arabi[126], il " ḥubus ", ignoto all'Arabia preislamica, sarebbe un istituto puramente musulmano. S'invocano

---

[119] *Hidāyah*, p. 231: " ḥabs al-'ayn 'alà mulk Allāh wa 'alà waǵh ya'ūdu naf'uhu 'alà 'l-'ibād. *Multaqà al-abḥur* ap. d'Ohsson, *Tableau*, II, 437: " Les waqfs sont des biens dont le fidèle donateur ou fondateur – wāqif – est censé s'être volontairement dépouillé pour en céder la propriété absolue à Dieu, et l'usufruit ou la jouissance aux hommes ".; cf. Abū Yūsuf, ap. Krcsmárik, 45, 535.

[120] Sul concetto religioso di " waqf " nella giurisprudenza anglo-indiana, Wilson, *Dig.*[4], p. 75 sg.

[121] Goldziher, *M. St.*, II, 390; ZDMG, vol. 35, 1881, p. 775.

[122] Belin, *Étude sur la propriété foncière en pays musulman* etc., n. 151 (nel JA, 5[e] série, t. 18, 1861).

[123] D. Gatteschi citato in Clavel, *Le Waqf*, I, 19; cf. Morand, 243–244.

[124] Zeys, II, 182, n. 628; van Berchem, p. 12.

[125] Morand, p. 250 sg.

[126] Ḫirší, VII, 78; Tuwātī, *Formulario*, p. 61, n. 1.

a confortare questa tesi molti " ḥadīṯ ", tra cui notevole quello in cui si racconta come 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb, avendo in animo di destinare un suo fondo ad un uso grato a Dio (" qurbah "), interrogò il Profeta, il quale avrebbe risposto: « Se vuoi, immobilizza (" ḥabbasta ", cioè dichiara inalienabile) il fondo (" aṣl ") di essa (terra) e fa elemosina con essa (cioè con il suo reddito) ». Secondo queste tradizioni, l'istituto sarebbe sorto completo in ogni sua parte dalla mente del Profeta o di 'Umar fin dai primi tempi dell'Islām; il Profeta e 'Umar od altri Compagni ne avrebbero determinato gli elementi essenziali [127].

§ **223.** Non sembra che la storia confermi veruna di queste tesi esclusive; il " waqf ", come la maggior parte degli istituti islamici più importanti, è un incrocio, il prodotto della fusione di vari elementi, di provenienza diversa, che nel corso della vita storica dell'Islām si sono amalgamati nel potente crogiuolo della nuova fede.

Non si può negare che il " ḥubus " abbia un addentellato sicuro nelle origini islamiche. Già nell'Arabia preislamica il tempio della Ka'bah, il santuario di Taymā' ed altri erano, come gli antichi santuari greci, vere persone giuridiche che possedevano un territorio considerato quale proprietà del tempio (" ḥaram ", " ḥimà " = *témenos*) sul quale vivevano schiavi ed armenti consacrati al santuario. E non mancano gli esempi di donazioni fatte a quei templi [128]. Queste consacrazioni di beni a scopo religioso non furono avversate dal Profeta, il quale le riconobbe formalmente per il territorio della Mecca (" ḥaram "), in quanto dipendenza della Ka'bah, divenuta il maggior tempio dell'Islām, e raccomandò con insistenza l'elemosina (" ṣadaqah "), che con la preghiera è uno dei principali doveri dei credenti: « Voi non conseguirete merito perfetto – dice il Corano, III, 86 – finchè non avrete dato (in elemosina o per la guerra santa) una parte di quanto avete caro ». Appunto donazioni di terre o altri beni a scopo pio di beneficenza sono menzionate, vivente Maometto, in ossequio a questo precetto [129].

---

[127] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 12, 22, 28, 15, 19; *'uqūd*, n. 19; *ḥarṯ*, n. 14; *wakālah*, n. 15; Ibn Sa'd, III, 1, 260; cf. Peltier, *Test.*, p. 43, 51, 52.

[128] Freytag, 340, 361; Wellhausen, *Reste*, p. 78 e 105–108; Lammens, p. 61–62; *Id.*, *Fâṭima*, p. 79–80; Id., *La republ. marchande de la Mecque*, 13. Particolarmente notevole la famosa iscrizione aramaica del secolo V av. Cr., attestante la consacrazione perpetua, fatta dal Re, del reddito d'un palmeto, a favore d'un tempio a Taymā'.

[129] Cf. Buḫārī, *waṣāyā*, n. 13, 15, 16, 26; Abū Dā'ūd, III, 34; Qasṭallānī, VII, 56.

A confermare l'Islām in questa tendenza contribuisce l'influenza cristiana. La Palestina, la Siria, la Mesopotamia erano coperte di conventi ed istituti ecclesiastici, che possedevano gran parte del suolo, ed all'invasione araba, trattando col vincitore, rimasero in possesso dei loro beni[130]; la loro condizione giuridica era stata disciplinata e rafforzata dal diritto romano–bizantino[131]; il Becker[132] ci dà qualche esempio di quelle fondazioni, quali vigevano nelle Chiese orientali prima della conquista araba.

Non sorprende quindi il trovare fin dagli inizi dell'Islām una forma privata di " waqf ", praticata anche dai Compagni del Profeta. Si chiamava " ṣadaqah ", come l'elemosina in generale, ed aveva per lo più la forma di fedecommesso familiare[133], in quanto era costituita a favore dei discendenti del fondatore. Ibn Sa'd († 230 eg., 845 Cr.) dice aver letto l'atto con cui Arqam ibn Abī al–Arqam, Compagno del Profeta (morto sotto Mu'āwiyah), aveva costituito la sua casa alla Mecca, notissima per essere stata residenza del Profeta (" dār al–Arqam ") a titolo di elemosina (" ṣadaqah ") in favore dei suoi figli[134]. Altre volte la costituzione è fatta a scopo generico di beneficenza; così nel caso di 'Umar per la sua terra di Ṯamġ a Ḫaybar[135]; così nel caso di Sa'd ibn 'Ubādah[136]. La forma di questi atti di fondazione è semplicissima: « Voglio che il mio fondo tale non sia venduto nè ereditato *causa mortis* ». Dichiarato così inalienabile e assimilato al " ḥaram "[137], il fondo rimane nella famiglia del fondatore, la quale ne gode, trasmettendolo da una generazione ad un'altra, ed estinta questa, si devolve ai poveri.

'Uṯmān destina una sorgente a Sulwān, nei sobborghi di Gerusalemme, per i poveri del paese[138]. Le fondazioni di 'Umar ibn 'Abd

---

[130] Caetani, *Ann.*, a. 23 H., p. 776.

[131] *Cod. Just.* e *Novell.*, VII.

[132] In *Der Islam*, II, 1911, p. 404–405.

[133] Ibn Sa'd, III, 1, 173; *Mud.*, XV, 105, 8 dal b.

[134] Ibn Sa'd, IV, 1, 120.

[135] Ibn Sa'd, III, 1, 260.

[136] Ibn Sa'd, III, 1, 144. Mu'āwiyah, per il caso di sua morte, avrebbe costituito le terre demaniali a lui concesse da 'Uṯmān in " waqf " a beneficio della sua famiglia e dei Musulmani in genere: Ibn 'Asākir ap. Kremer, *Ideen*, 394.

[137] Nel testamento di al–Arqam " haḏā mā qaḍà al–Arqam fī rib'ihi . . . annahā muḥarramah bi–makānihā min al–ḥaram . . . " (Ibn Sa'd, l. c., 173).

[138] Caetani, *Ann.*, a. 35 H.; al–Muqaddasī, nella *Biblioth. Geograph. Arabicorum*, vol. III, p. 171 (riprodotto in Yāqūt, *Geograph. Wörterbuch*, III, 125, 762).

al-'Azīz per soccorrere i poveri e i pellegrini della Mecca e per certe classi di malati [139] hanno pure questo carattere.

I seguaci di Mālik accolgono fin dai primi tempi il " ḥubus " [140] nella sua forma attuale. Il " ḥubus " trova invece qualche difficoltà a penetrare nella scuola ḥanafita. Abū [141] Ḥanīfah lo condanna da prima, come contrario ai diritti degli eredi necessari, in quanto diminuisce il patrimonio; poi lo permette, ma solo sotto forma di donazione vitalizia tra vivi, revocabile a volontà del donante e che diviene caduca alla morte di questi; se fatto per atto di ultima volontà, lo considera come un legato, cioè come una liberalità *causa mortis*, revocabile a volontà del testatore [142] e che non può eccedere la quota disponibile dei beni, così che rimanga impedito ogni eventuale tentativo di eludere le disposizioni coraniche in materia di successione.

Comunque, i " waqf " o " ḥubus " avevano preso qualche importanza verso la metà del I secolo dell' Egira [143], e più ne ebbero man mano che c'inoltriamo nella storia musulmana. A questo sviluppo contribuiscono motivi di ordine diverso:

1° Intanto [144], il " ḥubus " offre un mezzo agevole di eludere le prescrizioni coraniche in materia di successione; quelle regole incontrarono, come noi abbiamo ragione di credere, grande resistenza, specialmente in quanto favoriscono la successione delle femmine a detrimento dei maschi. Ora, costituendo i suoi beni in fondazione a favore di uno o più discendenti, un padre di famiglia aveva modo di favorire gli uni, di escluderne altri, conservando il patrimonio nella linea maschile a detrimento delle figlie o degli eredi più remoti che il Corano aveva chiamati (cf. anche § 232, in fine).

2° Un'altra causa, che ha certo contribuito potentemente a diffondere la pratica del " ḥubus " [145], è stata, come da noi in Occidente per le *raccomandazioni* o *precarie*, il desiderio di assicurare il patrimonio contro le violenze così frequenti in quei tempi di disor-

---

[139] Ṭabarī, II, 1337, 1364, 1367, 1854; Wellhausen, *Reich*, p. 187.

[140] *Mud.*, V, 142, in f., 143 pr.

[141] Zeys, II, 181, nota 2; Krcsmárik, 513; d'Ohsson, II, 437–438; Morand, 249, 255, 258.

[142] Cf. *Digest.*, *de Leg.* 2 (31), 36; *Inst.*, II, 20, § 1; *Digest.*, 43, 26, 14; 13, 6, 17.

[143] Per Mu'āwiyah, cf. Kremer, *Ideen*, 394, 431.

[144] Mercier, *Habous*, 25; Sautayra, II, 375; Clavel, I, p. 27, n. 17; Morand, 70–71, 256; Arin, *Démembr. de la propriété*, RMM, XXVI (1914), n. 290.

[145] d'Ohsson, II, 530; Morand, 253; Zeys, II, 182, n. 628; Ubicini, *Lettres sur la Turquie*, I, 269–270; Pouyanne, p. 33.

dini civili e di arbitrî governativi. Un mezzo facile di sottrarvisi era di erigere il patrimonio in " ḥubus " o fondazione pia, riservandone l'usufrutto ai propri discendenti e quindi, all'estinguersi di questi, ad un'opera pia. E così, divenuto il patrimonio intangibile sotto l'egida della religione, il godimento dei beni viene assicurato agli eredi del testatore od a quelli ch'egli intendeva favorire.

Finalmente, non è da dimenticarsi la necessità di provvedere ai bisogni di assistenza sociale, cui nei tempi moderni provvede l'organismo dello Stato o dei Comuni: spedali, scuole, moschee, fontane pubbliche, soccorsi ai vecchi, ai malati, ai poveri sono opere cui l'iniziativa privata deve in gran parte provvedere nel Medio Evo, tanto in Oriente quanto in Occidente, e nessun mezzo è migliore della fondazione pia. L'immensa varietà di fondazioni pie, che, come da noi in Italia ed altrove, risalgono al Medio Evo o più oltre, attestano come le stesse circostanze traggano ovunque alle stesse soluzioni.

Ed infatti, fin dal II secolo dell'Egira, il " ḥubus " viene ovunque largamente praticato. Si dice anzi che, a causa del moltiplicarsi dei " ḥubus " o " waqf ", Hārūn ar-Rašīd abbia indotto il celebre giurista Abū Yūsuf ad abbandonare l'opinione del suo maestro Abū Ḥanīfah, secondo la quale la costituzione del " ḥubus " era revocabile fino alla morte del costituente [146]. Avendo fatto un viaggio a Medina, Abū Yūsuf si convinse della necessità di disciplinare giuridicamente una materia divenuta tale che non si poteva nè ignorarla nè sopprimerla.

Nel III e IV secolo dell'Egira, il "ḥubus" o "waqf" assume, nella storia sociale ed economica, un'importanza di prim'ordine. Nella Spagna degli Omayyadi è un istituto dei più diffusi. al-Ḥakam II (salito al trono nel 350 Eg. = 961 Cr.) [147], terminata che ebbe la costruzione della grande Moschea di Cordova, destinò il quarto delle terre che aveva ricevuto nella successione paterna a costituire una fondazione a favore dei poveri di tutta la Spagna. Lo stesso al-Ḥakam destinò le rendite delle botteghe di sellaio che egli possedeva a Cordova a mantenere 27 maestri, che dovevano impartire gratuitamente l'istruzione elementare ai fanciulli più poveri. In Egitto, quando il Califfo fāṭimita al-Mu'izz fondò la celebre Moschea del-

---

[146] Morand, 241, 247, 257; Krcsmárik, 515.
[147] Kremer, *Ideen*, 431, 433.

l'Azhar nel 359 Eg. = 969-970 Cr., le destinò un patrimonio importantissimo le cui rendite dovevano servire alla manutenzione ed alle spese di insegnamento di quella grande università.

L'immenso sviluppo di queste fondazioni, specialmente dopo il IV secolo, è uno dei caratteri più spiccati della storia islamica e risponde alla progressiva decadenza di quella società [148].

Sono innumerevoli, dal IV secolo Eg. in poi, le fondazioni destinate all'insegnamento, all'alloggio dei viaggiatori, alla cura dei malati, alla erezione di " sabīl " o fontane pubbliche, con patrimonio spesso cospicuo. Al Marocco si calcola che il quaranta o cinquanta per cento della proprietà immobiliare appartenga al " Ḥubus " [149]. Così in Egitto, in Turchia [150]; e quello che è più notevole è il rispetto dimostrato verso quelle fondazioni da tutti i Governi, salvo che nell'ultimo cinquantennio. Il " waqf " forma quindi parte importantissima dell'organismo delle società islamiche; un complesso di cause economiche, sociali e religiose hanno concorso a conferirgli, nella vita di quelle società, una funzione di prim'ordine, che ne giustifica lo studio accurato.

SEZIONE I. — Elementi costitutivi del " waqf " o " ḥubus " [151].

§ **224.** Gli elementi essenziali del " waqf " o " ḥubus " sono:

A) il costituente (" wāqif, muḥabbis ");

B) il beneficato o usufruttuario (" muḥabbas 'alayhi ");

C) l'oggetto del " waqf " (" muḥabbas, mawqūf ");

D) l'espressione di volontà del costituente (" ṣīġah ");

E) la causa o scopo (" waġh, maṣrif ") avente:

a) un carattere religioso o benefico (" qurbah "), che può essere anche una pubblica utilità;

---

[148] Cf. Maqrīzī, *Ḫiṭaṭ*, II, 296, 384, 400 sg.

[149] Piquet, *Colonisation*, p. 503.

[150] Kremer, *K. G.*, II, 162; Milliot, p. 38 sg.; Becker, in *Der Islam*, I, 1910, 93 sg.; in Turchia nel secolo XVIII, d'Ohsson, II, 531; in Egitto sotto Moḥammed 'Alī, Kremer, *Aegypten*, I, 251; II, 79; cf. Bollettino del Ministero degli Affari Esteri, settembre 1897: *Gli Aukaf in Aleppo*, rapp. del Cav. E. Vitto, R. Console in Aleppo; inoltre le iscrizioni pubblicate dall'*Institut français d'Archéol. du Caire*, Le Caire, 1909.

[151] *Radd al-muḥtār*, III, 553; Sachau, 605 sg.; Juynboll, § 60; *Minhāġ*, II, 182 sg.

b) un carattere perpetuo (" maṣrif mu'abbad ") e non transitorio; requisito questo aggiunto dalla dottrina ḥanafita.

A) *Il costituente* (" *wāqif*, *muḥabbis* ").

Il costituente può essere tanto una persona singola quanto una collettività di persone[152]. Si richiede nel costituente la capacità di alienare a titolo gratuito, cioè che sia libero, pubere, sano di mente, capace di contrarre, nonchè di disporre liberamente della cosa che costituisce in " waqf "[153] (cf. Lib. IV, § 5).

Quindi non costituisce validamente un " waqf ":

a) la donna maritata, senza il consenso del marito, se il " waqf " eccede il terzo del suo patrimonio;

b) il debitore oberato, anche prima della dichiarazione d'insolvenza[154], se risulta inabile a pagare i suoi debiti.

La Scuola ḥanafita ammette invece che il debitore oberato possa costituire un " waqf " su tutti i suoi beni, anche se con ciò egli venga a sottrarli ai creditori. La giurisprudenza più recente limita questa dottrina e concede ai creditori il diritto di farsi pagare sui beni costituiti in " waqf " dal loro debitore[155] con pregiudizio dei loro crediti.

Se il costituente è un malato grave, che poi soccombe alla malattia, la fondazione viene considerata quale *dispositio causa mortis* e trattata alla stregua delle regole che regolano le liberalità testamentarie; è quindi nulla, se fatta a profitto di un erede diretto; se invece è fatta a profitto di un discendente o di un estraneo, non può eccedere il terzo della quota disponibile, salvo che gli eredi la ratifichino senza riduzione[156].

Anche il non Musulmano tributario (" ḏimmī ") può validamente costituire un " waqf ", purchè non abbia uno scopo contrario

---

[152] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 27 (donazione del terreno per la moschea di Medina da parte dei Banū an-Naǵǵār).

[153] Ibn 'Āṣim, v. 1355; *Minhāǵ*, II, 182; *Fatāwà Hindiyyah*, II, 297; Clavel, II, n. 752; Sautayra, II, 376.

[154] Buḫārī, *zakāh*, n. 18; Ḫalīl, h. t., n. 6 (6) e nota 19; cf. Ḫalīl, XIV, n. 1; Clavel, II, n.753-754; Sautayra, II, 377.

[155] *Radd al-muḥtār*, III, 611; d'Ohsson, II, 546, 550; Krcsmárik, 528; Kohler, 137.

[156] Ḫalīl, h. t., n. 8; *Maǵallah*, a. 1545; *Cod. Egiz.*, a. 561; Clavel, II, n. 755; Sautayra, II, 376.

ai principî generali del diritto islamico (" ma'ṣiyah " = peccato) [157]. Quindi sarà valido il " waqf " eretto dal " ḏimmī " per la costruzione d'uno spedale o di un ponte, per la distribuzione di soccorsi ai poveri od altri scopi umanitari o civili, anche se destinato esclusivamente ai suoi correligionari; mentre sarà nullo se destinato ad acquisto di vino o altri alimenti impuri, alla costruzione di una chiesa o di una sinagoga o al servizio del culto cristiano, salvo che si tratti della manutenzione d'una chiesa già eretta, poichè i " ḏimmī " hanno diritto di conservare le chiese che possedevano sul territorio musulmano (cf. Lib. III, § 15).

Quando la fondazione ha per scopo di costruire una moschea o di contribuire in altro modo al culto musulmano, si richiede nel fondatore la qualità di Musulmano; una fondazione siffatta eretta da un " ḏimmī " non sarebbe valida, almeno pei Malichiti, poichè è fama che Mālik abbia rifiutato il dīnār (moneta d'oro) che una donna cristiana gli aveva mandato per farne elemosina per la " Ka'bah " [158].

Non importa che il fondatore costituisca il " waqf " in proprio nome. Un " waqf " può essere eretto anche a nome di un'altra persona ed in esecuzione d'un voto o d'una promessa fatta a quest'ultima [159]. In questo caso il costituente viene considerato quale semplice esecutore o mandatario della persona a nome della quale egli agisce e questa vale civilmente come vero autore della fondazione e religiosamente come quello che ne consegue il merito. Gli esempi che se ne trovano in al-Buḫārī ed in Ibn Sa'd somigliano singolarmente alle nostre fondazioni per l'anima.

Per esempio, un " ḥadīṯ " registrato da al-Buḫārī (*waṣāyā*, n. 20 e cf. n. 15 e 26) riferisce che la madre di Sa'd ibn 'Ubādah essendo morta mentre il figlio era in viaggio, questi, tornato a Medina, si recò dal Profeta e gli disse: « Mia madre è morta mentre ero assente. Le potrà giovare (nell'altra vita) che io faccia un'elemosina in sua vece (*ovvero* in suo nome – " taṣaddaqtu 'anhā ") ? ». Il Profeta rispose affermativamente. E allora Sa'd gli disse: « Ti prendo a testimone che il mio fondo cinto di mura detto al-Miḫrāf è divenuto elemosina a nome di mia madre ». Secondo un'altra versione, egli

---

[157] Ibn Sa'd, V, 262, 15; Ibn Rušd, *ap.* Bannānī, VII, 77; Ḫalīl, h. t., n. 6 (1) e nota 13; Bannānī, VII, 77; Ḫiršī, VII, 82; Dasūqī, IV, 71; *Radd al-muḥtār*, III, 556; Krcsmárik, 546–547; d'Ohsson, II, 552.

[158] Ḫalīl, h. t., n. 3 (3); Tuwātī, *Formulario*, p. 31; Dasūqī, IV, 71.

[159] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 15, 19, 20, 26; Ibn Sa'd, III, 11, 143–144.

istituì nella Moschea alcuni pubblici abbeveratoi che furono detti « della madre di Sa'd », avendogli il Profeta detto che quella era l'opera più meritoria che potesse fare in memoria di sua madre.

B). *Il beneficiario o usufruttuario del "waqf" ("al-muḥabbas 'alayhi")*.

La persona in favore della quale è costituito il "waqf" può essere una persona naturale o collettiva (i poveri di un dato luogo), un ente morale od un'opera di pubblica utilità (un ponte, una moschea, una pubblica fontana) [160]. Non importa se il beneficato sia Musulmano, ma si richiede che sia capace di acquistare la liberalità (cf. *Digest.*, 39, 5, 9 § 3: *Donari non potest nisi quod eius fit cui donatur*).

Sono incapaci di ricevere un "waqf":

a) il non Musulmano non soggetto allo Stato islamico ("ḥarbī") [161];

b) lo schiavo, perchè incapace di acquistare. In questo caso, il "waqf" si reputerebbe costituito in favore del padrone [162];

c) l'erede del costituente, perchè non si può legare ad un erede (Lib. XV, § 31). Il "ḥubus" in favore dell'erede è rescindibile, salvo che non ecceda il terzo dei beni del costituente (quota disponibile) e sia costituito anche a profitto dei discendenti dell'erede, nel qual caso sarà devoluto non all'erede, ma ai discendenti di questo [163].

Non importa, secondo i Malichiti e i Ḥanafiti, che il beneficato sia esistente al momento in cui il "waqf" è istituito. Si può istituire un "waqf" a beneficio di una moschea da erigere, di una scuola da costruire, di un nascituro il quale è nell'alvo materno ed anche di un nascituro semplicemente sperato [164], ad esempio, dei figli nascituri di una persona e dei discendenti di quelli [165]. Gli Sciafiiti non ammettono

---

[160] Ḫalīl, h. t., n. 2 e nota 8; Dardīr–Dasūqī, IV, 70–71; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 30; Tuwātī, *Formulario*, p. 31; Morand, 250, 251; cf. *Cod.*, I, 2, 1 (*venerabili concilio*); *ib.*, I, 2, 13 (*monasterio*); *ib.*, I, 3, 24 (*pauperibus*); *ib.*, I, 3, 28 (*redemptioni captivorum*); *ib.*, I, 3, 49 § 1 (*pauperes*); cf. *Nov.*, 131, c. 11. Il "ḥubus" fatto "a Dio, per Dio" si reputa istituito a beneficio dei poveri.

[161] Ḫalīl, h. t., n. 6 (2).

[162] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 29.

[163] *Mud.*, XV, 104; Ḫalīl, h. t., n. 8; Clavel, II, n. 755; *Projet Algér.*, a. 454.

[164] Purchè si aggiunga, secondo i Ḥanafiti, che, non avverandosi quell'evento, il "waqf" andrà a beneficio dei poveri.

[165] *'Amaliyyāt*, p. 366, 367; Ibn 'Āṣim, v. 1164; Ḫalīl, h. t., n. 2; *Radd al-muḥtār*, III, 641; Krcsmárik, 554, 547; Ibn Nuǵaym, I, 304; cf. *Cod.*, I, 3, 46 pr.; *Novell.*, 131, c. 10.

la validità di questi " waqf ", perchè esigono per la validità della donazione che il beneficato prenda subito possesso della cosa donata, il che non può farsi dal nascituro o da persona sperata [166].

§ **225.** C) *Oggetto del " waqf "* (*" al-mawqūf "*).

Può costituire oggetto di " waqf " [167] ogni valore patrimoniale, mobile od immobile, un assieme di cose ed anche tutto il patrimonio del costituente. Quest'ultima forma è considerata però non raccomandabile, perchè il " ḥadīṯ " non approva che una persona si spogli di tutto ciò che possiede [168].

Si può costituire in " waqf " anche la cosa di cui si ha solo il possesso giuridico (per esempio, uno schiavo fuggitivo), o che non si può vendere (per esempio, il cane da caccia, una pelle da concia, cf. Ḫalīl, X, n. 1, 4), poichè, la donazione essendo acquisto lucrativo, può avere ad oggetto anche una cosa aleatoria o che non è in commercio, a differenza dei contratti commutativi (cf. questo Lib., § 208).

La dottrina malichita non approva la costituzione in " waqf " di uno schiavo, perchè ciò può impedirgli di conseguire la libertà quando che sia [169].

Solo ciò che si possiede in piena proprietà o di cui si ha il godimento può essere costituito " ḥubus ". Quindi non possono essere oggetto di " ḥubus " [170]:

a) gl'immobili soggetti al tributo detto " ḫarāǧ " (dovuto dai " ḏimmī " o tributari protetti), perchè si considerano già immobilizzati a favore della comunità musulmana e non possono quindi far oggetto di un nuovo " ḥubus ". Lo stesso principio vale, nel diritto turco moderno, per le terre " mīriyyah ", di cui lo Stato conserva il dominio eminente;

b) le cose altrui, salvo che il proprietario ratifichi la costituzione del " ḥubus ": così la dottrina malichita e sciafiita. Invece, secondo i Ḥanafiti, il " waqf " di cosa altrui sarebbe nullo, anche se il proprietario lo ratificasse o la cosa divenisse in seguito proprietà

---

[166] *Minhāǧ*, II, 185, 186; Juynboll, p. 279.

[167] Ḫalīl, h. t., n. 1; *Minhāǧ*, II, 182; Dardīr–Dasūqī, IV, 68–69; Clavel, II, n. 744–750.

[168] Buḫārī, *waṣāyā*, 16; cf. *Cor.*, III, 86.

[169] Mayyārah–Raḥḥāl, II, 135.

[170] Ḫalīl, XXXII, n. 1; Dasūqī, IV, 68; Belin, J. A., avril–mai, 1862, p. 272, n. 383; Krcsmárik, 523, nota.

del costituente, perchè ciò che *ab initio* è nullo non può convalidarsi per un fatto posteriore [171].

Non occorre che il costituente abbia la proprietà integrale della cosa che costituisce in " waqf ". Perciò possono essere oggetto di " waqf ":

a) una superficie, cioè un edificio od una piantagione posti in un fondo altrui [172];

b) un diritto reale (*ius in re aliena*) come il " ḫalw " o " ḫulū " o altri diritti sulle utilità (" manāfi' ") della cosa altrui (Lib. VI, Tit. IV);

c) una quota indivisa di una cosa che il costituente ha in comune con altri [173], anche se la cosa sia indivisibile; quest'ultimo caso, tuttavia, è controverso tra i Malichiti [174];

d) una cosa locata od oppignorata ad altri; in questi ultimi casi il " ḥubus " non ha effetto se non dal momento in cui la cosa è divenuta disponibile per lo spirare della locazione o il pagamento del debito [175].

Non basta lo scopo pio a legittimare il " waqf ", quando l'oggetto costituito in " waqf " ha origine illegittima, per esempio, è prodotto di un lucro illecito, d'una rapina, d'una usurpazione. Ne sono esempio, per i giuristi, i " waqf " eretti dai Principi e dai loro favoriti, che danno per lo più beni acquistati in modo non conforme alla legge e non possono essere perciò legittimati dalla loro consacrazione ad uno scopo per benefico che sia: questa, dicono i giuristi, non è una " qurbah ", perchè non può essere accetta a Dio [176].

Si domanda se oggetto del " waqf " possa essere una cosa su cui il costituente ha solo un diritto risolubile, per esempio, una cosa da lui posseduta a titolo di locazione o di precario. La risposta è

---

[171] *Radd al-muḥtār*, III, 554; Qāḍī Ḫān, III, 300 (ed. 1282); cf. Clavel, II, n. 749; Kohler, 137.

[172] *Minhāǧ*, II, 182, 183. Questione controversa presso i Ḥanafiti: Qāḍī Ḫān, III, 306; Krcsmárik, 531.

[173] *Minhāǧ*, II, 182; pei Ḥanafiti: *Fatāwà Hindiyyah*, II, 314; Krcsmárik, 526; Wilson, *Dig.*4, 321; Clavel, II, n. 751.

[174] L'opinione prevalente vuole che la cosa indivisibile sia venduta e che la parte di prezzo corrispondente alla quota del costituente sia impiegata a costituire il " ḥubus ": Sautayra, II, 388; *'Amaliyyāt*, 377–378.

[175] Zurqānī, VII, 75; pei Ḥanafiti, Krcsmárik, 525; Adda e Ghalioungui, p. 13, n. 16; Clavel, II, 750.

[176] Dardīr–Dasūqī, IV, 82.

diversa secondo le scuole: i Malichiti sono per l'affermativa, poichè il " waqf " malichita può anche esser costituito a tempo od avere uno scopo temporaneo. I Ḥanafiti lo negano, perchè il " waqf " secondo la loro dottrina dev'essere perpetuo. E decidono quindi che il compratore con patto di riscatto a favore del venditore non può costituire in " waqf " la cosa comprata se non dopo spirato il termine stabilito per il riscatto[177]; chi ha acquistato un fondo su cui spetti un diritto di retratto (" šuf'ah ") non può costituirlo in " waqf " finchè il vicino non abbia rinunciato a quel diritto o non ne sia decaduto; egli si esporrebbe a veder rescindere il " waqf " qualora il vicino volesse in tempo utile esercitare il suo diritto[178].

§ **226.** Le cose che si deteriorano o si consumano coll'uso possono essere oggetto di " waqf "?

I Malichiti e gli Sciafiiti ammettono concordi la validità del " ḥubus " o " waqf " delle cose che si deteriorano coll'uso[179] e quindi le armi, i libri, le bestie da soma e da sella, gli schiavi, le vesti[180]; l'opinione prevalente tra i Malichiti ammette pure il " waqf " delle cose che si consumano coll'uso (derrate, numerario[181]). Se il " waqf " consiste, per esempio, in una somma in contanti, questa verrà impiegata in operazioni commerciali, ed il guadagno sarà distribuito ai poveri; se in grano, questo sarà prestato ai coltivatori più bisognosi per le loro sementi, a patto che restituiscano la stessa quantità e qualità al momento del raccolto. In quest'ultimo caso, la fondazione somiglia singolarmente ai nostri monti frumentari.

Nella scuola ḥanafita la questione è più controversa. I primi discepoli di Abū Ḥanīfah ammettono la validità di un " waqf " di armi, di cavalli, di bestie da soma, perchè di tutto ciò v'ha esempio nelle tradizioni. Ma non ammettono, invece, il " waqf " delle cose che si consumano coll'uso, perchè il " waqf " deve avere una destinazione perpetua. La dottrina posteriore si è andata accostando alle

---

[177] *Fatāwà Hindiyyah*, II, 298.

[178] Qāḍī Ḫān, III, 312.

[179] *Mud.*, III, 96; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 31; Ḫalīl, h. t., n. 5 e n. 22–23; Dardīr–Dasūqī, IV, 69; *Minhāǧ*, II, 182; Kern, ZDMG, vol. 55, 1901, 73; Clavel, II, 746.

[180] *Mud.*, XV, 99; Ḫalīl, h. t., n. 1 e nota 8; III, 16; *Digest.*, 7, 5, 1.

[181] *Mud.*, XV, 169; Ibn 'Āṣim, v. 1162, 1163; Dasūqī, IV, 69; Ḫalīl, III, § 16; cf. Buḫārī, *waṣāyā*, 31. Gli Sciafiiti non ammettono il " waqf " delle cose che si consumano coll'uso, perchè l'oggetto del " waqf " dev'essere suscettibile di uso perpetuo o quasi: *Minhāǧ*, II, 182; *Fatḥ al–Qarīb*, 401; Juynboll, § 60.

idee malichite, per l'influenza di Abū al-Layṯ as-Samarqandī († 383 eg., 993 Cr.) [182], ed ammette il " waqf " dei libri ed anche delle cose fungibili in generale, per esempio, di danaro o di derrate destinate ad essere prestate agli agricoltori per la sementa, purchè il fondo sia perpetuamente reintegrato [183].

§ **227.** La costituzione di " waqf ", al pari della vendita, comprende assieme alla cosa tutte le sue pertinenze ed accessioni, comprese le piantagioni, ma non i frutti pendenti [184].

§ **228.** D) *Destinazione o scopo del " waqf "* (*"maṣrif al-waqf, waġh al-waqf "*).

Lo scopo del " waqf " dev'essere un'opera pia o benefica, una propiziazione, cioè un modo di avvicinarsi a Dio (" qurbah ").

S'intende pertanto che lo scopo, qualunque sia, dev'essere lecito, cioè non contrario ai precetti del diritto islamico e della religione. Sarebbe nullo un " waqf " istituito per la costruzione di una chiesa, per la distribuzione di vino o di carne suina, anche se il costituente sia un " ḏimmī ", per l'acquisto di armi contro i Musulmani. Il solo Abū Ḥanīfah ammette il " waqf " per la costruzione di una chiesa, ordinata da un " ḏimmī " per disposizione di ultima volontà [185].

§ **228bis.** Secondo i Ḥanafiti, lo scopo del " waqf " deve avere due requisiti:

a) costituire una " qurbah ", cioè un'opera grata a Dio [186]; ogni scopo pio o umanitario o di pubblico interesse è una " qurbah "; la manutenzione di una moschea, la scuola, le fontane pubbliche, i ponti, le strade, gli ospedali ed ospizi, i soccorsi ai poveri in genere, sono tanti esempi di opere propiziatorie (" qurbah "), quali si esigono dai Ḥanafiti per essere oggetto di " waqf ". Non sarebbe valido un " waqf " costituito a solo vantaggio delle classi ricche o della propria famiglia e dei discendenti di questa, senza indicazione di scopo pio [187];

---

[182] Qāḍī Ḫān, III, 306 (ed. 1282).

[183] *Radd al-muḥtār*, III, 579; Ḫayr ar-Ramlī, *ap.* Adda e Ghalioungui, p. 35, n. 73; Krcsmárik, 530; d' Ohsson, II, 438; Wilson, *Dig.* 4, n. 318; Kohler, 136; Clavel, II, 744 sg.

[184] Kohler, 139.

[185] *Minhāġ*, II, 184; Ḫalīl, h. t., n. 6; Tuwātī, *Formulario*, p. 31; Juynboll, p. 279; Wilson, *Dig.* 4, n. 322.

[186] *Radd al-muḥtār*, III, 553 sg.; *Fatāwà Hindiyyah*, II, 350; Wilson, *Dig.* 4, n. 322 e l'app. B (pp. 499 sg.).

[187] *Radd al-muḥtār*, III, 552.

b) i Ḥanafiti esigono che il " waqf " abbia uno scopo perpetuo (" maṣrif mu'abbad "); l'indicazione di uno scopo transitorio o limitato ad un certo tempo sarebbe causa di nullità del " waqf "[188]; sicchè sarebbe nulla la fondazione limitata ad un certo numero di anni od a favore di una persona determinata (per esempio, lascio la mia casa in " waqf " a mio figlio), poichè potrebbe parere limitata alla vita di quella persona[189]. Nello stesso ordine di idee, i Ḥanafiti non consentono che la costituzione di " waqf " si faccia dipendere da un avvenimento futuro ed incerto, perchè il costituente deve avere la volontà di spogliarsi definitivamente della cosa che costituisce in " waqf "[190].

I Malichiti concepiscono diversamente lo scopo del " waqf ":

a) Lo scopo del " waqf " malichita e sciafiita, come quello ḥanafita, dev'essere sempre una " qurbah " od opera grata a Dio, cioè un'opera pia o benefica o generalmente utile. Ma non importa, secondo i Malichiti, che questo scopo sia solo implicito e non apparisca a prima vista[191]; ciò che costituisce il carattere accetto a Dio di un " waqf " è il sacrifizio, lo spogliarsi che fa il costituente delle proprie sostanze a beneficio altrui[192]; non importa quindi che il " waqf " sia istituito a favore dei ricchi piuttosto che dei poveri o a beneficio di una scuola o rito speciale, purchè musulmana (per esempio, per l'insegnamento del diritto malichita o sciafiita).

La stessa incertezza domina tra i Ḥanafiti rispetto agli effetti della condizione apposta alla costituzione di " waqf "[193]. Secondo gli uni, la condizione dovrebbe reputarsi non scritta; altri distinguono la condizione incompatibile colla natura del " waqf "[194], e quindi ragione di nullità del " waqf " stesso, e le condizioni che non sono incompatibili e che si reputano non scritte.

§ **229.** E) *Forma* (" *ṣīġah* ").

La dichiarazione di volontà (" ṣīġah ") che costituisce il " waqf " o " ḥubus " non richiede termini speciali in diritto malichita e ḥana-

---

[188] Cf. *Novell.*, 131, c. 10–11; *Cod.*, I, 3, 46, pr., § 1–3, 9.

[189] Krcsmárik, 535.

[190] Qāḍī Ḫān, III, 299; Krcsmárik, 536.

[191] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 29 (Peltier, 72); *zakāh*, n. 14; Ḫalīl, h. t., n. 3 e nota 9; Ḫiršī, VII, 90; Dardīr–Dasūqī, IV, 70; *Minhāǧ*, II, 184, 186.

[192] *Cor.*, III, 86; cf. Buḫārī–Qasṭallānī, VII, 56.

[193] Qāḍī Ḫān, III, 1, 299; *Radd al–muḥtār*, III, 558; Krcsmárik, 537–539.

[194] Per es.: « Costituisco il fondo tale in " waqf ", a condizione che non cesserò di esserne proprietario », oppure « a condizione che potrò revocarlo a volontà ».

fita. La costituzione di " waqf " (" taḥbīs, tawqīf ") può essere *esplicita* (" ṣarīḥ "), per esempio: «Costituisco (tal cosa) in " ḥubus " » (" ḥabastu " od anche " ḥabbastu "), «Costituisco in " waqf " » (" waqaftu " o " waqqaftu "), « Do tal cosa e non ne domanderò il prezzo che a Dio »; può anche essere *implicita*, cioè risultare da altre espressioni equipollenti: « Do tal cosa in elemosina », purchè si aggiunga « a patto che non sia nè venduta nè donata », ovvero sia indicata una causa per sua natura perpetua; « i poveri », « gli studenti », per esempio, « Do tal cosa a beneficio dei poveri, purchè non sia nè venduta nè donata »[195]; in tutti i casi, la dichiarazione di volontà dev'essere chiara e non equivoca.

Non occorre che lo scopo del " waqf " sia indicato con precisione, purchè consti la costituzione del " waqf ". In una specie sottoposta a Mālik, il testatore aveva detto: « Costituisco la mia casa a titolo di " ḥubus " », senza dire a quale scopo. Mālik decise che questa omissione non invalidava la fondazione e che le rendite dovevano devolversi ai poveri o ad altro scopo conforme all'uso locale o, in mancanza d'uso, ad un impiego benefico, secondo il prudente arbitrio del giudice[196]. Così anche i Ḥanafiti[197].

Non occorre neppure che venga indicata con precisione la cosa che è oggetto del " ḥubus ", quando ne consti con sicurezza la identità. È valido, ad esempio, il " ḥubus " di un fondo di cui non siano precisati i limiti, purchè sia indicato il nome del fondo e ciò basti per individuarlo[198].

Come non si richiedono termini speciali per costituire il " ḥubus ", così non si richiedono solennità determinate[199]. Nei primi tempi era consuetudine far intervenire uno o più testimoni, dinanzi

---

[195] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 17, 22, 26, 34; *Mud.*, XV, 105; Ḫalīl, h. t., n. 1, 9 e nota 10–11; Tuwātī, *Formul.*, p. 31–32; Dardīr–Dasūqī, IV, 76; Zurqānī, VII, 74; Clavel, II, 774; Krcsmárik, 535. Altre espressioni ḥanafite: « costituisco la mia cosa, per esempio, a titolo di "ṣadaqah mawqūfah" oppure " maḥramah ṣadaqah " (" maḥram " a Medina significa " waqf ").

[196] Buḫārī, *waṣāyā*, 14, 15, 17; *Mud.*, XV, 99, 101; Ibn Farḥūn, II, 42; Ḫalīl, h. t., n. 16; Peltier, *Test.*, 43, 46, 47.

[197] Qāḍī Ḫān, III, 313; *Fatāwà Hindiyyah*, II, 348; Krcsmárik, 542–544; Wilson, *Dig.*[4], 317.

[198] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 26; cf. Peltier, *Test.*, p. 67.

[199] Ibn 'Āṣim, v. 181; Ḫalīl, h. t., note 38 e 42; Tuwātī, *Formulario*, p. 33 (formula malichita di costituzione di " waqf "); *Projet Algér.*, a. 467; *Radd al-muḥtār*, III, 624; Krcsmárik, 570, 571.

ai quali veniva emessa la dichiarazione del costituente. Oggi vi supplisce l'atto notarile [200] nella pratica malichita. Ma questa forma era ed è richiesta piuttosto *ad probationem* che *ad solemnitatem*. Mancando l'atto scritto, sia perchè non esiste o è perito, basta a far prova del " waqf " la pubblica notorietà o l'iscrizione apposta sulla porta di un edificio attestante che è " ḥubus ", o l'analoga annotazione sul libro donato ad una pubblica biblioteca oppure il fatto che le rendite del fondo sono state adoperate a beneficio di un luogo del culto o di un istituto di beneficenza.

Tuttavia, trattandosi di cose mobili, la costituzione di " waqf " deve risultare [201], secondo i Malichiti:

a) da una dichiarazione del costituente, emessa dinanzi a testimoni, congiunta alla simultanea consegna al beneficato della cosa costituita in " waqf ";

b) ovvero da una dichiarazione scritta di mano del costituente e autenticata da testimoni. Sicchè non basterebbe, per esempio, che sopra un libro si trovi scritta la dichiarazione che è " ḥubus ", se lo scritto non sia di pugno del costituente o non porti l'attestazione di testimoni che lo confermino.

Il valore del marchio a fuoco indicante che un animale è " ḥubus " è vivamente controverso presso i Malichiti, appunto perchè nulla dimostra la autenticità di quel segno.

§ **230.** La prova del " waqf ", in diritto ḥanafita, non può, a rigore, risultare dalla scrittura: è principio generale dei Ḥanafiti che lo scritto non fa prova (" ḥuǵǵah "); questa può risultare solo dall'attestazione di testimoni idonei (" bayyinah ") o dalla confessione o denegazione delle parti. Ma tanto Abū Yūsuf quanto Muḥammad, discepoli del fondatore della Scuola, ammisero il valore della scrittura in via di equità (" istiḥsān "); specie quando è registrato negli archivi dei Giudici o nei loro registri ufficiali, l'atto di costituzione fa piena fede di quanto contiene; in mancanza di registrazione o di altra riproduzione autentica, si ricorre alla verificazione di scrittura, la quale, se debitamente riconosciuta, fa piena fede [202].

Alle regole relative alla forma non è soggetto, secondo i Ḥanafiti, il " ḥubus " costituito da chi è gravemente malato, se poi viene a morte

---

[200] Anche al-Buḫārī presuppone l'atto scritto (*waṣāyā*, n. 28 e Peltier, *Test.*, p. 71).

[201] al-Burzulī, *ap. 'Amaliyyāt*, p. 370.

[202] Ibn Nuǵaym, I, 338 e Ḥamawī *ad loc.*, note 4-5.

per quella malattia. Il " ḥubus " è considerato in questo caso come una disposizione *causa mortis*, e valgono per esso le regole relative ai testamenti fatti *in procinctu;* basta quindi che la volontà di costituire il " ḥubus " sia espressa chiaramente, in presenza di due testimoni idonei (cioè puberi, maschi, musulmani e ineccepibili) (cf. *Cor.*, v, 105) [203].

La costituzione di " waqf " ha effetto appena dichiarata. Il fondatore [204], se è malichita, può bensì aggiungere alla istituzione una condizione sospensiva od un termine *a quo*, da cui debba cominciare ad avere effetto, od un termine *ad quem* in cui debba cessare; il " ḥubus " malichita si può quindi costituire da una certa data, o fino ad una certa data, o durante la vita di un numero determinato di persone; per contro i Ḥanafiti non ammettono il " waqf " se non perpetuo.

È invece illecita e si reputa non scritta la clausola per cui il fondatore riservi a sè od ai suoi eredi la facoltà di revocare o di alienare il " ḥubus ".

Nella Scuola ḥanafita, la revocabilità del " waqf " è questione rimasta lungo tempo incerta. Rammentiamo che Abū Ḥanīfah considerava come legato la dichiarazione di costituire un " waqf ", e la riteneva revocabile fino alla morte del costituente, come ogni liberalità *causa mortis*. I discepoli di Abū Ḥanīfah, specialmente Abū Yūsuf e Muḥammad, non addottano questa dottrina, considerando la costituzione di " waqf " non quale atto *causa mortis*, ma come obbligazione assunta verso Dio e quindi irrevocabile. Ma tanto Abū Ḥanīfah quanto i discepoli sono concordi nel ritenere che la costituzione di " waqf ", qualunque ne sia la natura giuridica, sia irrevocabile, se venga fatta dinanzi ad un " qāḍī ". Sicchè, a togliere ogni dubbio, è invalsa presso i Ḥanafiti la consuetudine, costituendo un " waqf ", d'istituire un processo fittizio, assai analogo alla *legis actio* romana [205]: il costituente si presenta al " qāḍī " e gli dichiara di avere costituto in " waqf " una casa, per esempio, o altro fondo precisamente determinato, e di averne fatta la consegna ad un amministratore (" mutawallī ") incaricato di rappresentare i beneficiari. Subito dopo, il costituente, invocando l'opinione conforme di Abū

---

[203] Adda e Ghalioungui, n. 9, 12, p. 11, n. 13 nota.

[204] Ḫalīl, h. t., n. 13, 15; Dardīr–Dasūqī, IV, 78, 79.

[205] *Radd al–muḥtār*, III, 559; Clavel, II, n. 775; *Projet Algér.*, a. 461 e la nota *ibid.*; Zurqānī, VII, 74.

Ḥanīfah, dichiara di voler revocare la costituzione di " waqf " da lui dichiarata, e ne chiede al "qāḍī" la rescissione. L'amministratore del " waqf " (" mutawallī "), presente all'udienza, risponde allora, a nome dei beneficiari, che il fondatore non ha più facoltà di revocare l'atto di fondazione, poichè, secondo la dottrina di Abū Yūsuf e di Muḥammad, il " waqf ", perfetto che sia, non è più revocabile, e chiede al "qāḍī" di convalidare la costituzione. Il giudice emana la sentenza in conformità di questa conclusione[206], e da quel momento il "waqf" è irrevocabile; la sentenza del "qāḍī" diventa il titolo di fondazione del " waqf " e ne assicura la perpetuità contro ogni minaccia di revocazione.

§ **231.** Alla *perfezione* del "waqf", come a quella della donazione, si richiede[207]:

1° l'accettazione del beneficiario o del suo rappresentante in caso di incapacità;

2° la presa di possesso del beneficato.

1° L'accettazione non è richiesta, per eccezione, quando il beneficato è un ente morale (una moschea ecc.), od una collettività (ad esempio, i poveri di un dato luogo, o i poveri in generale, gli studiosi ecc.).

L'accettazione può anche essere tacita e risultare dal possesso del « ḥubus » da parte del beneficato. Se più sono i beneficati, l'accettazione ha effetto solo rispetto a quello od a quelli che l'hanno emessa.

L' accettazione è irrevocabile.

Del pari, è definitivo il rifiuto del beneficato. Questi non può più ritrattarlo; se sono più i beneficati, il rifiuto nuoce solo a chi l'ha emesso, e la sua quota si accresce a coloro che sono con lui chiamati a godere del " ḥubus ".

In caso di rifiuto di tutti coloro che[208] appartengono alla linea o categoria di persone chiamate al godimento del " ḥubus ", sottentra, in diritto ḥanafita, la linea seguente; in diritto malichita, il " ḥubus " si devolve ad uno scopo analogo, la cui determinazione è rimessa al prudente arbitrio del giudice. Tuttavia, qualora il costituente abbia tassativamente indicato lo scopo e le persone cui ha

---

[206] La sentenza è registrata nel registro del "qāḍī", ma la mancanza di registrazione non nuoce: *Radd al-muḥtār*, III, 563.

[207] *Mud.*, XV, 108: Ḫalīl, h. t., n. 17; Clavel, II, n. 780; Ṭarābulusī, p. 22 (Ḥanaf.); *Minhāǧ*, II, 185 (Sciaf.).

[208] Ḫalīl, l. c., nota 60; Zurqānī-Bannānī, VII, 85; Dardīr-Dasūqī, IV, 79.

voluto destinare il " ḥubus ", il rifiuto dei beneficati avrebbe per effetto di estinguere o, come si dice tecnicamente, d'*interrompere* il " ḥubus " (" ḥubus munqaṭi' "), che in questo caso si devolve al costituente od ai suoi eredi.

2° L'accettazione del beneficato non basta; occorre che sia integrata dalla effettiva presa di possesso[209]; occorre cioè, secondo i Malichiti, che il costituente si spogli della cosa e che il beneficato ne prenda possesso (" qabḍ, ḥiyāzah "), anche se incapace (impubere, inabilitato: " safīh ") e non assistito dal suo rappresentante legittimo. La presa di possesso risulta sia dall'apprensione effettiva o anche simbolica della cosa, in presenza di testimoni[210], o da un atto di disposizione (locazione, colonía parziaria ecc.) del beneficato. Può anche risultare da un costituto possessorio (" ḥawz ḥukmī " = possesso giuridico o legale). Così, quando il padre o tutore costituisce un " waqf " in favore del suo pupillo, basta che il costituente prenda possesso a nome dell'incapace, facendo constatare il possesso da testimoni idonei (notari); tuttavia, se si tratta della casa di abitazione del costituente, è necessario che questi evacui effettivamente il fondo, come si è detto nel caso della donazione[211].

Mancando la presa di possesso da parte del beneficato, la costituzione di " ḥubus " è imperfetta in diritto malichita, e può divenire inefficace qualora sopravvenga un fatto che impedisca l'effettivo possesso del beneficato[212]; questi impedimenti sono quelli cui si è accennato parlando delle donazioni. Se prima della presa di possesso il costituente muore o cade gravemente malato di morbo che si riveli letale o risulti che era oberato ed impotente a pagare i suoi debiti quando ha costituito il " ḥubus ", la costituzione può essere rescissa, a richiesta degli eredi o dei creditori del costituente.

I Ḥanafiti si dividono qui in due opposte sentenze: gli uni ritengono con Abū Ḥanīfah ed Abū Yūsuf che la consegna da parte del costituente e la relativa presa di possesso del beneficato (" qabḍ, taslīm ") non siano necessari alla perfezione del " waqf " e che basti

---

[209] *Mud.*, XV, 100, 108–110, 125, 130; Ḫalīl, h. t., n. 7; Zurqānī-Bannānī, VII, 79; *'Amaliyyāt*, p. 369; Clavel, II, n. 776.

[210] Per esempio, se il beneficato fa il giro del fondo in presenza di testimoni.

[211] Ḫalīl, h. t., n. 7 e nota 29; XXXIII, n. 17.

[212] *Mud.*, X, 99; Ḫalīl, h. t., n. 7; Dasūqī, IV, 74.

a quest'uopo la dichiarazione di volontà del costituente[213]; Muḥammad aš-Šaybānī richiede, al contrario, la consegna effettiva.

Tutte le Scuole, malichita, sciafiita e ḥanafita insegnano concordemente che, quando si tratta di una moschea, di un cimitero o di altro luogo destinato all'uso pubblico, basta a costituire consegna del " ḥubus " che il costituente abbia dichiarato la sua volontà e che la cosa sia lasciata alla libera disposizione degli utenti cui è destinata[214].

b) Anche la *perpetuità* del " waqf " non è dai Malichiti ritenuta essenziale come lo è dai Ḥanafiti. La dottrina prevalente nella Scuola malichita[215] ammette che il " waqf " possa anche essere temporaneo, cioè limitato ad un certo tempo, o ad un certo scopo, od alla vita di un certo numero di persone, estinte le quali i beni debbono tornare al costituente. Non è da tacere tuttavia che una dottrina molto autorevole (per esempio, Ibn 'Arafah) sostiene non potersi propriamente chiamare " waqf " una fondazione che non sia perpetua.

§ **232.** Le Scuole, come si è veduto, concordano nel ritenere essenziale all'esistenza del " waqf " lo *scopo pio* (" qurbah ").

Non occorre tuttavia che la volontà del fondatore sia diretta a trasmettere allo scopo pio il godimento immediato della fondazione. Il " waqf " può essere anche differito (" mu'aqqab "); in altri termini, il fondatore può volere che il godimento si devolva a certe persone, nell'ordine di successione da lui determinato, e dopo queste allo scopo pio. Così, ad esempio, nella formula seguente di " ḥubus " malichita e sciafiita[216]: « Il tale dichiara (ai notari) di aver costituito la sua casa a titolo di " ḥubus " in favore dei suoi figli e dei suoi discendenti... volendo che, quando la sua posterità sarà interamente estinta, il " ḥubus " si devolva alle due Città Sante (" al-ḥaramayn " = Mecca e Medina), sì che la rendita ne sia erogata a vantaggio delle due Città, al pari di quella degli altri " waqf " che a queste appartengono ».

---

[213] Qāḍī Ḫān, III, 282; Krcsmárik, 539–540; Wilson, *Dig.*[4], n. 320; Kohler, 133; d' Ohsson, *Tableau*, II, 438, 545; Clavel, *Wakf*, I, 315 n. 200; così per il diritto romano: *Cod.*, VIII, 54, 35 § 5; I, 2, 15.

[214] *Minhāǧ*, II, 185; Ḫalīl, h. t., n. 7; *Radd al-muḥtār*, III, 558; Krcsmárik, 547; Kohler, 133.

[215] Ḫalīl, h. t., n. 15; cf. Bannānī, VII, 74; VI, 126; *'Amaliyyāt*, p. 389, l. 6 dal b.; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 135; Dasūqī, IV, 79; Tasūlī, II, 259; Sautayra, II, 392 sg.; Kohler, 141. La dottrina sciafiita è incerta.

[216] Tuwātī, *Formulario*, 32; *Minhāǧ*, II, 187; cf. Dasūqī, IV, 73.

E così in questa formula ḥanafita[217]: « Io costituisco la mia casa a titolo di " waqf ", affinchè le rendite ne siano impiegate a beneficio dei miei figli e discendenti, e, quando i miei discendenti saranno estinti, voglio che le rendite siano distribuite tra i poveri della Mecca ».

La validità di questa forma di costituzione del " waqf " è stato oggetto di vive controversie tra i Ḥanafiti. Abū Yūsuf la difendeva, perchè vi ravvisava un modo di favorire la estensione del " waqf ". È vero, diceva, che queste fondazioni servono ad interessi privati, ma tuttavia, per il loro risultato ultimo, non si può negare che vadano a vantaggio di uno scopo benefico, e tanto basta per costituire la pia causa necessaria alla validità di un " waqf ". Muḥammad e Hilāl, altri discepoli di Abū Ḥanīfah, combattono questa forma di fondazione perchè, dicono, l'esistenza di un ordine, che può essere lunghissimo, di beneficiari, aventi il godimento dei beni ad esclusione della causa pia cui erano destinati, toglie alla fondazione quel carattere di beneficenza che è essenziale al concetto di " waqf ".

L'opinione di Abū Yūsuf è prevalsa nella pratica ḥanafita. È però consuetudine in questi casi, in cui il " waqf " è istituito a beneficio dei discendenti del fondatore, di riservare una parte delle rendite ad un'opera pia o di pubblica utilità [218].

Questa forma di " waqf " analoga al *fedecommesso familiale* del diritto romano [219] e che forse ne deriva, si chiama " waqf ʿādī " (consuetudinario) o " ahlī " (di famiglia) ed anche " muʿaqqab " (differito), [220] mentre il " waqf ", nel quale il fondatore si spoglia direttamente e senz'altro della cosa a favore dell'opera pia che intende beneficare, si dice " šarʿī " (legittimo, canonico) od anche " ḫayrī " (di beneficenza).

§ **233.** Può il costituente riservare il godimento a se stesso per un certo tempo o fino alla sua morte ?

al-Buḫārī lo ammette, adducendo nei suoi " ḥadīṯ " l'esempio di vari Compagni del Profeta, i quali, nel costituire dei " waqf "

---

[217] *Radd al-muḥtār*, III, 553.

[218] Quando il " waqf " è destinato esclusivamente ai discendenti del fondatore, senza indicazione di scopo pio, la validità ne è assai controversa presso i Ḥanafiti. Cf. Wilson, *Dig.*[4], n. 323 e app. B (p. 499 sg.).

[219] *Digest.*, *de Legal.*, 2, 77 § 27; 3, 38 § 3.

[220] Clavel, *Wakf*, I, p. 27, n. 27; Morand, 257; Ed. Michaux-Bellaire, RMM, vol. V, 438; al-Moutabassir, *ibid.*, I, 326-327; il diritto ottomano li chiama " awqāf mašrūṭah " (*condizionati*), " awlādiyyāt waqf " (" waqf " di *posterità*); cf. d'Ohsson, II, 529-530; sopra un altro senso di " ʿādī ": *ibid.*, 552 sg.

si erano riservati l'uso o il godimento della fondazione. I Ḥanafiti (ed i Ḥanbaliti) accettano questa dottrina[221].

I Malichiti e gli Sciafiiti professano una dottrina contraria. Non si può erigere un " waqf " a beneficio proprio, nè trarne alcuna forma di godimento o di vantaggio, poichè tutto ciò ripugna alla natura dell'atto, che è costituito appunto dal sacrifizio volontario, dal fatto di spogliarsi di ciò che si possiede, affinchè altri ne abbia il vantaggio. Sicchè il " waqf " è nullo, o lo diventa, se dopo la costituzione la cosa torna in possesso del fondatore, se egli continua, per esempio, ad abitare la casa, a percepire la rendita, a compiere atti di disposizione o di amministrazione sulla cosa donata[222].

Invece nulla vieterebbe al costituente, se la cosa non è fruttifera, di far uso della cosa donata come un altro qualunque, per esempio, di farsi prestare i libri da lui costituiti in " waqf " ad una biblioteca pubblica[223].

È pure lecito al fondatore malichita di prescrivere nell'atto di fondazione che l'amministrazione del " waqf " rimetterà a lui le rendite per curarne personalmente la distribuzione tra i beneficati[224].

SEZIONE II. — Effetti della costituzione del "ḥubus".

Abbiamo esaminato le condizioni necessarie a costituire validamente il " ḥubus " e alla sua perfezione. Rimane ora da studiare l'effetto della costituzione del " ḥubus ":

1° rispetto al costituente o fondatore del " ḥubus " (" muḥabbis ", " wāqif ");

2° rispetto ai beni che ne sono oggetto (" mawqūf ", " muḥabbas ");

3° rispetto ai beneficati (" mawqūf 'alayhi ", " muḥabbas 'alayhi ").

§ **234.** 1. *Rispetto al costituente.* — In diritto malichita il " ḥubus " è una costituzione di usufrutto[225], per effetto della quale il

---

[221] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 12, 13, 33 (cf. Peltier, *Test.*, p. 39, 41, 79); Ibn 'Ābidīn, ap. Adda et Ghalioungui, p. 42, n. 95; Clavel, II, 741, 760–761; Kohler, 135.

[222] *Mud.*, XV, 109, 110 pr.; Ḫalīl, h. t., n. 5 e note 11–12, n. 6 e nota 16; Zurqānī–Bannānī, VII, 76; Dasūqī, IV, 70; *'Amaliyyāt*, p. 376–377.

[223] Ḫalīl, h. t., n. 5 e nota 12.

[224] Ḫalīl, h. t., n. 4 e nota 10; Dasūqī, IV, 70.

[225] Zeys, II, p. 182; Juynboll, § 60; Pouyanne, p. 92 sg.; Mercier, *Le hobous ou waqf*, p. 10; Arin, *Démembr. de la propriété*, RMM, XXVI (1914), p. 280 sg.

costituente si spoglia, finchè dura la fondazione, del godimento della cosa in favore di coloro che ha voluto beneficare, conservandone solo il nudo dominio, non solo in vita, ma anche dopo morte, poichè si ritiene che il defunto rimanga investito giuridicamente del dominio dei beni da lui assegnati alla fondazione [226]. La perfezione del " ḥubus " ha quindi per effetto di scindere il dominio diretto, di cui il fondatore rimane titolare, dal dominio utile, che da quel momento spetta ai beneficiari del " ḥubus ".

È controverso pertanto se la " zakāh " (decima) dei beni costituiti in " waqf " continui, come vuole Ibn al-Qāsim, a far carico al costituente, in quanto rimane domino di quei beni (opinione prevalente), o non sia piuttosto dovuta dai beneficiari [227].

La dottrina ḥanafita, per questo riguardo, presentò in principio qualche incertezza. Secondo Abū Ḥanīfah, il " waqf " continua ad essere proprietà del costituente, il quale ne concede precariamente il godimento ai beneficati e può sempre revocare questa concessione fino alla sua morte; il " waqf " diventa irrevocabile solo se il costituente muore senza averlo revocato o se è intervenuta una sentenza del giudice a convalidare la fondazione, sentenza per cui diventa definitivo [228]. Abū Ḥanīfah, in sostanza, concepisce il " ḥubus " come una concessione gratuita di precario (" 'āriyah ") od usufrutto, revocabile *ad nutum*. I due discepoli di Abū Ḥanīfah, Abū Yūsuf e Muḥammad aš-Šaybānī, professano una dottrina diversa. Il " waqf " altro non è, secondo loro, che la rinuncia alla proprietà di una cosa in favore di Dio. La costituzione di " waqf " scinde quindi il dominio della cosa [229], la quale ormai appartiene a Dio, dall'usufrutto o godimento, il quale spetta alla persona cui il fondatore l'ha assegnato [230]. Si costituisce così una vera persona giuridica, in cui tanto la proprietà quanto l'usufrutto sono indipendenti dalla persona del fondatore. Non è da tacere che una dottrina malichita molto autorevole (al-Qarāfī ed altri) insegna che la proprietà del

---

[226] Ḫalīl, h. t., n. 1 e nota 1, n. 27 e note 88–89; cf. Mayyārah, II, 172, l. 11.

[227] Ibn Rušd, I, 248, 249.

[228] *Fatāwà Hindiyyah*, II, 296; Krcsmárik, 513.

[229] Cf. Buḫārī, *waṣāyā*, 14 e Peltier, *Test.*, p. 43 e 54.

[230] Krcsmárik, 513, 514; d'Ohsson, II, 437, 438, 545, 549. Da ciò il carattere contrattuale del " waqf ", poichè il costituente si obbliga verso Dio. Abū Yūsuf, ap. Dāmād, *Šarḥ Multaqà al-abḥur* (Krcsmárik, 535); Van den Berg, 127; Ibn Nuǵaym, II, 202, 204.

" waqf " appartiene a Dio [231], concetto che si trova anche presso gli Sciafiiti (*Minhāǵ*, II, 189) come espressione della dottrina di questa scuola. Cf. anche qui sopra, § 221.

2. *Rispetto ai beni costituenti la fondazione.*

" Ḥubus ", " waqf " significano *vincolo*, *impedimento*. E infatti l'effetto principale della costituzione del " ḥubus " è di sottrarre al commercio i beni sottoposti a quel vincolo, di renderli, in una parola, *inalienabili* [232].

Per questo riguardo giova distinguere i beni *immobili* dai *mobili* [233]:

a) Rispetto ai beni immobili, la regola dell'inalienabilità è intesa rigorosamente nell'antica dottrina. « I beni immobili, dice Ḫalīl, anche se caduti in rovina, non si possono vendere, e nemmeno i materiali da essi provenienti... ». Sui beni del " ḥubus " non si possono nemmeno costituire vincoli (quali il pegno o l'ipoteca, il comodato, il precario) tali da rendere necessaria un'alienazione o da diminuire il godimento a danno dei beneficiari.

La dottrina malichita più recente ha attenuato l'applicazione della regola e permette di vendere i materiali in cattivo stato e quelli provenienti dall'edificio, se cade in rovina, impiegandone il ricavato all'acquisto di cose dello stesso genere [234]. Secondo i Ḥanafiti, i materiali fuori d'uso si debbono vendere destinando il ricavato alla manutenzione [235].

Alla regola della inalienabilità del " ḥubus " si può derogare solo nei casi in cui l'immobile " ḥubus " cada in rovina o sia divenuto improduttivo, ovvero i prodotti ne siano divenuti insufficienti a provvedere alla manutenzione ordinaria [236]. In questi casi, l'opi-

---

[231] Dasūqī, IV, 298; Kohler, 141; Sautayra, II, 393 sg.

[232] Morand, p. 238; Sautayra, II, 395; cf. *Cod.* I, 2, 14: in Algeria l'ordinanza del 1844, il decreto 31 ottobre 1858 e la legge 26 luglio 1873 stabiliscono l'alienabilità del " ḥubus "; cf. Clavel, II, n. 790; Morand, l. c.; Sautayra, II, 413 sg.

[233] Ḫalīl, h. t., n. 24; Ibn Farḥūn, II, 110; Ibn 'Āṣim, v. 1165; Dardīr–Dasūqī IV, 81 sg.; 'Ilayš, II, 218; Tuwātī, p. 63; Ṭarābulusī, pp. 6, 8; Clavel, II, n. 789; Krcsmárik, 562; Sautayra, II, 396.

[234] *'Amaliyyāt*, p. 379.

[235] d'Ohsson, II, 440–441.

[236] *Mud.*, XIV, 160; Ḫalīl, h. t., n. 24; Ibn 'Āṣim, v. 1189; Tuwātī, *Formulario*, p. 63; *'Amaliyyāt*, 380; Krcsmárik, 563; d'Ohsson, II, 439-440, 459; cf. *Cod.* I, 2, 17 § 1; I, 2, 14; *Novell.*, 7, c. 2.

nione dominante presso i Malichiti permette di permutare l'immobile per un fondo di valore superiore, previa autorizzazione del " qāḍī ". L'immobile ricevuto in cambio diventa " ḥubus " a sua volta.

La dottrina ammette altre eccezioni al principio della inalienabilità : il " ḥubus " si può alienare [237] :

1° nei casi in cui sia necessario di allargare la via maestra o il cimitero del luogo;

2° per l'ampliamento della moschea principale del luogo;

3° quando nell'atto di fondazione il costituente si è riservato la facoltà di alienare in caso di necessità, od ha concesso ad un beneficiario questa facoltà nello stesso caso. La necessità allegata dovrà essere provata con giuramento dell'interessato, con obbligo di sostituire al fondo alienato un altro di uguale valore. Questa facoltà è ammessa dai Malichiti come dai Ḥanafiti, almeno secondo Abū Yūsuf per l' opinione dominante [238].

In tutti i casi di alienazione, l'intervento del " qāḍī " è richiesto ad autorizzarla [239].

La regola della inalienabilità non si applica alle cose acquistate colle rendite del " waqf ". Questi acquisti non fanno parte del " waqf " e non sono sottoposti agli stessi vincoli; l'amministrazione del " waqf " ne può liberamente disporre, senza osservare le formalità prescritte per l'alienazione del " waqf " medesimo. I Ḥanafiti li chiamano " waqf far'ī " (" waqf " accessorio o derivato) per distinguerli dal " waqf " principale (" waqf aṣlī ") [240].

b) Rispetto ai mobili, la regola della inalienabilità è intesa con minor rigore. Se la cosa mobile oggetto del " ḥubus " diventa meno adatta all'uso cui era destinata, per esempio, se l'animale o lo schiavo è invecchiato, se le armi costituite in " ḥubus " sono fuori d'uso e via dicendo, la dottrina prevalente presso i Malichiti ne autorizza la vendita [241], a condizione che col prezzo si acquistino delle cose dello stesso genere, che a loro volta sono sottoposte al vincolo: *praetium succedit loco rei*.

---

[237] Ḫalīl, h. t., n. 24; Dardīr-Dasūqī, IV, 82; *'Amaliyyāt*, p. 378-379; d'Ohsson, II, 444-445.

[238] Ḫalīl, h. t., n. 18 (4) e nota 66; Qāḍī Ḫān, III, 300; Krcsmárik, 537, 538, 563, 564; Clavel, II, n. 784.

[239] Clavel, *Wakf*, I, 248 n. 154; Mercier, 108 sg.; Krcsmárik, 563; Kohler, 143.

[240] *Radd al-muḥtār*, III, 629; Qāḍī Ḫān, III, 308; d'Ohsson, II, 551-552.

[241] *Mud.*, XV, 99; Ibn 'Āṣim, v. 1189; Ḫalīl, h. t., n. 22-23; *P. C. T.*, a. 1805; *Minhāǧ*, II, 189.

§ **235.** Dalla inalienabilità del " ḥubus " o " waqf " derivano due conseguenze:

a) il " ḥubus " è *insequestrabile* [242], tanto da parte dei creditori del costituente tanto da quelli dei beneficiari. S'intende che, se il costituente ha eretto il " ḥubus " in frode dei diritti dei suoi creditori, essi avrebbero il diritto di far rescindere la fondazione [243];

b) il " ḥubus " è *imprescrittibile* secondo i Malichiti. I Ḥanafiti tardi ammettono invece che si possa prescrivere contro il " ḥubus ", se il possesso del prescrivente è durato trentasei anni o, secondo altri, trentatrè; tuttavia è da rilevare ch'essi non ammettono la decadenza del diritto, ma soltanto vietano al giudice d'occuparsi delle rivendicazioni che gli fossero presentate, dopo quel periodo di tempo, contro il possessore non confesso. Giova qui rammentare la prescrizione quarantenaria che il diritto romano ammetteva contro le chiese e le pie cause [244], e che forse ha influito in questo punto sulla dottrina ḥanafita.

§ **236.** 3. *Effetti del " waqf " rispetto ai beneficati* (" al-mawqūf 'alayhim ").

I beneficiari del " ḥubus " sono usufruttuari, ed in taluni casi semplici usuari. Ciò dipenderà dalla natura del " ḥubus ". I Malichiti distinguono infatti due categorie di " ḥubus " [245]: 1° quello che ha per scopo la concessione del solo *uso* (" intifā' "), ad esempio il " ḥubus " istituito a beneficio dei lettori o predicatori di una moschea; questa forma di fondazione spetta solo a chi riveste quella qualità, e unicamente per quanto riguarda l'uso; il beneficato non può pertanto nè vendere, nè donare, nè locare, nè comodare; il suo godimento è strettamente personale; 2° il " ḥubus " di *godimento* o usufrutto (" manfa'ah "), che comprende non il solo uso, ma tutti i vantaggi della cosa, di cui il beneficato può godere come farebbe l'usufruttuario. I diritti e gli obblighi del beneficato, in questo caso, sono determinati dalle regole dell'usufrutto, in quanto non siano precisati dall'atto di fondazione.

Il beneficiario (usufruttuario) ha diritto di consumare i frutti che si riproducono periodicamente, a mano a mano che maturano.

---

[242] In senso contrario la scuola di al-Qayrawān.

[243] *Projet Algér.*, a. 471; giurisprudenza moderna delle Corti egiziane cit. in calce al *C. Algér*, a. 471.

[244] Clavel, II, n. 791-792; *Novell.*, 131, c. 6; *Cod.* I, 2, 23 pr. § 1.

[245] Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 184; Bannānī, VI, 126-127; Tasūlī, II, 259.

Quanto agli altri prodotti, può goderne nella misura di quanto a lui occorra, senza però ledere i diritti dei beneficiari successivi: si pensi per esempio, al prodotto delle cave, miniere, giacimenti minerali compresi nel fondo facente parte del " ḥubus ".

I beneficiari del " ḥubus " o l'amministratore che li rappresenta non possono far nulla che modifichi la sostanza della cosa [246] o pregiudichi il godimento dei beneficiari successivi, per esempio, riscuotere in anticipo le pigioni e i canoni, percepire i frutti non maturi, cedere la rendita di un certo numero di anni per una somma complessiva pagata anticipatamente.

I beneficiari del " ḥubus " sono tenuti a vigilare alla conservazione della cosa che ne è oggetto, e rispondono verso i devolutari successivi dei danni derivanti dal loro fatto e dalla loro colpa [247]. Le piantagioni e costruzioni, che i beneficiari o l'amministrazione del " ḥubus " facciano sul fondo, accedono a questo e sono riputate parte del " ḥubus " dopo la loro morte, salvo che essi se ne siano riservata la proprietà o le abbiano legate ai loro eredi [248]. Da tutto ciò risulta che il costituente ed i suoi successori sono, di fronte ai beneficiari, nella condizione giuridica del nudo domino di fronte all'usufruttario ed hanno facoltà di opporsi ad ogni atto dei beneficiari costituente sia una alterazione della sostanza del " ḥubus " sia una innovazione degli scopi cui è destinato [249].

§ **237.** Dalle rendite del " ḥubus " si prelevano anzitutto le spese necessarie alla conservazione delle cose che appartengono alla fondazione [250]; i beneficiari non sono tenuti a provvedervi del proprio qualora non bastassero a tal uopo le rendite del " ḥubus ". Un obbligo siffatto, che fosse loro imposto dall'atto di fondazione, sarebbe inefficace perchè, dice Mālik, la fondazione si risolverebbe, in quel caso, in una locazione per un prezzo indeterminato, contratto aleatorio e pertanto vietato dal diritto musulmano [251].

---

[246] Ḫalīl, h. t., n. 28 note 90–91; n. 30 e nota 93; Dardīr–Dasūqī, IV, 85–86; *'Amaliyyāt*, 383.

[247] Pei Ḥanafiti, Krcsmárik, 555.

[248] *Mud.*, XV, 107; Ḫalīl, n. 32; *'Amaliyyāt*, 384–385; Dardīr–Dasūqī, IV, 86; pei Ḥanafiti Krcsmárik, 541.

[249] Ḫalīl, h. t., n. 28 e note 90–91; Dardīr–Dasūqī, IV, 85; *Projet Algér.*, 487. La Corte d'Appello di Algeri ha applicato queste regole ai fosfati contenuti in un fondo costituito in " ḥubus ", 9 maggio 1898: *Revue Algér.*, 1898, 2, 363.

[250] *Mud.*, XV, 105; Ḫalīl, h. t., n. 20 (1–2), e note 68–69; Dardīr–Dasūqī, IV, 80; cf. Wilson, *Dig.*[4], n. 336; d'Ohsson, II, 440.

[251] *Mud.*, XV, 104 in f., 105, 111; Ḫalīl, h. t., n. 21.

Se il beneficiario del " ḥubus " trascuri di provvedere alle spese necessarie di conservazione, e per esempio, se non provveda alla manutenzione dell'immobile " ḥubus " da lui abitato, sarà costretto dal " qāḍī " a lasciarlo libero e la casa sarà data in locazione; l'affitto indi ricavato verrà impiegato per le necessarie riparazioni.

Dopo prelevate le spese[252], il residuo netto della rendita (quando si tratti di " waqf " familiale o fedecommesso), si divide per capi fra i beneficiari dello stesso grado, senza distinzione di età nè di sesso, salvo le disposizioni diverse dell'atto di fondazione; tra beneficiari dello stesso grado, sono da preferirsi i più bisognosi[253].

Hanno diritto al godimento del " ḥubus " coloro soltanto che vi sono espressamente chiamati dall'atto di fondazione[254]. Le fonti danno le regole d'interpretazione in questa materia; possiamo indicarne alcune. Se il fondatore ha detto « i miei figli » (" waladī "), « la mia posterità » (" ḏurriyyatī, naslī "), si devono intendere tutti i suoi discendenti, tanto maschi che femmine, tanto nella linea maschile quanto nella femminile; del pari se ha detto « i miei figli ed i figli dei miei figli » (" waladī wa walad waladī "), si dovrà intendere tanto i discendenti *ex filio* quanto quelli *ex filia*, perchè la parola " walad " « prole » comprende il maschio come la femmina[255]. L'espressione « i miei fratelli » (" iḫwah ") indica i fratelli e le sorelle. Le parole « i miei parenti » o « i miei prossimi » o « la mia famiglia » (" ġinsī, ālī, qarābatī, ahl baytī ") comprendono i parenti tanto della linea paterna quanto della materna, anche se non musulmani[256]. Nulla vieta al costituente di erigere il " ḥubus " a beneficio di una linea di eredi escludendone un'altra, ad esempio, a beneficio dei figli maschi ad esclusione delle femmine. Ḫalīl condanna questa disposizione, ma i Malichiti più recenti l'ammettono, pur considerandola riprovevole[257]

---

[252] Ḫalīl, h. t., n. 20 (2) e nota 71; n. 30, nota 93; Wilson, *Dig.*[4], n. 324, 325; Clavel, II, n. 767; Sautayra, II, n. 397; Kohler, 144.

[253] Ḫalīl, h. t., n. 33; *'Amaliyyāt*, 383–384.

[254] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 11; *Mud.*, XV, 103; Ḫalīl, h. t., n. 14 e 26; Dardīr–Dasūqī, IV, 83–84: Quando il " waqf " è costituito a favore « dei figli e dei loro discendenti », le due linee sono chiamate ugualmente a goderne e dividono le rendite tra di loro: cf. *'Amaliyyāt*, 371–372.

[255] Ibn Rušd, ap. *'Amaliyyāt*, 372, 373.

[256] Sulle regole d'interpretazione dell'atto di fondazione: Ibn 'Āṣim, v. 1171–1173; *Minhāǧ*, II, 188; Dasūqī, IV, 83–84; Krcsmárik, 555, 557; Clavel, II, n. 762–773.

[257] Ḫalīl, h. t., n. 6 (4) e nota 15; *'Amaliyyāt*, p. 370; Sautayra, II, 379; *Cod. Egiz.*, a. 503; Kohler, 145.

e limitandone gli effetti alla prima generazione susseguente al testatore. Invece i Ḥanafiti ammettono senza difficoltà la esclusione delle figlie dal godimento del "ḥubus", perchè il "ḥubus" è una liberalità e il costituente dev'essere libero di beneficiare un erede a preferenza di un altro. Molte altre agevolezze sono consentite dai Ḥanafiti[258], per cui il fondatore può erigere un vero e proprio fedecommesso familiale, assicurando il patrimonio alla propria famiglia, in quella forma che meglio gli conviene. Si comprende che i fondatori di "ḥubus", anche Malichiti, preferiscano spesso porre la loro fondazione sotto il regime ḥanafita, valendosi della libertà di scelta tra le varie scuole consentita dal diritto musulmano (cf. Lib. II § 26).

Quando il fondatore ha avuto l'intenzione di beneficare certe categorie di persone considerate collettivamente, mancando una di queste persone, la sua quota si accresce agli altri chiamati dello stesso grado, ad esclusione di quelli del grado successivo. Per esempio, se il fondatore ha chiamato al godimento i suoi figli, poi i figli dei figli ("baṭn^{an} ba'da baṭn^{in}" = una generazione dopo l'altra), questi ultimi non avranno diritto al godimento se non dopo estinto l'ultimo rappresentante della prima generazione[259]. Da ciò una conseguenza importante: finchè si avveri il fatto cui è subordinata la loro entrata in possesso, i chiamati della seconda generazione non hanno che un diritto eventuale, e non hanno perciò nessuna azione sia contro gli utenti attuali sia contro i terzi per tutelare quei diritti; reciprocamente, non sono obbligati per il fatto dei loro predecessori, se non in quanto il "ḥubus" ne abbia ritratto vantaggio; ciò perchè le categorie dei chiamati al "ḥubus" succedono le une alle altre, non già in virtù delle regole del diritto successorio, ma per volontà del fondatore. E come non traggono i loro diritti dai predecessori, così non sono tenuti agli obblighi da questi contratti, se non in quanto ne abbia profittato il "ḥubus" nel cui godimento essi sono sottentrati[260].

---

[258] Tra queste agevolezze ḥanafite è che basta la semplice dichiarazione del costituente a costituire il "ḥubus", senza che occorra la consegna al beneficato; che il costituente può riservarsi l'amministrazione della fondazione vita sua naturale durante; può anche, dopo eretta la fondazione, aggiungere altre clausole all'atto primitivo, cambiare la destinazione di tutte o parte delle rendite del "ḥubus", escludere alcuni beneficiari od aggiungerne altri a quelli già chiamati.

[259] *'Amaliyyāt*, p. 375-376; *Maǵallah*, a. 1667; Krcsmárik, p. 556; cf. *Cod.*, VI, 51, l. un., § 1; *Digest.*, *de Leg.*, I, 34; 7, 2, 7 § 9; 33, 2, 26 § 1.

[260] *Projet Algér.*, 483; Mercier, *Hobous*, pp. 36, 82; Clavel, II, n. 785.

Nel caso inverso[261], cioè quando il fondatore abbia indicato nominativamente e separatamente i beneficiari dello stesso grado[262], bisognerà intendere ch'egli ha voluto limitare la parte di godimento assegnata a ciascuno; ond'è che, venendo a mancare un beneficiario, gli succedono i beneficiari del grado seguente.

Quando le rendite di un " ḥubus " eccedono i suoi scopi, il superfluo potrà esser devoluto alle necessità di un " ḥubus " meno ricco ? La questione è controversa. I giuristi malichiti di Spagna e quelli di Tunisi, seguendo una dottrina di Ibn al–Qāsim, sono unanimi per l'affermativa; invece la scuola di al–Qayrawān decide in senso contrario[263], e così pure stabiliscono i Ḥanafiti (cf. *al–Multaqà* ap. d'Ohsson II, 441).

Estinti tutti i devolutari istituiti dall'atto di fondazione, il " ḥubus " si devolve all'opera pia od alla istituzione di pubblica utilità indicata dall'atto di fondazione come beneficiario definitivo. È consuetudine indicare negli atti di fondazione le città di Mecca e Medina (" al–ḥaramayn ") come devolutari definitivi in caso di mancanza delle persone o istituti contemplati dal fondatore.

Tuttavia, quando il " ḥubus " è istituito a vantaggio dei poveri, la devoluzione avviene a profitto del " bayt al–māl " od erario, rappresentante naturale dei poveri[264].

SEZIONE III. — Dell' amministrazione del " waqf " o " ḥubus ".

§ **238.** Il titolo di fondazione (" waqfiyyah, rasm at–taḥbīs ") è la legge del " waqf "[265]. Le clausole apposte dal fondatore debbono essere esattamente osservate, in quanto non siano contrarie ad un divieto formale della Legge. In caso di mancanza od insufficienza delle disposizioni del fondatore, od anche di dubbio, sarà da ricorrere

---

[261] Cf. *Cod.*, VI, 51, l. un. § 11.

[262] Per esempio: mio figlio Tizio ed i figli di lui, mio figlio Sempronio ed i suoi figli Tizio e Cajo.

[263] *'Amaliyyāt*, 381.

[264] In Algeria lo Stato francese ha incamerato i " waqf " costituiti a favore di Mecca e Medina; cf. Clavel, II, n. 779.

[265] *Cod.*, I, 2, 1, 15; I, 3, 46 § 3; Buḫārī, *wakālah*, n. 12; *waṣāyā*, n. 28, 32; Ḫalīl, h. t., n. 18 e nota 61; Dardīr–Dasūqī, IV, 79–80; Zurqānī, VII, 85; Tuwātī, *Formul.*, p. 32; Juynboll, § 60; Sachau, p. 617.

alla consuetudine del luogo e, ove anche questa faccia difetto, al prudente arbitrio del giudice [266].

Il fondatore ha facoltà:

a) di determinare la scuola o dottrina giuridica (" maḏhab ") da cui dev'essere disciplinata la fondazione [267], anche se il costituente stesso professi un rito diverso; ad esempio, il Malichita può volere che la fondazione sia retta dal rito ḥanafita;

b) di affidare a persona da lui prescelta l'amministrazione del " waqf " [268];

c) di prescrivere le regole che meglio ritiene opportune rispetto all' amministrazione;

d) di indicare l'ordine in cui i beneficati saranno chiamati a godere della fondazione.

Se l'amministratore istituito è minorenne, il " qāḍī " nomina un amministratore provvisorio finchè l'istituito sia in grado di assumere la gestione [269].

In difetto di nomina di un amministratore nell'atto di fondazione, l' indicazione di questi spetta al " qāḍī ".

Secondo i Ḥanafiti [270], in caso di vacanza dell'amministrazione spetta al fondatore la nomina del successore; se il fondatore è già morto, spetta al suo esecutore testamentario od a chi è incaricato dal fondatore di questa nomina; altrimenti al giudice, il quale dovrà scegliere di preferenza un membro della famiglia del fondatore, qualora sia idoneo. Anche una donna od un non Musulmano può essere scelto ad amministrare una fondazione.

In diritto ḥanafita, il fondatore del " waqf " può riservarsene l'amministrazione per un certo tempo, od anche sua vita naturale durante [271]. I Malichiti e gli Sciafiiti vietano, al contrario, al fondatore di costituirsi amministratore del " waqf " da lui istituito.

---

[266] Non basterebbe che fossero soltanto riprovevoli (" makrūh "); anche queste si debbono osservare; per essere inefficaci occorre che violino la legge.

[267] Si può, istituendo una moschea, prescrivere che sia adibita esclusivamente ad un certo rito ? In senso affermativo gli Sciafiiti (Wilson, *Dig.*[4], n. 417) e i Malichiti (Ḥalīl, h. t., n. 18 [1]); è controverso presso i Ḥanafiti: Wilson, l. c., n. 349.

[268] Cf. Ḫalīl, h. t., n. 18 e not. 64.

[269] *Radd al-muḥtār*, III, 495.

[270] Wilson, *Dig.*[4], n. 328, 331.

[271] Kohler, 142; Clavel, II, n. 760; Wilson, *Dig.*[4], n. 327; d'Ohsson, II, 439.

L'amministratore (" mutawallī ") del " waqf " è equiparato al tutore di un impubere e al curatore dell'incapace [272]; egli è il rappresentante legittimo della fondazione; egli deve, come il tutore, amministrare da buon padre di famiglia, evitare le spese inutili [273], curare la conservazione delle cose spettanti alla fondazione, aumentarne le rendite, per quanto può. Può egli ipotecare o vendere in parte le cose del " waqf " per le spese urgenti e indispensabili ? I Ḥanafiti ritengono che lo possa, con l'autorizzazione del giudice [274]. Egli risponde dei danni provenienti da sua colpa, ad esempio, se abbia dato a mutuo o in deposito una somma del " waqf " senza le debite cautele, se abbia lasciati inoperosi i capitali, se trascuri di osservare le norme prescritte dal fondatore, se compri per un prezzo di tanto superiore al valore della cosa da costituire una lesione enorme (" ġabn fāḥiš "). Sarebbe lesione, enorme in diritto ḥanafita, l'acquisto per un valore superiore del venti per cento al valore normale della cosa, se è un immobile; del dieci per cento, se è mobile [275].

All'amministratore (come al tutore) è vietato di comprare per sè le cose appartenenti al " waqf " o di vendere al " waqf " alcuna cosa appartenente a sè, anche qualora l'operazione fosse vantaggiosa per l'opera pia [276].

Gli amministratori, se sono più d'uno, non possono, secondo i Ḥanafiti, amministrare separatamente [277].

I beneficiari del " waqf " possono goderne, sia direttamente, sia cedendone il godimento ad altre persone mediante un canone concordato con l'amministratore, salvo che l'atto di fondazione vieti la locazione [278].

La locazione di un " waqf " costituito a favore di determinate persone può farsi solo per un periodo breve, al più due o tre anni [279], perchè una locazione più lunga potrebbe nuocere ai diritti dei bene-

---

[272] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 21–24 (Peltier, *Test.*, pp. 58–65); *Cod.* I, 3, 32.

[273] *Digest.*, 37, 9, 1 § 22.

[274] Wilson, *Dig.*[4], n. 337.

[275] *Maǵallah*, a. 165.

[276] Qāḍī Ḫān, III, 331 (ed. 1282); *risālah fī 'l-waqf* ap. Krcsmárik, 561; d' Ohsson, II, 547.

[277] Krcsmárik, l. c., 560.

[278] *Minhāǵ*, II, 180; cf. Clavel, II, n. 786.

[279] Ḫalīl, h. t., n. 31; Dasūqī, IV, 85–86.

ficiari successivi. La locazione può venir fatta per un tempo più lungo solo in due casi [280]:

1° quando l'affittuario è un beneficiario del grado che segue quello dei beneficiari attuali, nel qual caso la locazione può farsi anche per dieci anni;

2° quando il " waqf " è costituito a favore di un'opera o di un ente giuridico, per esempio, i poveri, i malati, una moschea, un ponte; in questi casi l'affitto può farsi per quattro anni e non più [281], poichè si può temere, dicono i Malichiti, che un possesso prolungato esercitato da un terzo esponga il " waqf " ad un certo rischio, facendo cadere in oblio l'esistenza del " waqf " o rendendone più difficile la prova.

La facoltà concessa ai beneficiari o amministratori del " ḥubus " di cedere il godimento mediante un canone ha permesso di eludere il principio della inalienabilità del " waqf " in modo assai semplice. In ossequio alla regola, il " waqf " non viene venduto, ma se ne concede il godimento mediante un canone annuo, col patto che il concessionario avrà facoltà di continuare nel godimento finchè pagherà puntualmente il canone pattuito. Questa è la parte essenziale dei contratti che con vari nomi e in diverse forme (" inzāl, ḥikr, ḏū iğāratayn, ğalsah ") [282] hanno trasformato il ' ḥubus " o " waqf " in Egitto, in Algeria, al Marocco, in Tunisia, in Turchia; concepiti in forma elastica e con clausole assai ampie, essi si risolvono infatti in una vera e propria alienazione dell'usufrutto o dominio utile del patrimonio fondiario del " waqf " [283], verso il pagamento di un canone perpetuo, ed hanno restituito alla circolazione i beni delle fondazioni pie con grande vantaggio della economia nazionale di quei paesi, se non dei puri principî del diritto islamico. Abbiamo avuto occasione di parlare di tutto ciò trattando dei diritti reali (Lib. VI, §§ 80–82).

---

[280] Ḫalīl, h. t., n. 31; Dardīr–Dasūqī, IV, 86; Qāḍī Ḫān, III, 295, 330; *Radd al-muḥtār*, III, 614; Sautayra, II, 397; *'Amaliyyāt*, 344.

[281] Quattro anni pei fondi rustici, un anno per i fondi urbani, secondo certi dottori malichiti. Pare che questa fosse la pratica ordinaria in Andalusia. Secondo i Ḥanafiti, tre anni pei fondi rustici, un anno per gli altri beni mobili od immobili: per le locazioni più lunghe si richiede l'autorizzazione del giudice: d'Ohsson, II, 442; Wilson, *Dig.*[4], n. 335, 337.

[282] Cf. Ḫalīl, h. t., nota 95; lib. XXIX, 48 in f.

[283] I giuristi francesi le chiamano infatti *quasi alienazioni*: cf. Clavel, *Wakf*, II, 151 sg.

§ **239.** L'amministratore del "*waqf*" [284] è, al pari del tutore, sottoposto alla sorveglianza del "qāḍī", il quale può rimuoverlo dall'ufficio per motivi gravi (abuso di fiducia o, come dicono gli Arabi, infedeltà "ḫiyānah", negligenza grave e simili), ovvero dargli un coadiutore (detto "mušarrif"), incaricato di assisterlo e di sorvegliarlo [285].

L'amministratore deve conto della sua gestione [286]. Nella sua qualità di fiduciario ("amīn") egli dovrebbe, a rigore, non essere tenuto a giustificazioni, poichè basterebbe la sua affermazione, al pari di quella del tutore, a giustificare il suo conto; ma la giurisprudenza posteriore, sia malichita che ḥanafita, impone all'amministratore di "waqf" un rendimento di conto rigoroso, « a causa della corruzione dei tempi », dicono i Ḥanafiti. Il conto dev'essere reso dinanzi al "qāḍī", rapprentante naturale di tutti gl'incapaci, e quindi anche del "waqf".

Ecco la formola di un rendimento di conto malichita:

« Il tal dei tali essendo stato preposto all'amministrazione della fondazione costituita dal tale, con decreto del "qāḍī" di tal data, l'amministratore suddetto si è presentato al "qāḍī" tal de' tali e gli ha chiesto facoltà di presentargli i conti delle rendite e delle spese durante il periodo della sua gestione e che riguardano i prodotti del "ḥubus" suddetto. Il "qāḍī", avendo accolto questa domanda, ha autorizzato i sottoscritti notari a ricevere questi conti, ond'è che il suddetto amministratore si è presentato a noi notari ed ha fatto i conti della sua gestione ». Qui vengono le partite degl'incassi e delle spese; quindi si dice: da questo conto è risultato che l'assieme delle spese, di cui i particolari precedono, è stato di tanto, che gl'incassi, di cui i particolari precedono, sono stati, nell'assieme, di tanto, e che perciò il suddetto amministratore si trova ad essere debitore (o creditore secondo i casi) di... e qui segue la formola notarile che dà atto della presenza dell'amministratore, del suo coadiutore e della loro approvazione a quanto precede.

§ **240.** L'amministratore del "waqf", al pari del tutore, ha facoltà di prelevare dalle rendite quanto è necessario al suo mante-

---

[284] *Radd al-muḥtār*, III, 602; Krcsmárik, 559; Wilson, *Dig.*[4], n. 333.

[285] Il diritto romano bizantino sottoponeva gli economi delle opere pie alla sorveglianza dei vescovi: *Cod.*, I, 3, 46 § 3.

[286] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 21, 22; Zurqānī, VIII, 203; Ibn Nuǵaym, II, 72 note 6, 73 note 1, 127 nota 2; d'Ohsson, II, 547; *P.C.T.*, a. 1280 nota; *Cod.*, I, 3, 42 § 4, § 8.

nimento, addebitandolo al conto del " waqf ". Questa regola ha origine dalla legislazione coranica e tradizionistica [287]. Il Corano (IX, 60) prescrive che il prodotto della " zakāh " o decima debba servire, in primo luogo, a pagare la mercede delle persone impiegate alla esazione di quella tassa; un altro passo (*Cor.*, IV, 5–6) dà facoltà al tutore di far uso, *con discrezione*, delle sostanze del pupillo per provvedere ai propri bisogni, qualora non abbia mezzi propri. Il ḥadīṯ " estende questa regola all'amministratore di fondazione pia: « Fu espresso nell'atto (di fondazione del " waqf " fondato da 'Umar) che non era vietato all'amministratore di vivere modestamente a spese del " waqf " medesimo, ed anche di mantenere un amico, ma senza arricchirsi a spese della fondazione », cioè di prelevare quanto è strettamente necessario ai suoi bisogni personali [288].

Nella pratica moderna, l'amministratore del " waqf " riceve una retribuzione fissa. Se il fondatore del " waqf " non ne ha determinato l'ammontare, spetta al "qāḍī" stabilirla secondo la consuetudine del luogo. I Malichiti stabiliscono l'assegno caso per caso, secondo l'importanza dell'amministrazione, il lavoro che richiede, la natura speciale del lavoro [289]. Sulla natura giuridica di questa retribuzione i Malichiti non sono d'accordo; gli uni la considerano quale un vero e proprio salario; altri come assegno o indennità di funzione (" i'ānah, rizq "). Pei Ḥanafiti è una *locatio operis;* essi danno all'amministratore il 10 per cento sugl'incassi dovuti al suo lavoro; qualora l'amministratore non abbia prestata l'opera sua per l'incasso di una certa parte delle rendite, egli non ha diritto a retribuzione per quella parte [290]. Si supponga, ad esempio, che l'opera pia possieda un mulino od un opificio il cui esercizio è concesso mediante un canone fisso da pagarsi al " waqf " anno per anno (è il contratto chiamato " muqāṭa'ah " dai Ḥanafiti) ; in questa ipotesi, l' amministratore del " waqf " non avrà diritto a percentuale su quella parte degl'incassi, perchè non ha dato nessun'opera alla percezione di quella somma.

---

[287] Buḫārī, *wakālah*, n. 12; *waṣāyā*, n. 13, 22, 28, 32; (cf. Peltier, *Test.*, pp. 39, 59–61, 70, 78).

[288] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 28 (Peltier, *Test.*, p. 69–71).

[289] *'Amaliyyāt*, p. 387–389; per il Marocco: Milliot, p. 45 nota. Per la moschea al–Qarawiyyīn, a Fās: « Les revenus sont partagés à raison de $^1/_{10}$ pour le percepteurs, $^2/_{25}$ pour le nādhir, $^1/_{25}$ pour le préposé au registre. Le traitement du nādhir et des adouls n'est donc pas fixe, mais subordonné à l'importance de l'établissement qu'ils administrent »: *ibid.*, p. 51, nota 1.

[290] Wilson, *Dig.*4, n. 339; Krcsmárik, 559; Qāḍī Ḫān, III, 296 (ediz. 1282).

Tutto ciò, naturalmente, è teorico; in pratica, la gestione dei " waqf " è stata in Oriente, in ogni tempo, una fonte di abusi di cui i " qāḍī " e gli amministratori hanno largamente profittato [291].

Ed infatti, appena in qualche parte d'Oriente si stabilisce un governo regolare, la materia degli " awqāf " richiama l'attenzione dei governanti. Già da lungo tempo in tutti gli Stati musulmani le fondazioni sono sottoposte alla sorveglianza dello Stato. Sotto il governo dei Mongoli in Persia, si trova un ispettorato dei " waqf ", che per qualche tempo fu affidato al celebre astronomo e matematico Naṣir ad-dīn aṭ-Tūsī († 695/1276-77); e così anche in Turchia fino al secolo XVII [292], in Egitto, il "Dīwān al-Awqāf" aveva lo stesso scopo, oggi affidato alla Direzione generale dei " waqf ", la quale forma un apposito Ministero; in Tunisia esiste il Consiglio dei " waqf " ("Ġam-'iyyat al-awqāf ") istituito nel 1873 con regolamenti rigorosi e contabilità all'europea (cf. *P. C. T.*, a. 1280 nota).

§ **241.** Il " waqf " è equiparato al minorenne, all'assente ed all'incapace per vizio di mente [293], e ne ha i privilegi, in quanto è dalla legge considerato come *causa favorabilis*. Quindi nei casi dubbi, ed in quelli controversi tra i dottori, la decisione deve pendere in favore del " waqf "; per la stessa ragione, nelle cause ov'è interessato il " waqf ", al pari di quelle ov'è interessato un pupillo, il giudice, prima di proferire la sua sentenza, deve sempre deferire il giuramento decisorio (" yamīn al-qaḍā' ") alla parte avversa al " waqf ". Al pari del pupillo, il " waqf " è raccomandato alla speciale vigilanza del " qāḍī ", che è protettore d'ufficio e rappresentante legale del " ḥubus ", qualora questo non sia rappresentato.

SEZIONE IV. — Estinzione del " waqf ".

§ **241bis.** Il " waqf " o " ḥubus " si estingue:

1° Per la distruzione o trasformazione della cosa che era costituita in " waqf ", qualora non sia possibile reintegrarla nel pristino stato; se il perimento ha dato luogo ad una indennità, il vincolo si

---

[291] Per la Turchia: cf. d'Ohsson II, 536 sg.

[292] Cf. d'Ohsson, II, 524-529, 548-550: divenuto poi il Ministero degli Awqāf.

[293] Ḫalīl, XXXV, n. 22; *'Amaliyyāt*, 3, 4, 220, 228, 344; Zurqānī, VII, 154; Ibn 'Āṣim, v. 215; Ibn Farḥūn, I, 247; *Radd al-muḥtār*, III, 559; Ibn Nuġaym, I, 304 sg.; II, 51; Krcsmárik, 569; Dardīr-Dasūqī, IV, 123-124; *P. C. T.*, a. 595; d'Ohsson, II, 548, 549.

trasporta sulla indennità, la quale si reputa sottoposta alla regola del " ḥubus " primitivo: *pretium succedit loco rei* [294].

2° Per l'impossibilità di dare alla fondazione la destinazione voluta dal costituente [295]; per esempio, se il " ḥubus " era eretto a profitto di una moschea, e questa sia distrutta dalle fondamenta o divenuta inutile perchè tutta la popolazione ha disertato il luogo, trasportandosi altrove; o alla manutenzione di un ponte, e questo sia crollato, nè vi sia speranza di poterlo ricostruire. In questi casi, e semprechè il costituente del " waqf " in previsione di un simile evento non abbia indicato un altro impiego dei fondi, si dovrà dare alle rendite del " waqf " una sistemazione analoga; se anche ciò sia impossibile, i beni costituenti la fondazione fanno ritorno, in diritto malichita, al costituente od al suo erede " 'āṣib " (maschio per via di maschio), più prossimo e più bisognoso.

I Ḥanafiti si dividono in due opposte sentenze; gli uni vogliono che il " waqf " debba essere devoluto ad uno scopo analogo, poichè con la costituzione del " waqf " i beni sono usciti dal dominio del costituente e sono divenuti proprietà di Dio, e non può perciò farsi luogo a successione. Altri vogliono, come i Malichiti, che in questo caso succedano gli eredi del costituente [296]. In nessun caso il fisco o " bayt al-māl " ha diritto a prendere possesso dei beni, come vacanti.

3° In diritto malichita [297] il " ḥubus " costituito a beneficio di un certo numero di persone tassativamente indicate fa ritorno al costituente od ai suoi eredi coll'estinguersi di tutte le persone indicate dall'atto di fondazione. Lo stesso avverrebbe per il " ḥubus " costituito a profitto di un nascituro oppure del figlio del costituente, se il nascituro non viene alla luce o il costituente non abbia più speranza di prole o il figlio non esista più al momento della fondazione.

4° Il " ḥubus " si estingue coll'apostasia (" riddah ") del fondatore, tanto in diritto malichita, che in diritto ḥanafita. I Ḥanafiti però distinguono [298]:

a) se l'apostata è di sesso maschile: in questo caso l'apostasia essendo punita di morte e colla perdita dei diritti civili, come

---

[294] Ḫalīl, h. t., n. 11 e nota. 49, n. 23 in f.; Dardīr–Dasūqī, IV, 81–82.

[295] Ḫalīl, h. t., n. 10–11; *'Amaliyyāt*, p. 382; Dardīr–Dasūqī, IV, 78; Sautayra, II, 396; cf. *Digest.*, 33, 2, 16; 50, 8, 4.

[296] Krcsmárik, l. c., 574; Clavel, II, n. 779.

[297] Ḫalīl, h. t., n. 11, 19; *Mud.*, 15, 92.

[298] Krcsmárik, 573–574; Mercier, nella *Revue Algérienne*, 1895, I, 179.

si direbbe da noi, anche i " waqf " costituiti dall'apostata entrano nella successione che si apre a beneficio degli eredi;

b) l'apostasia della donna non essendo punita di morte naturale nè civile, essa conserva i suoi diritti patrimoniali, e non avviene nessuna mutazione nella condizione giuridica delle fondazioni da essa costituite.

5° Il " ḥubus " si estingue per sentenza del giudice nei casi in cui la legge ne dichiara la nullità. Così in diritto malichita, se il beneficato non avesse preso possesso dei beni costituenti la fondazione.

A meglio chiarire questa parte mi pare utile tradurre la formola di una sentenza malichita che dichiara la nullità di un " ḥubus ". Dopo di avere esposto in qual modo il " ḥubus " è stato costituito, la sentenza dice che da parte degli eredi e del loro procuratore è stata impugnata la validità di quella fondazione. E prosegue così: «Le parti, essendosi presentate al tribunale del " qāḍī " malichita (che Dio lo protegga) ed avendo spiegato le loro reciproche pretese, il " qāḍī " le ha esaminate accuratamente e con diligenza, ed avendole sottoposte alla stregua dei principî della santa dottrina malichita, è stato di parere che il detto " ḥubus " è invalido e non accettabile, perchè si discosta dalle norme richieste per la sua legalità e perchè contiene clausole che sono contrarie all'esistenza della fondazione. E ciò perchè si richiede alla validità del " ḥubus " che esso sia posseduto da colui è cui destinato, mentre il fondatore si trovi ancora in vita, in buona salute e solvente, e che ciò sia provato da un atto legale che faccia fede. Questo requisito di validità manca nel " ḥubus " in parola. Inoltre il fondatore si è riservato il diritto di goderne sua vita natural durante, il che implica la mancanza di possesso da parte dei beneficati ed è una condizione che contraddice alla essenza del " ḥubus " e lo rende invalido. Tutto ciò essendo apparso con evidenza eguale alla luce del giorno, il detto " qāḍī " (di cui seguono i titoli) ci ha presi a testimoni che egli ha pronunciato l'annullamento del detto " ḥubus " per modo che esso sia di nessun effetto e debba essere restituito nel patrimonio del fondatore ed essere diviso tra i suoi eredi secondo le disposizioni di legge ».

LIBRO XIII

OBBLIGAZIONI DERIVANTI DA FATTI ILLECITI

§ **242.** Dopo il contratto, i giuristi arabi pongono, come seconda parte delle obbligazioni, il fatto illecito (o ingiusto). Il fatto illecito è quello per cui viene violato il diritto altrui ed ha per conseguenza l'obbligo, per chi lo ha commesso, di ripararne le conseguenze ('ġurm " = risarcimento del danno). I delitti di sangue (" dimā' ") propriamente detti (omicidio, ferimento) non sono compresi in questa categoria; essi hanno bensì conseguenze patrimoniali per il loro autore, ma queste si confondono colla sanzione penale sotto forma di composizione o prezzo del sangue (" diyah ", il guidrigildo dei nostri diritti barbarici) [1].

Qui dobbiamo limitarci ai delitti civili, cioè a quelle offese ai beni altrui (" ġināyah ") cui la legge annette conseguenze patrimoniali. Il diritto islamico conosce varie forme di delitti civili:

1° il furto (" sariqah ");

2° la rapina (" ġaṣb ");

3° il furto d'uso (" ta'addī ");

4° il danneggiamento o danno fatto allo scopo di nuocere (" ta'addī ").

TITOLO I.

Del furto (" sariqah ") [2].

§ **243.** Il furto è fatto di chi rimuove un valore patrimoniale (" māl "), appartenente ad altri, dal luogo dov'era custodito (custodia = " ḥirz "), coll'animo di appropriarselo [3].

---

[1] Ḫalīl, XXXVI, n. 62, 69 sg. e nota 191; Sachau, 769 sg.; Juynboll, § 62–64.

[2] *Mud.*, XVI, p. 65 sg.; *Muwaṭṭa'*, IV, 18–22; Ḫalīl, XXXVII (Del furto); *Waǵīz*, II, 171 sg.; Šīrāzī, 141.

[3] Ḫalīl, h. t., n. 67, 69 e nota 235.

Gli estremi del reato sono:

1° un subietto pubere e sano di mente e quindi imputabile in quanto è tenuto ad osservare la legge (" mukallaf ");

2° un oggetto che appartiene ad un'altra persona, sia questa una persona fisica od un ente giuridico (" waqf "), o che trovasi in possesso o sotto la custodia di un'altra persona.

Non commette furto, pertanto [4]:

a) chi sottrae la cosa propria o a lui comune con altri, la quale si trovava presso un creditore pignoratizio, un locatario, un comodatario, un depositario [5];

b) il creditore il quale si fa ragione da sè, sottraendo quanto gli è dovuto in virtù d'un credito legittimo e liquido a un debitore di mala fede che nega quanto deve o ne protrae artificiosamente il pagamento;

3° bisogna inoltre che la cosa sottratta abbia un valore patrimoniale di almeno tre " dirham ", anche se non sia in commercio o non faccia parte di un patrimonio (per esempio, un bambino libero o schiavo);

4° che sia tolta da una *custodia* (" ḥirz "), cioè asportata dal luogo ove era custodita, o dal luogo ove era stata collocata, anche provvisoriamente, sotto la sorveglianza di una persona incaricata di vigilarla. Lo spostare o smuovere semplicemente un oggetto, ma senza asportarlo dal luogo ove si trovava, non costituisce la *rimozione dalla custodia* voluta dalla legge come estremo del furto, estremo il quale così inteso corrisponde in modo notevole alla *contrectatio furtiva* del diritto romano [6].

§ **244.** Compete l'azione civile nascente dal furto [7]:

a) al proprietario della cosa sottratta, tanto musulmano quanto " ḏimmī " (tributario protetto), o " musta'min " (cioè vivente in territorio musulmano sotto la fede di una promessa di sicurezza, anche se non tributario);

b) a chi ha sulla cosa un diritto reale, quale il creditore pignoratizio (" murtahin "), o ne deve rispondere verso il proprietario in qualità di locatario o di mandatario.

---

4 Ḫalīl, h. t., n. 71, 73.
5 *Secus* il diritto romano, Windscheid, *Pandekten*, II, § 452, note 10, 13.
6 *Muwaṭṭa'*, IV, 22; Ḫalīl, h. t., n. 74, 75 (a).
7 Cf. la *condicio ex causa furtiva* del diritto romano; *Mud.*, XVI, 69, 91.

L'azione compete contro l'autore del furto ed i suoi eredi, senza limitazioni: se sono più gli autori del furto, l'azione compete contro tutti solidalmente.

L'azione di furto cessa agli effetti sì civili che penali verso il padre, la madre o altro ascendente del derubato, perchè si considerano quasi domini [8].

L'azione di furto non si dirige contro il coniuge che sottrae i valori appartenenti all'altro coniuge, contro l'operaio, il domestico o lo schiavo che rubano in casa del datore di lavoro o del padrone, contro l'ospite che sottrae un oggetto dalla casa ov'è ospitato. Questi fatti si considerano *abuso di fiducia* (" ḫiyānah "), non furto; cessa quindi l'azione di furto coi suoi effetti penali; l'azione di abuso di fiducia, che la sostituisce, ha tuttavia le stesse conseguenze civili quanto all'obbligo della restituzione e alla responsabilità del colpevole in caso di forza maggiore [9].

§ **244bis.** In diritto romano il furto dava luogo ad una duplice azione: 1° l'*actio furti*, di carattere penale, tendente ad ottenere il doppio della cosa sottratta e, in caso di flagranza, il quadruplo; 2° la *condictio furtiva*, azione civile, tendente alla riparazione del danno.

Il diritto musulmano non conosce questa azione, ma concede una azione sola, tendente al ricupero della cosa sottratta ed al risarcimento del danno. Prescindendo dalla sanzione penale gravissima, agli effetti civili il ladro deve, anche se il fatto sia qualificato soltanto abuso di fiducia (" ḫiyānah ") [10]:

a) restituire la cosa sottratta, o il valore di questa, se si tratta di cosa certa, ovvero una quantità uguale di cose della stessa qualità, se si tratta di cose fungibili [11];

b) se non può restituire la cosa rubata, per causa di forza maggiore, egli ne rimane sempre responsabile; la forza maggiore, la quale libera il debitore ordinario, non libera chi è obbligato in forza di un atto illecito: (*fur semper moram facere videtur*) [12].

---

[8] *Muwaṭṭa'*, IV, 16, n. 7; *Mud.*, XVI, 76-77; Ḫalīl, h. t., n. 68, 73 n. 1 e nota 298.

[9] *Mud.*, XVI, 72, 76, 77, 95; *Muwaṭṭa'*, IV, 22-24; Ḫalīl, h. t., n. 74 (h), n. 77.

[10] *Cor.*, V, 43; *Mud.*, XVI, 85, 91; Ḫalīl, h. t., n. 65, 66, 77, 80 e nota 359: Dardīr-Dasūqī, IV, 308.

[11] Cf. *Digest.*, 13, 1, 3, 10 pr.

[12] *Digest.*, 13, 1, 8 § 1.

Il ladro è esonerato dall'obbligo della restituzione qualora abbia subìto la pena del furto e non sia solvente.

Se la cosa rubata è di quelle che non sono protette dalla legge (" ġayr ma'ṣūm "), cioè considerata come impura o illecita (vino, suini ecc.), cessa la pena del furto; agli effetti civili si distingue [13]:

a) se la cosa apparteneva ad un " ḏimmī ", il ladro deve restituire la cosa sottratta e risponde del caso fortuito, se la cosa è perita o deteriorata;

b) se la cosa apparteneva ad un Musulmano, questi non può richiedere la *res furtiva* nè il valore, ma il giudice curerà che sia distrutta (per esempio, se è vino, lo farà spandere).

TITOLO II.

La rapina (" ġaṣb ") [14].

§ **245.** La rapina è una forma aggravata del furto: è la usurpazione della cosa altrui consumata con violenza.

« La rapina (" ġaṣb ") è il fatto di chi s'impossessa della cosa altrui con violenza e senza diritto, coll'animo di farla sua, senza però far uso delle armi » (Ḫalīl). La rapina consumata a mano armata costituisce una figura diversa di reato, cioè il brigantaggio (" ḥirābah "); invece, non è rapina il fatto di chi prende con violenza una cosa che gli appartiene o cui ha diritto [15].

L'azione compete alla vittima della rapina ed ai suoi eredi, contro l'autore della rapina: se i colpevoli sono più d'uno, l'azione compete contro tutti solidalmente.

L'azione compete anche contro gli eredi del rapinatore, in quanto abbiano profittato del furto.

---

[13] *Mud.*, XVI, 70–71, 78.

[14] Ḫalīl, XXIV (" ġaṣb "); cf. *Digest.*, 47, 8, 2 § 10; 80 § 3; *Inst.*, IV, 2 pr.

[15] *Mud.*, XXIV, 72; Ṭabarī, *Iḫtilāf*, p. 146; Ḫalīl, XXIV, n. 1 e note 4–5; Ḫiršī, VI, 130; Zurqānī–Bannānī, VI, 136; Mayyārah, II, 254; Zeys, II § 466 sg.; 'Abdu 'r–Raḥīm, n. 248. Anche il concetto ḥanafita del " ġaṣb " è analogo a quello del *furtum*: *Maġallah*, a. 881, 901; Ibn Nuġaym, II, 96 sg., 206, 219; Šaybānī, *al–Ġāmi' aṣ–ṣaġīr*, Būlāq, 1302 (in marg. ad Abū Yūsuf), 108 in f. La Scuola sciafiita non distingue il " ġaṣb " (rapina) dal " ta'addī " (usurpazione di godimento o *furtum usus*): *Minhāǧ*, II, 102; Sachau, 479.

§ **246.** Tralasciando gli effetti penali della rapina [16], dobbiamo ora dire qualcosa degli effetti civili.

« L'usurpatore, dice il " ḥadīṯ, non può acquistare diritto » [17].

Quindi « per il fatto di essersi impadronito della cosa, l'usurpatore ne risponde » [18], cioè deve reintegrare le cose nello stato in cui si trovavano prima dello spoglio, e pertanto:

1° Restituire la cosa ingiustamente posseduta; quindi, qualora l'avesse trasportata altrove, riporla nel luogo ove l'ha presa [19].

2° Restituirla *cum omni causa*, cioè cogli accessori, pertinenze e frutti pendenti [20].

Quanto ai frutti consumati o percetti, l'antica scuola di Medina faceva in proposito varie distinzioni, che hanno ormai interesse storico [21]; la dottrina moderna le tralascia ed impone all'autore dello spoglio la restituzione anche dei frutti percetti [22]: « Il possessore violento (" ġāṣib ") deve restituire tutti i frutti senza eccezione, tanto se la cosa usurpata sia un fondo o uno schiavo o un animale o qualunque altro oggetto, quanto se egli ne abbia usufruito o l'abbia adoperata per il proprio uso. La dottrina è che i frutti sono dovuti senza distinzione... e questa è la verità, secondo i Dottori della nostra scuola (Malichita), poichè, dicono essi, il possesso della cosa ha per scopo le utilità che se ne ritraggono e, qualora l'usurpatore (" ġāṣib ") non fosse tenuto a restituire i frutti, la sentenza contro di lui pronunciata si ridurrebbe a concedergli il diritto di godere delle cose usurpate » (al-Qalšānī ap. Mayyārah II, 255).

Se l'usurpatore, anzichè locare una cosa, ne abbia goduto personalmente (per esempio, se ha abitato la casa usurpata, adoperato lo strumento o l'animale ecc.), egli dovrà il prezzo di locazione calco-

---

[16] Egli commette un peccato e dev'essere punito con pena afflittiva: cf. Ša'rānī, I, p. 81.

[17] *Muwaṭṭa'*, III, 240; Abū Dā'ūd, III, 100: " laysa li 'arq^{in} ẓālim^{in} ḥaqq ".

[18] Ḫalīl, h. t., n. 3; cf. *Digest.*, 47, 8, 2 § 26-27; 13, 1, 10 § 1.

[19] *Mud.*, IX, 73; XIV, 59; Ḫalīl, XXIV, n. 4 e 10; Ibn 'Āṣim, v. 1497; Mayyārah, II, 255; Tasūlī, II, 325; *Fatḥ al-Qarīb*, p. 370-372; Ša'rānī, II, 81; *Minhāǧ*, II, 103.

[20] *Mud.*, XIV, 47, 61-62, 65, 167, 198; Ḫalīl, XXIV, n. 8; Ibn Farḥūn, II, 146 sg., 152; Tasūlī, II, 324; Ša'rānī, II, 81, l. 9 sg.

[21] Si può vedere in proposito Dardīr-Dasūqī, III, 393; Mayyārah, II, 255; Dimašqī, II, 31.

[22] Dardīr-Dasūqī, l. c.; Bannānī-Zurqānī, VI, 144; Ḫiršī, VI, 137; Ša'rānī, II, 81; *contra* Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 255.

lato sulla base di quanto vien praticato nel luogo per le cose di quella specie (" uǵrat al-miṯl ") [23].

L'usurpatore risponde solo dei frutti effettivamente percetti e del godimento ottenuto, ma non di quelli che avrebbe dovuto o potuto avere, ma che di fatto non ha ottenuto (per esempio, se ha trascurato di seminare il campo, se non ha locato o abitato la casa, se non ha adoperato l'animale e non l'ha locato [24]).

Egli ha il potere d'imputare sui frutti le spese fatte per la conservazione delle cose e per la percezione dei frutti stessi; qualora però i prodotti non bastino a pagare quelle spese, l'usurpatore non ha azione contro lo spogliato per ricuperare la differenza [25]. Le spese voluttuarie non sono ripetibili.

3° Se la restituzione non sia possibile, per essere la cosa deteriorata o perita, l'autore della violenza ne risponde, senza distinguere la causa della deteriorazione o perimento, se per colpa sua o per fatto d'un terzo o per forza maggiore. Se per fatto d'un terzo, egli ne risponde solidalmente con questo; in altri termini, lo spogliato può esercitare l'azione di risarcimento, a sua scelta, sia contro l'autore dello spoglio sia contro il terzo [26].

§ **247.** Conviene tuttavia esaminare partitamente il caso della deteriorazione e quello del perimento:

I. *Deteriorazione* = " ta'yīb ". — Se la cosa è deteriorata sì da essere deprezzata in modo permanente, o da non poter più servire all'uso cui era destinata [27], l'ingiusto possessore sarà tenuto, ove si tratti di cose fungibili, a restituire una egual quantità e qualità. Se si tratta invece di cosa determinata (" 'ayn "), cioè non fungibile, lo spogliato potrà, a sua scelta, abbandonare la cosa all'usurpatore, ripetendone il valore al giorno della usurpazione, oppure riprenderla qual'è, con più un risarcimento (" arš ") per il minor valore (*quanti minoris*). Se la deteriorazione è avvenuta per causa non imputabile

---

[23] Ibn 'Āṣim, v. 1497; Ibn Farḥūn, II, 152; Ḫalīl, XXIV, n. 8 e 13.

[24] *Mud.*, XIV, 62; Zurqānī, Ḫiršī, ll. cc.; Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 255; Tāwudī-Tasūlī, II, 325; cf. Ḥamawī, II, 102, nota 2 e p. 221.

[25] *Mud.*, XIV, 61-62, 65; Ḫalīl, h. t., n. 8, 9 e nota 52; Ḫiršī, VI, 138; Dardīr-Dasūqī, III, 394-395; Tasūlī, II, 325.

[26] *Mud.*, XV, 181; Ḫalīl, l. c., § 6; Ḫiršī, VI, 142; *Minhāǵ*, II, 103.

[27] *Mud.*, XIV, 50-51; Ḫalīl, XXIV, n. 11, e 16; Zurqānī-Bannānī, VI, 149 sg.; al-Walīdī ap. Wanšarīsī, XII, 194-195; Sciafiiti: *Fatḥ al-Qarīb*, 370, 372; cf. Ibn Farḥūn, II, 153; Ibn 'Āṣim, v. 1498.

all'usurpatore, lo spogliato può, a sua scelta, ripetere il valore della cosa o riprenderla qual'è, senz'altro indennizzo.

Il successore singolare (donatario, compratore) dell'ingiusto possessore, risponde al pari del suo autore, qualora egli sia consapevole dell'origine ingiusta del possesso. Con questa differenza, però, ch'egli deve il valore della cosa usurpata, non qual'era il giorno della sua usurpazione, ma secondo quello del giorno in cui è incominciato il suo possesso. Invece l'erede dell'ingiusto possessore è *loco auctoris* e risponde sempre, sappia o non sappia della origine ingiusta del possesso, del valore della cosa calcolato al giorno dell'usurpazione [28].

II. *Perimento* = " halāk ". — La cosa usurpata è perita [29]: se si tratta di cosa fungibile, l'usurpatore dovrà la stessa quantità e qualità di cose, ancorchè avessero maggior valore commerciale al momento in cui è stata consumata l'usurpazione; se la cosa non era fungibile, egli ne dovrà il valore, calcolato al giorno in cui l'usurpazione è stata consumata, non al giorno del perimento [30].

Al perimento propriamente detto (" halāk ") si equipara il caso in cui la restituzione non sia possibile, perchè la cosa è stata trasformata o alienata in modo definitivo; concetto che le nostre fonti comprendono sotto il nome di " fawāt " (da " fāta " = passare, trascorrere, essere irraggiungibile) [31]. Si ha, per esempio, " fawāt " o *irrestituibilità* se lo schiavo è stato emancipato, se dell'argilla si è fatto mattoni, se il grano è stato trasformato in farina; in questo caso, lo spogliato riprende la cosa sua così com'è trasformata, pagando all'usurpatore il valore dei materiali adoprati per la trasformazione, se questa ha aumentato il valore della cosa (per esempio, se la stoffa è stata tinta, si pagherà il valore della tintura); se la trasformazione ha diminuito il valore, il rivendicante non dovrà nulla.

---

[28] Ibn 'Āṣim, v. 1500; Mayyārah, I, 256 sg. e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī–Tāwudī, II, 330 sg.; Ḫalīl, XXIV, n. 26 e nota 109; Dasūqī, III, 401–402; Ḫiršī, VI, 146–147.

[29] *Mud.*, IX, 73; XIV, 48, 60, 71; Ḫalīl, XXIV, n. 3–4, 6; Dardīr–Dasūqī, III, 390; Zurqānī, VI, 138, 142; V, 258; Ibn 'Āṣim, v. 1498; Mayyārah, II, 81, 254, 255; Tasūlī, II, 324–325; Ša'rānī, II, 81 (Perron, 350).

[30] Secondo gli Sciafiiti egli deve il maggior valore raggiunto dalla cosa tra il giorno in cui è cominciato l'ingiusto possesso e quello del perimento (Šīrāzī, 71; *Fatḥ al-Qarīb*, 372; cf. Ša'rānī, II, 81).

[31] *Mud.*, XVI, 86–87; cf. XI, 32; Ḫalīl, h. t., n. 6 e 17.

TITOLO III.

" Ta'addī " (usurpazione di godimento o furto d' uso).

§ **248.** Allo spoglio o rapina (" ġaṣb ") i giuristi malichiti fanno seguire un'altra forma di appropriazione indebita, il " ta'addī "[32]. Mentre la rapina è l'appropriazione violenta della cosa altrui, il " ta'addī " è l'appropriazione, con o senza violenza, dell'*uso* o *godimento* della cosa [33].

Il " ta'addī " (lett. trasgressione, prevaricazione) corrisponde nel concetto al *furtum usûs* dei Romani[34]. Commette un " ta'addī " chi adopera la cosa altrui a proprio vantaggio, senza o contro la volontà del proprietario o possessore pur non avendo l'intenzione di appropriarsi la cosa stessa o sostanza (" raqabah = *corpus rei*): per esempio, il depositario che fa uso del deposito senza consumarlo, l'artigiano che non restituisce l'oggetto a lui affidato per porlo in opera, la persona che, avendo preso a nolo una cavalcatura, si fa portare a distanza maggiore di quella convenuta, colui che usurpa l'uso esclusivo di una cosa comune a tutti, per esempio, una pubblica via, un giacimento minerale apparente. Insomma " ta'addī " è l'usurpazione che ha per oggetto non la proprietà o sostanza, ma l'utilità (" manfa'ah ") o godimento, di una cosa, sia che ciò avvenga con o senza violenza [35].

§ **249.** Gli effetti del " ta'addī " (usurpazione, prevaricazione) sono quelli del " ġaṣb " o rapina, con talune differenze assai notevoli; il " muta'addī " (usurpatore) deve infatti [36]:

---

[32] Sono i casi cui il diritto romano provvedeva cogl'interdetti *recuperandae possessionis*.

[33] I Ḥanafiti non distinguono il " ġaṣb " dal " ta'addī " ed applicano le stesse regole ai due casi: cf. *Maġallah*, a. 900, 905; così anche gli Sciafiiti: *Minhāǧ*, II, 103 sg.

[34] Cf. *Digest.*, 47, 2, 1 § 3; 40, 54 pr. § 1; *Inst.*, IV, 1 § 6.

[35] Ḫalīl, XXIV, nota 2 e 119; Ḫiršī, VI, 129; Dardīr–Dasūqī, III, 403; Zurqānī, VI, 136, 139, 156; Bannānī, VI, 155; Ibn 'Āṣim, v. 1501 (la versione è da correggere); Mayyārah, II, 254, 255, 257; Tasūlī, II, 324, 325; Ibn Farḥūn, II, 150: Zeys, II, n. 485; Van den Berg, p. 112 sg.; Sachau, 559.

[36] *Muwaṭṭa'*, III, 190; *Mud.*, XIV, 63–65; Ḫalīl, XXIV § 13–16, § 20; Dardīr–Dasūqī, III, 404; Tasūlī, II, 331; Ibn Farḥūn, II, 150, 153.

a) restituire la cosa usurpata, e restituirla *cum omni causa;*

b) pagare inoltre il prezzo del godimento che ne ha indebitamente ritratto;

c) dar conto, non solo dei frutti percetti, ma anche di quelli che avrebbe dovuto ricavare dalla cosa: per esempio, se non ha coltivato il campo usurpato, risponde dei frutti che avrebbe potuto ritrarre, se lo avesse lavorato (mentre l'usurpatore violento (" ġāṣib ") risponde solo di quanto ha effettivamente percetto o del godimento ottenuto).

Qualora questa restituzione della cosa non possa effettuarsi, bisogna distinguere se ciò dipenda da deteriorazione o da perimento.

I. *In caso di deterioramento* [37] si distingue :

a) La cosa è deteriorata lievemente: l'autore del fatto deve solo riparare il mal fatto, e per esempio, se la veste è scucita, deve ricucirla.

b) Quando la deteriorazione ha una certa importanza, l'autore del fatto risponde del deprezzamento della cosa; si comprende nel concetto di deteriorazione anche il minor valore dovuto al ribasso dei prezzi, il quale vien posto a carico dell'autore del " ta'addī ", a differenza di quanto avviene nel caso dell'usurpatore violento (" ġāṣib "), il quale si libera restituendo identicamente la cosa.

Il proprietario della cosa deteriorata ha la scelta fra il rinunciarvi, abbandonandola all'imputabile del fatto e ripetendo il valore calcolato al giorno del " ta'addī ", ed il restituire la cosa con in più una indennità (" arš ") per il deprezzamento (*quanti minoris*).

II. *In caso di perimento*, il colpevole risponde della cosa, se il perimento è avvenuto per fatto suo o per quello di un terzo, ma non della forza maggiore, a differenza dell'usurpatore violento, che è responsabile anche di questa.

Colui che intraprende delle opere in un fondo da lui usurpato, per esempio scavando dei fossi, risponde degli infortuni che avvengono nel corso del lavoro. Sarebbe il contrario se si trattasse di un proprietario legittimo, perchè egli si limita a far uso del suo diritto; ma il possessore ingiusto è costituito in colpa per il fatto stesso che possiede illegittimamente, e le opere da lui intraprese non sono che la continuazione, il prolungamento, per così dire, della sua colpa iniziale, il che lo rende responsabile anche del caso fortuito.

---

[37] Zurqānī, VIII, 120; *Mud.*, XVI, 245; *Muwaṭṭa'*, IV, 47.

La stessa regola si applica a chi fa uso illecito delle cose pubbliche.

TITOLO IV.

Del danneggiamento o danno dato (" ta'addī ").

§ **250.** Si chiama " ta'addī ", prevaricità, anche il danno arrecato alla cosa altrui, non coll'animo di appropriarsela nè di usurparne l'uso, ma coll'animo di nuocere e per solo impulso di malvagità [38].

Vediamone gli estremi:

1° Si richiede anzitutto un *danno*, cioè una diminuzione di patrimonio (" itlāf ") prodotta dalla distruzione o dalla deteriorazione effettiva di una cosa considerata dalla legge come valore patrimoniale (" māl "), o dal fatto che quella cosa è resa inservibile all'uso cui era destinata; anche la lesione inferta ad una persona verrà considerata come danno.

Manca il danno quando la cosa deteriorata o distrutta non ha valore commerciale secondo la legge musulmana; il " ḥadīṯ " racconta che il Profeta, alla presa della Mecca, fece il giro della Ka'bah, rompendo col suo bastone i trecento e sessanta idoli o stele (" nuṣub ") che conteneva; da ciò si deduce che non fa danno, giuridicamente parlando, chi spezza, anche con premeditazione, uno strumento di musica, una croce, un otre od un'anfora contenente un liquore proibito, chi uccide un maiale; perchè questi non sono valori (" māl "), salvo il caso in cui il legno o altra sostanza di cui son fatti abbia un valore commerciale.

Quid se la cosa danneggiata, benchè vietata ai Musulmani, appartenga ad un " ḏimmī " ? La cosa essendo per lui lecita e lo Stato musulmano avendo promesso di tutelarlo nella persona e nei beni, molti dottori opinano che il danno recato a quella cosa debba essere risarcito [39].

L' azione di risarcimento si dirige contro l' autore del fatto.

Se vi hanno concorso più autori, l'obbligo di risarcire è solidale fra tutti. Se il delitto è stato commesso per mandato, risponde il solo

---

[38] Ḫalīl, XXIV, n. 29 sg.; Ḫiršī, VI, 148; Ibn 'Āṣim, v. 1505 (in cui è da correggere la traduzione); Mayyārah, II, 255, l. 1–5; cf. *Maǵallah*, a. 887, 888, 912.

[39] Buḫārī, *maẓālim*, n. 31–32; *Mud.*, XVI, 70–71, 78.

mandante, se l'agente era sottoposto ai suoi ordini, com'è il caso dello schiavo. Se invece l'autore del fatto non era sottoposto agli ordini del mandante ed abbia obbedito, senza che nulla ve lo obbligasse, ne risponde personalmente (" al-mubāšir muqaddam 'alà 'l-mutasabbib "), dicono i Ḥanafiti [40].

§ **251.** Pel danno ingiusto deriva l'obbligo di risarcirlo ("ġurm") [41].

L'azione di risarcimento spetta in primo luogo al proprietario della cosa od ai suoi eredi, quindi al possessore, non importa se di buona o cattiva fede, ed anche a chi ha sulla cosa un diritto avente per oggetto la utilità di quella (" ḥaqq al-manfa'ah "), sia in qualità di usufruttuario sia come creditore pignoratizio od anche come locatario o comodatario.

L'azione di risarcimento ha per fine di riporre la parte lesa nella posizione in cui si troverebbe qualora il danno non fosse avvenuto [42].

L'autore del danno deve pertanto restituire una cosa simile a quella danneggiata, ed ove ciò non sia possibile, ne dovrà il valore, stando al precetto coranico (*Corano*, XVI, 127): « Se voi punite, infliggete una pena simile a quella (cioè a quel danno o male) che avete sofferto », ed alle tradizioni riferite da al-Buḫārī sotto la rubrica: « Colui che ha danneggiato una cosa ne deve una simile ». Vi si racconta infatti che una delle mogli del Profeta, Ṣafiyyah, avendogli mandato una vivanda specialmente preparata per lui, mentre egli si trovava presso un'altra moglie, 'Ā'išah, questa, mossa da gelosia, ruppe la scodella, sì che il contenuto ne andò perduto. Ā'išah si pentì subito dopo e domandò al Profeta come avrebbe potuto riparare il danno. Il Profeta rispose: « Una scodella simile a quella scodella ed una vivanda simile a quella vivanda ».

Si applica la stessa regola a chi demolisce un fabbricato: « Chi demolisce un muro, dice al-Buḫārī, deve ricostruirne un altro ».

Quando la restituzione in pristino non sia possibile è da distinguere la deteriorazione dal perimento [43].

---

[40] *Maġallah*, a. 887, 888; cf. *Digest.*, 9, 2, 7–11, 49 pr.

[41] Abū Dāwūd, III, 14; Buḫārī, *maẓālim*, n. 34, 35; *Mud.*, XIV, 47, 70; cf. *Digest.*, 9, 1, 2 pr.

[42] *Mud.*, XIV, 47, 70; *P. C. T.*, a. 121, 129; Buḫārī, *maẓālim*, n. 34, 35; Abū Dāwūd, III, 214; *Maġallah*, a. 917; cf. Juynboll, p. 188.

[43] Cf. Ḫalīl, h. t., n. 29 e nota 120.

Nel caso di deteriorazione sono da distinguere due ipotesi [44]:

I. *a*) la deteriorazione rende la cosa inadatta all'uso cui era destinata. Ciò dipenderà naturalmente dalle circostanze di fatto; tagliare la criniera ad un cavallo di lusso, la coda della cavalcatura di un "qāḍī", è un danno grave, che rende l'animale disadatto all'uso cui era destinato, mentre non lo sarebbe lo stesso fatto che abbia per oggetto una bestia da strapazzo; mutilare una mano ad uno schiavo artigiano o abile in un'arte è danno grave, più che non sia se si tratta di uno schiavo ordinario. L'apprezzamento del danno è perciò rimesso al prudente arbitrio del giudice e, se a suo giudizio la cosa è divenuta disadatta all'uso normale, il danneggiato ha facoltà sia di ripetere la cosa nello stato in cui si trova, più il risarcimento ("arš") del danno, ovvero di abbandonarla senz'altro all'autore del danno e di richiederne l'intero valore, calcolato al giorno in cui il danno è stato commesso;

b) se il danno non rende la cosa inadatta all'uso cui era destinata, ma solo ne diminuisce il valore (per esempio, cavare un occhio ad uno schiavo, far perdere il latte ad una bestia lattifera), il danneggiato può chiedere solo un risarcimento di questo minor valore (*quanti minoris*);

c) se il danno è lieve e facilmente riparabile (per esempio, la scucitura di una veste), l'autore del danno è tenuto a riporre la cosa nel pristino stato (così, nella specie proposta, a curare la cucitura della veste), ma non deve altro. Se però, dopo eseguita la riparazione la cosa rimane deturpata sì da diminuirne il valore, il danneggiato potrà chiedere il risarcimento di questo minor valore.

II. Il danno consiste nella *distruzione totale* della cosa ("itlāf, halāk"). L'autore del danno deve, in questo caso, il valore della cosa o, trattandosi di cose fungibili, una quantità e qualità di cosa simile a quella perita.

A questa specie si equipara il fatto di chi maliziosamente trattiene presso di sè un titolo di credito appartenente ad un altro, sì che questi si trovi nella impossibilità di far valere il suo diritto in tempo utile. Il giurista decide che l'ingiusto detentore è tenuto a rispondere del credito, come se avesse distrutto il documento [45].

---

[44] *Muwaṭṭa'*, III, 192; *Mud.*, XIV, 47, 49, 52, 59, 70; Ibn 'Āṣim, v. 1505–1509 (traduzione del 1505 da correggere); Ḫalīl, XXIV, n. 29–32; Ḫiršī, VI, 148 sg.; Dardīr–Dasūqī, III, 403 sg., 225; Mayyārah, II, 257 in f., 258–260; Tasūlī–Tāwudī, II, 333; Ibn Farḥūn, II, 153; *P. C. T.*, a. 129; cf. *Maǵallah*, a. 917.

[45] Ibn Farḥūn, II, 150.

LIBRO XIV

CONTRATTI DI GARANZIA IN GENERALE

§ **252.** I contratti di garanzia sono quelli che hanno per scopo di assicurare l'adempimento di una obbligazione; possono essere *reali* o *personali*. *Reali* sono il pegno e l'ipoteca, che il diritto musulmano non distingue, e sono quelli in cui una *cosa* è destinata a garentire l'obbligazione. *Personali* sono le fideiussioni e le forme analoghe in cui la obbligazione è assunta da un'altra *persona* assieme al debitore principale, per il caso di mancanza di adempimento da parte di questo.

Carattere comune dei contratti di garanzia, tanto reali che personali, è di essere contratti *accessori*, in quanto dipendono, tanto per la loro sussistenza quanto per i loro effetti, da una obbligazione principale che essi hanno per fine di assicurare. I contratti di garanzia possono accedere a tutte le obbligazioni, astrazione fatta dalle cause speciali da cui queste provengono, ed è perciò ch'è parso opportuno di collocarli alla fine del trattato delle obbligazioni.

TITOLO I.

Pegno e ipoteca.

CAPITOLO I.

Il pegno ("rahn")[1].

§ **253.** "Rahana", filologicamente, vale *trattenere* ed è in questa accezione che la parola "rahīn" si trova nel *Corano* (LXXIV, 41). Come il *pignus* latino, "rahn" si dice tanto della cosa rimessa in

---

[1] Ibn Māǵah, II, 44; Abū Dāwūd, III, 205; Muslim, VII, 41; Buḫārī, *rahn*, II, 115; *Muwaṭṭa'*, III, 188–190; *Mud.*, XIV, 2 sg.; Ḫalīl, XIII (*rahn*); Ibn 'Āṣim

garanzia quanto del contratto stesso che costituisce, e si applica alle cose sì mobili che immobili rimesse a questo titolo; il diritto musulmano non distingue il pegno dall' ipoteca.

§ **254.** Il "rahn" islamico, come il pegno del diritto germanico, era in origine piuttosto un mezzo di *provare* la esistenza del credito che non un modo di assicurarne il pagamento. Il *Corano* (II, 283) non lo concepisce altrimenti, e la giurisprudenza posteriore non si discosta gran fatto da questo concetto, poichè compara il pegno ad un testimonio [2]. Il pegno è pertanto un deposito, ma un deposito fatto nell'interesse del depositario [3], allo scopo di garantire quanto gli è dovuto; onde il diritto ch'egli ha di ritenerlo fino al pagamento del debito. « Il pegno, dice Ibn Ša's, è il diritto di *trattenere* (" iḥtibās ") una cosa determinata come garanzia di un debito » [4]. « Il pegno, scrive Ḫalīl, è l'atto con cui una persona, avente capacità di alienare a titolo oneroso, rimette ad un altro una cosa avente valore patrimoniale quale sicurtà di un credito » [5].

SEZIONE I. — Elementi costitutivi ("arkān").

Gli elementi costitutivi del contratto di pegno sono [6]:

1° *I contraenti*, cioè il pignorante (" rāhin ") ed il creditore pignoratizio (" murtahin ");

2° *L'oggetto* del contratto, cioè:

a) la cosa pignorata (" ar–rahn, al–marhūn ");

b) il credito garantito mediante il pegno (" al–marhūn bihi ");

3° *La forma* (" ṣīġat ar–rahn "), ossia la dichiarazione di volontà od offerta (" īġāb ") del pignorante, e l'accettazione (" qabūl ") del pignoratario.

---

v. 230 sg.; Tāwudī–Tasūlī, I, 157 sg.; Mayyārah–Raḥḥāl, I, 107 sg.; *'Amaliyyāt*, p. 169 sg.; 'Abdu 'r–Raḥīm, p. 387 sg.; Tuwātī, *Formulario*, p. 75 sg.; *Waǵīz*, I, 159 sg.; Sachau, p. 319 sg.; *Minhāǵ*, I, 428 sg.; Morand, p. 272 sg.; Tornauw, nella ZVRW, V, 167; *P. C. T.*, a. 1767 sg.; Zeys, I, p. 205 sg.

[2] Ḫalīl, h. t., n. 37.

[3] Ibn Ša's ap. Raḥḥāl, I, 112; Ibn Farḥūn, II, 73 in f.; Ibn 'Āṣim, v. 230; Zurqānī, V, 233–234.

[4] Bannānī, V, 233; Ḫalīl, h. t., n. 1 nota; *P. C. T.*, a. 1782–1783.

[5] Ḫalīl, h. t., n. 1; Dasūqī, III, 201; cf. al–Wānūgī, ap. Tasūlī, I, 157.

[6] Ibn Ša's, l. c., 112; *Minhāǵ*, I, 428.

§ **255.** A) *Dei contraenti.*

Costituisce validamente un pegno[7] chi ha la facoltà di alienare; chi non ha facoltà di contrarre (impubere, inabilitato) non può costituire un pegno. Tuttavia ciò si deve intendere con una certa ampiezza, poichè altro è alienare, altro oppignorare. Possono costituire un pegno:

a) il tutore e curatore, sui beni del pupillo, per provvedere al suo mantenimento o ad altra necessità urgente. Quando la tutela è affidata a due o più, occorre il concorso di tutti i tutori, salvo che la gestione dei beni pupillari sia stata specialmente affidata ad uno di loro;

b) lo schiavo institore e quello autorizzato ad esercitare il commercio (" ma'ḏūn lahu "), poichè la facoltà di esercitare il commercio comprende tutti gli atti necessari a quell'esercizio;

c) lo schiavo che ha stipulato un contratto di riscatto (" mukātab ") può costituire un pegno sulle cose che fanno parte del suo peculio.

L'oppignorazione della cosa altrui[8] è valida, come la vendita della cosa altrui, purchè il legittimo proprietario la ratifichi. È valida senz'altro l'oppignorazione della cosa altrui quando il proprietario l'ha rimessa a questo scopo, per esempio, quando ha dato la cosa in comodato al pignorante affinchè egli possa servirsene per costituire un pegno.

B) *L'oggetto.*

La cosa data in pegno (" ar-rahn ") dev'essere determinata.

« L'oggetto del pegno dev'essere tale che mediante quello si possa pagare il debito, sia impiegandovi la stessa cosa oppignorata, o il suo valore, o i suoi prodotti »[9]. Tutto ciò che può essere oggetto di vendita può essere oggetto di pegno [10]; non possono esserlo, quindi, le cose che la legge considera fuori commercio (vino, pelli d'animali non conciate e altre cose impure), lo schiavo affrancato *post mortem* (" mudabbar ").

---

[7] *Mud.*, XIV, 20, 22, 32; Ḫalīl, h. t., n. 1, 2, 5 e nota 5 e 19; Mayyārah, I, 112, 6 dal b.; Zurqānī, V, 235; *P. C. T.*, a. 1786; *Minhāǧ*, I, 429.

[8] *Mud.*, XIV, p. 34; Ḫalīl, h. t., n. 13; *Minhāǧ*, I, 431; cf. *Digest.*, 50, 17, 45 pr.; 13, 7, 20 pr., 27.

[9] Ibn Ša's ap. Mayyārah, I, 112; cf. *Minhāǧ*, I, 430.

[10] *Mud.*, XV, 123, 187; *Muwaṭṭa'*, III, 189; Ḫalīl, h. t., n. 3, 4, 6; Ibn 'Āṣim, v. 235–236; Mayyārah e Raḥḥāl, I, 112; Tasūlī, I, 163; Zurqānī, V, 234–236; Dardīr–Dasūqī, III, 202–204; cf. *Maǧallah*, a. 709; *P. C. T.*, a. 1773; *Minhāǧ*, I, 430.

Ma la regola va intesa con maggiore ampiezza che non nel contratto di vendita. Si può costituire in pegno:

a) una cosa aleatoria (uno schiavo od un animale fuggitivo, un raccolto futuro ecc., tutte cose che non si possono vendere), « perchè, dicono i giuristi malichiti, colui cui vien dato il pegno potrebbe anche prestare senza garanzia; se accetta come garanzia un oggetto la cui consegna non è sicura, egli lo fa spontaneamente, ed inoltre una cosa siffatta è sempre preferibile a niente » [11]. È controverso se si possa dare in pegno un parto nascituro o un tratto di reti (*jactus retium*), perchè, secondo taluni, l'alea in quei casi è veramente eccessiva e troppo affine alla scommessa;

b) un credito [12], consegnando il titolo che lo rappresenta (non esistendo titolo, si richiede la presenza del debitore che dichiari di accettare la costituzione del pegno);

c) le opere di uno schiavo, i frutti e i prodotti civili di un fondo urbano o rustico. « Si può dare in pegno tanto i corpi (" ḏawāt ") quanto l'utilità della cosa », dice 'Abd as-Salām [13].

Una quota ideale o parte indivisa (" mušā' ") di proprietà può essere oggetto di pegno [14], ma è necessario, in questo caso, che l'oggetto intero di cui fa parte la quota sia rimesso al creditore, perchè, in difetto del possesso, il creditore non potrebbe esercitare il suo privilegio sulla quota costituita in pegno [15].

Se la cosa appartiene solo in parte al debitore, egli dovrà consegnare al creditore la parte oppignorata, qualora la cosa sia divisibile; non essendo divisibile, basterà che il creditore sia riconosciuto nella sua qualità di creditore pignoratizio, e come tale sostituito al debitore, da coloro che con questo partecipano al dominio della cosa.

Le cose fungibili e il numerario possono essere oggetto di pegno (*pignus irregulare*) ? L'opinione prevalente lo ammette, ma a condizione che le cose costituite in pegno siano rimesse in pacco chiuso e

---

[11] Raḥḥāl ad Mayy., I, 112; Ḫiršī, V, 236.

[12] Ibn Ša's, l. c.; Tasūlī, I, 157, 163, 2 dal b. Gli Sciafiiti non ammettono il pegno del credito.

[13] Ap. Mayyārah, I, 106.

[14] Ḫalīl, h. t., n. 7; Dasūqī, III, 205; Ibn 'Āṣim, v. 203–204; Mayyārah, I, 116; Tasūlī, I, 168; *P. C. T.*, a. 1789; *Minhāǧ*, I, 429.

[15] È appunto questa la ragione per cui i Ḥanafiti negano che si possa costituire pegno sopra una quota ideale di proprietà: secondo loro il pegno non esiste senza tradizione effettiva, il che nel caso è impossibile, il debitore non avendo da solo la proprietà.

sigillato, ovvero nelle mani di un terzo depositario; altri ammettono senz'altro la validità del pegno di cose fungibili senza l'osservanza di quelle formalità [16].

§ **256.** Il pegno [17] si estende anche agli accessori e dipendenze che giuridicamente fanno parte della cosa oppignorata; e così:

a) alla lana delle pecore, già cresciuta al punto da potersi tosare;

b) al parto nascituro della schiava ed ai parti successivi, perchè considerati parte integrante della madre (*partus esse partem matris creditur*);

c) alle piante che rivestono il fondo.

Invece il pegno non conferisce per se stesso il diritto di godere della cosa oppignorata o di farne uso. Il pegno *non comprende* quindi:

a) i frutti sì naturali che civili già maturati al momento del contratto e quelli che vengono a maturazione dopo quella data;

b) i prodotti, quali il latte, le uova, il miele;

c) il peculio dello schiavo e gli acquisti lucrativi da lui fatti a titolo di donazione o di successione *causa mortis* dopo la costituzione del pegno.

I frutti e prodotti, di cui è parola, spettano al debitore per la ragione che questi, avendo i rischi in caso di perimento, ha diritto ai vantaggi. « Colui che ha costituito un pegno ha diritto ai frutti e sopporta i rischi », dice il " ḥadīṯ "), per applicazione della regola generale: " aḍ-ḍamān bi-'l-ḫarāǧ " (*cui spectat periculum, spectat lucrum*). Il creditore che facesse uso del pegno o ne cedesse il godimento ad altri si renderebbe colpevole di usurpazione (" ta'addī ").

Nulla vieta [18], tuttavia, di pattuire che il creditore potrà far uso del pegno e goderne i prodotti, purchè sia determinato il termine di questo godimento. Questo patto è vietato e sarebbe causa di nullità del contratto:

1° quando il credito ha per causa un mutuo, poichè questo si convertirebbe in negozio fruttifero, salvo che venga stipulato

---

[16] *Mud.*, XIV, 24; Ḫalīl, h. t., n. 11 e nota 33; Ibn 'Āṣim, v. 242; Mayyārah-Raḥḥāl, I, 115; Tasūlī, I, 168; Dasūqī, III, 206-207; Zurqānī, V, 238.

[17] *Muwaṭṭa'*, III, 189, 190; *Mud.*, XIII, 88; XIV, 7, 10, 38-39; Ḫalīl, h. t., n. 20; Dardīr-Dasūqī, III, 213-214; Ḫiršī, V, 248; Juynboll, § 59 in f.; *Minhāǧ*, I, 444; cf. *Digest.*, 20, 29 § 1; 26 § 2; *Cod.*, VIII, 21, 1.

[18] Ibn 'Āṣim, v. 237-239; Mayyārah, I, 113; Tasūlī, I, 164-165; Ḫalīl, h. t., n. 22 e note 88-89; cf. *Cod.*, IV, 32, 17; *Minhāǧ*, I, 428.

che i frutti saranno computati in estinzione del capitale, e non a titolo d' interessi [19] ;

2° quando il pegno ha per oggetto degli alberi fruttiferi, perchè ciò costituirebbe una vendita dei frutti sperati, cioè di cosa inesistente, il che è vietato. Sarebbe lecito il patto se limitato ai frutti di un anno, e questi siano già in via di maturazione;

3° quando il pegno consiste in una cosa di cui l'uso o il godimento differiscono secondo le persone, per esempio, vesti, animali e via dicendo, poichè un individuo consuma più ed altri meno (questa regola è controversa).

§ **257.** Quando il pegno perisce o viene deteriorato per fatto imputabile ad un terzo, il risarcimento dovuto da chi deve rispondere del fatto sottentra in luogo del pegno – *pretium succedit loco rei* – e su quello si esercita il privilegio del credito pignoratizio [20].

§ **258.** *Il credito garantito mediante il pegno* (" al–marhūn bihi ").

Un pegno presuppone sempre un credito di cui è la garanzia [21], ma non è essenziale che il credito garantito esista al momento in cui vien costituito il pegno. Si può costituire un pegno a garantire un credito futuro o eventuale o sospeso a condizione; s'intende che in questa ipotesi l'effetto del pegno dipenderà dalla effettiva esistenza della obbligazione principale. È essenziale tuttavia che l'ammontare del credito garantito, o il massimo cui potrà giungere, sia determinato fin dalla costituzione del pegno [22].

Non ogni credito però è capace di essere garantito da pegno [23]. Anche qui ricorrono le limitazioni derivanti dalle speciali regole relative ai metalli preziosi e alle derrate alimentari. Le operazioni aventi per oggetto questa materia debbono essere simultanee, « da una mano ad un'altra », dice il " ḥadīṯ, sì che tra una prestazione e l'altra non interceda intervallo. Una operazione siffatta non può, natural-

---

[19] Invece se il venditore stipulasse il godimento dei frutti del fondo venduto e a lui rimesso in pegno, il patto non avrebbe nulla d'illecito, purchè il termine sia stabilito, perchè si ritiene che il godimento pattuito faccia parte del prezzo.

[20] *Mud.*, XIV, 4; Ḫalīl, h. t., n. 14 (*c*); Mayyārah, I, 105; Tasūlī, 1, 158; *Minhāǧ*, I, 443.

[21] *Mud.*, XIV, 10, 28; Ḫalīl, h. t., n. 21 e note 82–86; Tasūlī, I, 162; Dasūqī, III, 214; Ḫiršī, V, 249; *P. C. T.*, a. 1776; *Minhāǧ*, I, 432, 433.

[22] Gli Sciafiiti non ammettono il pegno dato in vista di un credito futuro: *Minhāǧ*, l. c.

[23] Ḫalīl, h. t., n. 21 e note 86–87; Tasūlī, I, 157; Tuwātī, *Formulario*, 75; Mayyārah, I, 106.

mente, venir garantita da pegno. Parimenti non possono esser garantiti da pegno quei negozi in cui, per ovviare al pericolo di usura, la legge vuole che le operazioni da una parte e dall'altra avvengano simultaneamente, quali la dazione in pagamento (" taṣyīr "), la disdetta (" iqālah ") della vendita a termine detta " salam ".

In altri casi è la natura stessa del negozio che impedisce la costituzione di un pegno:

a) non si può costituire pegno nel comodato (" 'āriyah "), se il pegno è destinato a garantire la identica restituzione della cosa, perchè questa obbligazione non è possibile; ma si può costituire per garantire il valore della cosa, qualora questa sia facilmente trafugabile (" mā yuġābu 'alayhi ") [24];

b) non si può garantire con pegno un'obbligazione di cosa individuata, per esempio, la vendita o la locazione di una cosa determinata, nel senso che il pegno debba garantire l'effettivo godimento della cosa in caso di deperimento o di evizione, poichè, così concepita, è obbligazione impossibile; si può bensì validamente garentire l'indennità dovuta in quei casi [25];

c) non si può garantire con pegno la rata di riscatto promessa dallo schiavo " mukātab " [26], perchè questa obbligazione decade qualora il " mukātab " sia inabile a soddisfarla, e non è quindi capace di garanzia [27].

§ **259.** C) *Forma e perfezione del contratto.*

A costituire il contratto di pegno, secondo i Malichiti, basta il consenso delle parti [28]. È invalsa però, in pratica, la consuetudine di costituire il pegno mediante atto pubblico, il quale deve, se oggetto del pegno è un immobile, contenere la descrizione esatta del fondo, dei limiti ecc., ovvero una descrizione precisa dell'oggetto dato in pegno, qualora si tratti di cose mobili [29].

È controverso in diritto malichita se il pegno si possa costituire tacitamente [30]. Secondo Ibn al-Qāsim, si richiede che il pegno sia

---

[24] Tasūlī, l. c., 157; Mayyārah, I, 106; *Minhāǧ*, I, 432.

[25] Ḫalīl, h. t., l. c., e nota 86.

[26] Ḫalīl, h. t., nota 87; *Minhāǧ*, I, 433.

[27] Non si può garantire con pegno il credito eventuale che sarà dovuto in conseguenza di un cottimo (*locatio operis* = " ǵu'l "), prima che l'opera sia terminata: *Minhāǧ*, l. c.

[28] *Mud.*, XIV, 39; Ḫalīl, h. t., n. 31; Ḫiršī, V, 255; Dardīr-Dasūqī, III. 224.

[29] Formola in Tasūlī, I, 157.

[30] Cf. *Digest.*, 22, 4, 4.

espresso formalmente, adoperando la parola « pegno » (" rahn "), per esempio: « Prendi questo come pegno », « Il prestito sarà garantito dal pegno del tale oggetto ». Invece, secondo Ašhab, il pegno si può costituire in qualunque modo; per esempio se il debitore consegna un oggetto al creditore dicendogli: « Tieni questo presso di te finchè non ti abbia pagato ». Se Tizio dà ordine ad una persona di comprargli una certa merce e di anticiparne il prezzo del suo, il mandatario, secondo Ašhab, acquista un diritto di pegno sulla cosa comprata fino al rimborso di quanto ha anticipato; invece, secondo Ibn al-Qāsim, egli non ha tale pegno, perchè non è stato espresso ch'egli avrebbe il diritto di ritenere la cosa comprata per garantirsi il rimborso.

§ **260.** *Perfezione del pegno* [31].

Il *Corano* (II, 283) prescrive la consegna del pegno, qualora le parti non siano in grado di redigere un atto scritto.

Ḥanafiti e Sciafiiti intendono rigorosamente la regola; il pegno non esiste senza tradizione; l'obbligo assunto di costituire il pegno non basta a costituirlo, se non sia seguito dalla consegna della cosa al creditore [32].

I Malichiti ritengono invece che alla perfezione del contratto di pegno basti il consenso. Avvenuto lo scambio dei consensi, sorge nel creditore il diritto di richiederne la consegna quando il pegno consiste in una cosa determinata; se è indicato genericamente, il creditore può chiedere che gli sia rimesso un oggetto avente valore sufficiente per garentire il credito. Il pegno è pertanto un contratto consensuale. Tuttavia la consegna del pegno è essenziale affinchè il creditore possa esercitare il suo privilegio sulla cosa.

« Il possesso, dice at-Tasūlī (I, 157), non è dell'essenza del pegno (" laysa min ḥaqīqatihi "), ma è condizione necessaria per l'esercizio del privilegio (su quello) ». « Il pegno non si stabilisce (" lā yataqarraru ") senza la tradizione », dice un altro giurista (Mayyārah, I, 106). Il patrimonio del debitore, essendo destinato a garentire tutti i creditori, è solo in virtù del possesso che il creditore può escludere gli altri creditori dall'esercizio dei loro diritti sull'oggetto su cui gli è stato costituito il pegno. « La presa di possesso (" qabḍ ") dice Ibn 'Arafah, è condizione (" šarṭ ") del suo effetto speciale,

---

[31] *Mud.*, XIV, p. 30; Ḫalīl, h. t., n. 18, 28 e nota 91; Ibn 'Āṣim, v. 233; Mayyārah, I, 108-109; Tasūlī, I, 157, 159; cf. *Maǵallah*, a. 706; *P. C. T.*, a. 1793; *Digest.*, 44, 7, 1 § 6.

[32] Sciaf.: " ar-rahn lā yalzamu illā bi-qabḍihi ": *Minhāǵ*, I, 433-434.

cioè del diritto esclusivo del creditore pignoratizio su quell'oggetto, e non della perfezione (" tatimmah ") (del contratto), perchè il pegno è perfetto (" tāmm ") anche senza consegna, e ne è prova il pegno di uno schiavo fuggitivo. Ma se il creditore prende possesso (del pegno) prima che sopravvenga un impedimento, egli ha diritto speciale su quello: altrimenti è al pari degli altri creditori ». In altri termini, il contratto di pegno si scinde in due elementi che, congiunti, gli danno tutta la sua efficacia: consenso e tradizione. « Il contratto di pegno è valido (" yaṣiḥḥu ") anche prima della tradizione, ma il pegno non si integra (" lā yatimmu ") se non mediante questa » [33].

Il patto che il pegno non sarà consegnato al creditore annulla il contratto, in quanto è contrario alla sua natura [34].

§ **261.** Per stabilire il privilegio sulla cosa oppignorata [35] è necessaria pertanto la tradizione del pegno.

La tradizione è l'atto col quale il debitore si spoglia del possesso e lo rimette effettivamente in mano al creditore. Qualora la consegna avvenga a persona che, pur rappresentando in apparenza il creditore, dipenda in realtà dal debitore, come sarebbe lo schiavo o la schiava o la moglie di questo, ecc., non si può dire avvenuta la consegna, perchè il debitore non perde il possesso, se questo sia rimesso a persona da lui dipendente [36].

La consegna del pegno, per avere effetto, deve quindi esser fatta al creditore stesso od a chi legalmente lo rappresenti e sia indipendente dal debitore, ovvero ad un terzo, concordato tra le parti.

Se il pegno si trovava già prima del contratto in possesso del creditore per un altro titolo (colonato, deposito, comodato ecc.), basterà il solo consenso delle parti sul contratto di pegno per invertire il possesso senza necessità di consegna formale della cosa oppignorata [37].

---

[33] Bannānī, V, 233; Ibn al-Ḥāǵib ap. Mayyārah, I, 109; a chi dev'essere rimesso il pegno quando le parti non siano d'accordo o il creditore rifiuti di assumerne la responsabilità ? Si deve seguire l'uso; in caso di dubbio, si rimetterà il pegno ad un terzo depositario indicato dal giudice: Ḫalīl, h. t., n. 19; Mayyārah, I, 108.

[34] Ḫalīl, h. t., n. 14; Dasūqī, III, 209.

[35] " al-iḫtiṣāṣ bi-'š-šay' dūna al-ġuramā' " (Tasūlī, I, 157, l. 8). Il possesso del pegno spetta per diritto al creditore, dicono gli Sciafiiti: *Minhāǵ*, I, 438.

[36] Mayyārah, I, 110 in f., 111; *Minhāǵ*, I, 434.

[37] Ḫalīl, h. t., n. 10; Ibn 'Āṣim, v. 244; Mayyārah-Raḥḥāl, I, 111; Tasūlī, I, 162; Dasūqī, III, 206. Gli Sciafiiti vogliono che sia decorso un tempo sufficiente perchè il creditore abbia potuto prender possesso: *Minhāǵ*, I, 434.

§ **261**bis**.** Si domanda se il possesso del pegno da parte del creditore basti a far presumere ch'egli l'ha ricevuto in virtù di regolare consegna, oppure se debba sempre far la prova che il possesso gli è stato rimesso dal debitore [38]. La questione è vivamente controversa tra i Malichiti: gli uni (al-Bāǵī ed altri) sostengono che il possesso attuale del pegno da parte del creditore è sufficiente a far presumere la regolare consegna; l'opinione prevalente ritiene invece che il fatto del possesso non abbia valore per se stesso, e che a convalidare il pegno si richieda la prova della regolare consegna, perchè il *Corano* parla di « pegni ricevuti » (" rihān maqbūḍah "), e " iqbāḍ " significa consegna o immissione nel possesso (" iqbāḍ, taḥwīz ") da parte del debitore, e ricevimento, presa di possesso (' qabḍ, ḥawz ") da parte del creditore (al-Mawwāq, Ibn Rušd, Ibn Yūnus, al-Laḫmī ecc.); infatti, dicono quei giuristi, il dominio della cosa rimane presso il pignorante, malgrado la costituzione del pegno; si richiede quindi la sua autorizzazione speciale, espressa dalla consegna, perchè altri ne prenda possesso.

Nel dubbio se la cosa si trovi presso il debitore a titolo di pegno od a titolo di deposito, prevale l'affermazione della parte che nega la costituzione del pegno, perchè l'obbligazione non si presume, e chi afferma l'esistenza di un diritto deve farne la prova [39].

§ **262.** Se il creditore non prende possesso del pegno, la conseguenza sarà quella che si avvera in materia di donazione quando il donatario non prende possesso della cosa donata; se nel frattempo si verifica un impedimento legale, il possesso conseguito dopo l'avverarsi di quell'impedimento si reputa tardivo, cioè non ha efficacia a costituire il possesso necessario alla validità del pegno. « Se avviene un ostacolo, dice az-Zurqānī, la presa di possesso del pegno non è valevole, poichè il pegno che non è stato rimesso in potere del creditore diventa inefficace se si verifica un impedimento... ». Costituiscono impedimento:

a) la morte o la demenza del debitore [40];

b) la dichiarazione d'insolvenza di quest'ultimo;

c) la vendita della cosa pignorata da parte del debitore, od

---

[38] Tasūlī, I, 159; Mayyārah-Raḥḥāl, I, 109-10.

[39] *Mud.*, X, 87; Ḫalīl, h. t., n. 36; Dardīr-Dasūqī, III, 223; cf. *Minhāǵ*, I, 448.

[40] La morte o demenza del debitore non sono impedimento per gli Sciafiiti, e neppure la fuga dello schiavo.

altro atto di alienazione, seguíto dalla consegna della cosa pignorata all'acquirente [41].

È questa una specie di pena inflitta al creditore il quale lascia per troppo tempo il debitore in possesso della cosa (cf. *Mud.*, XIV, 2); questa inazione ha pei giuristi significato di rinunzia.

Quid però, se non si possa imputare negligenza al creditore, ed anzi se egli abbia fatto diligenza per ottenere il possesso e, malgrado la sua diligenza, il pegno, rimasto in possesso del debitore, è stato da lui alienato? La soluzione di questa specie è controversa nella scuola malichita, perchè il testo della *al-Mudawwanah* che vi si riferisce è diversamente interpretato: gli uni ritengono che la vendita sia valida e che il prezzo di vendita sottentri come pegno alla cosa venduta; altri insegnano che il creditore possa rivendicare il pegno e far rescindere la vendita.

Sezione II. — Effetti del contratto di pegno.

Gli effetti del contratto di pegno debbono essere considerati:

A) nei rapporti tra debitori e creditori;

B) nei rapporti tra i vari creditori pignoratizi;

C) rispetto ai terzi.

§ **263.** A) *Nei rapporti tra debitori e creditori.*

Gli effetti del contratto tra le parti sono determinati dal carattere fondamentale del pegno; il pegno è un deposito, fatto nell'interesse del depositario (creditore) allo scopo di assicurare il suo credito. Ond'è che, costituendo il pegno, il debitore non perde il suo diritto di proprietà sulla cosa, ma è nella condizione del deponente rispetto al deposito. « Il debitore, dice Ibn 'Arafah, rimane proprietario della cosa da lui data in pegno » [42].

Da ciò varie conseguenze [43]:

---

[41] *Mud.*, XIV, 2, 15, 30; Ḫalīl, h. t., n. 15 (*a*), 25; Zurqānī, V, 250; Mayyārah, I, 109; Tasūlī, I, 159; *Minhāǧ*, I, 234: non sarebbe atto di disposizione dar marito alla schiava o il commercio sessuale con questa (Sciafiiti).

[42] Zurqānī, V, 249.

[43] *Mud.*, XIV, 4, 25; Ḫalīl, h. t., n. 25 (*a–b*); X, n. 5 e nota 44: *P. C. T.*, a. 1778–1779. Gli Sciafiiti ritengono invece che, costituendo il pegno, il debitore si spogli del diritto di disporne, quindi non può oppignorare lo stesso oggetto ad altri, dar marito alla schiava, aver commercio con questa: *Minhāǧ*, I, 436. Il debitore conserva tuttavia il diritto di farne uso, se questo sia tale da non diminuirne il valore.

a) Il debitore può, *prima della tradizione*, alienare la cosa su cui ha costituito il pegno; s'intende che il pegno si trasferisce in questo caso sul prezzo dovuto – *pretium succedit loco rei*. – Anche *dopo la tradizione* del pegno al creditore, il debitore ha facoltà di alienare la cosa oppignorata. Il creditore può far rescindere questa vendita e rifiutare di consegnare il pegno da lui detenuto in due casi:

1° quando il prezzo è inferiore all'ammontare del debito, salvo che il debitore offra di completare la differenza;

2° se il credito non è scaduto e consiste in cose mobili (" 'urūḍ "), e non in numerario, perchè il creditore di cose mobili non può essere costretto a ricevere il suo credito prima della scadenza.

Se il creditore ratifica la vendita, egli ha diritto al rimborso immediato.

b) Il debitore affranca validamente lo schiavo su cui ha costituito un pegno; il debito, in questo caso, diventa esigibile subito, se il debitore è solvente; se non lo è, l'affrancamento è subordinato all'estinzione del debito [44].

c) Se il debitore sottrae clandestinamente il pegno al creditore, egli non è passibile della pena del furto, poichè *furtum rei suae non fit*, come in diritto romano [45].

§ **264.** Ricevendo il pegno, il creditore assume gli obblighi stessi del depositario [46], tanto più che quel deposito è stato fatto nel suo interesse.

Egli è tenuto quindi [47]:

a) a curare la conservazione del pegno, con diligenza anche maggiore di quella richiesta nel deposito ordinario; egli non può farne alcun uso, perchè il pegno gli è stato affidato allo scopo speciale di garantire il suo credito e non di goderne; il godimento che ne traesse costituirebbe un *furtum usûs* (" ta'addī ") [48];

---

[44] Ḫalīl, h. t., n. 26; *Minhāǧ*, I, 435.

[45] Ḫalīl, XXXVII, n. 71. Cf. *Inst.*, IV, § 1, 10; *Digest.*, 47, 2; 19 § 6, 26 § 1, 66.

[46] *Minhāǧ*, I, 441.

[47] *Mud.*, XIV, 18; Ḫalīl, h. t., n. 27 (1° comma) e nota 112, n. 33; Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 107; *P. C. T.*, a. 1810, 1812, 1813, 1815, 1821; per gli Sciafiiti sarebbe colpevole di fornicazione (" zinā ") se avesse commercio colla schiava, salvo errore di diritto scusabile: *Minhāǧ*, I, 442.

[48] Le tradizioni gli danno facoltà di servirsi del pegno in proporzione delle spese che deve sostenere per conservarlo: Buḫārī, *rahn*, n. 4.

b) a restituirlo appena soddisfatto del suo credito, nello stato in cui lo ha ricevuto, assieme ai frutti ed alle accessioni che nel frattempo vi si sono venute aggiungendo.

« Il creditore, dice az-Zurqānī [49], risponde del pegno dal momento in cui l'ha ricevuto fino al momento in cui lo restituisce al suo proprietario, ed anche se il credito sia dichiarato nullo o già estinto mediante il pagamento [50]; la estinzione del debito non ha per effetto di rendere il creditore semplice depositario del pegno; egli continua a rispondere del pegno nella qualità che aveva quando l'ha ricevuto, cioè quale creditore pignoratizio », salvo ch'egli ne abbia offerto la restituzione al creditore e questi lo abbia pregato di ritenerlo, nel qual caso il pegno assume carattere di deposito.

§ **265.** Il pegno è per sua natura indivisibile [51]. Quando il credito è unico, « ogni frazione del pegno garantisce ogni frazione del credito » (Ibn 'Arafah); se il pegno si compone di più oggetti diversi, ciascuno di questi garantisce il credito intero. Il pagamento o la estinzione *pro parte* del debito non dà diritto alla restituzione di una parte proporzionale del pegno, il quale rimane vincolato per intero fino alla totale estinzione del debito. Del pari la evizione di una parte del pegno lascia intatto il diritto del creditore sulla parte non evitta.

Il pegno garantisce anche gli accessori, cioè le spese ordinarie di conservazione cui ha dovuto sottostare il creditore (vedi § 267). S'intende che, per il diritto musulmano, non è a parlare d'interessi.

È nullo [52] il patto che esonera il creditore da qualunque responsabilità riguardo al pegno, « perchè, dice lo stesso az-Zurqānī, il debitore non può rinunciare preventivamente ad un diritto che non ha ancora acquistato, ed anche perchè un patto simile è sempre sospetto » [53].

§ **266.** Se il creditore [54] non può restituire il pegno quale lo ha ricevuto, perchè smarrito o perito o deteriorato, egli risponde sempre,

---

[49] Zurqānī, V, 258.

[50] Ed anche se il debito gli è stato rimesso e donato: Tasūlī, I, 158.

[51] *Mud.*, XIV, 3-4, 16; Ḫalīl, h. t., n. 35; Zurqānī, V, 258; Dardīr-Dasūqī, III, 225; Ibn 'Āṣim, v. 245; Mayyārah, I, 117; Tasūlī, I, 169-170; Ḫiršī, V, 259; *Minhāǧ*, I, 446.

[52] *Mud.*, XIV, 9; Ḫalīl, h. t., n. 33 e note 135-137; Tasūlī, I, 158; *'Amaliyyāt*, 449; *P. C. T.*, a. 1921.

[53] Zurqānī, V, 255.

[54] *Mud.*, IV, 68; X, 29; XIV, 17; *Muwaṭṭa'*, III, 189; Ḫalīl, h. t., n. 33 e note 136-137; Ibn 'Āṣim, v. 230-231; Mayyārah, I, 107 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 158; Dasūqī, III, 222; cf. *P. C. T.*, a. 1813, 1817; *Minhāǧ*, I, 432, 442.

tanto del proprio fatto (colpa o dolo), quanto se abbia abusivamente adoprato la cosa (" ta'addī " = *furtum usûs*) ed abbia con ciò dato occasione al sinistro.

Il creditore è pertanto esonerato dal danno dipendente da forza maggiore o dal fatto di un terzo, a lui non imputabile. Spetta a lui, naturalmente, far la prova della forza maggiore che allega. Ma anche qui ricorre una distinzione, assai frequente nel diritto islamico: la distinzione, cioè, tra le cose che si possono agevolmente celare o trafugare (" ma yuġābu 'alayhi ") e quelle che non si possono trafugare (" mā lā yuġābu 'alayhi "). Le prime, come sappiamo, sono le cose mobili in genere (gioie, gemme e altri valori); le seconde sono gl'immobili (" 'aqār ") ed anche i *beni animati* (schiavi, animali), perchè questi sono meno facili a nascondere che non una cosa mobile qualunque. Ciò posto, quando si tratta di cosa di facile trafugamento, il creditore deve provare con precisione il fatto fortuito di cui si prevale per esonerare la propria responsabilità: non basterà, per esempio, che provi l'incendio della casa o del deposito, ma deve provare altresì che l'oggetto pignorato vi si trovava; non è tenuto però a provare che l'incendio è avvenuto senza sua colpa, perchè la colpa non si presume e chi l'allega deve provarla. Tuttavia una dottrina autorevole (al-Māzarī, al-Bāǵī) ritiene che basti al creditore provare la forza maggiore (per esempio, l'incendio della casa o deposito ov'era il pegno), senza essere tenuto anche a dimostrare che il pegno vi è perito. Quando si tratta, invece, della seconda categoria di cose (cose non facili a trafugare = immobili, animali ecc.), basta che il creditore giuri [55] che il pegno è perito senza sua colpa nè dolo, o che è perduto (" ḍā'i' "), cioè smarrito o trafugato o tolto con violenza, e ch'egli non sa dove si trovi, salvo la prova contraria ch'è sempre riservata al debitore, se può dimostrare che il pegno non è perito o distrutto, ma che esiste tuttora, o che è perito per colpa del debitore. È evidente che per gl'immobili il giuramento del creditore è diretto a provare non già il perimento, fatto materiale ed accertabile, ma la mancanza di dolo o colpa del creditore nel sinistro.

Il creditore risponde del pegno [56] nel limite del valore che aveva il giorno in cui l'ha ricevuto, e deve restituire sia una quantità e

---

[55] Si discute se questo giuramento sia giuramento di sospetto (" yamīn tuhmah ") o giuramento necessario (" yamīn aṣālah " *lett.* « originario »).

[56] Ibn 'Āṣim, v. 232; Tasūlī, I, 158.

qualità di cose simili, se si tratta di cose fungibili, sia il valore di stima, se di cose infungibili (" muqawwam ").

La responsabilità del creditore è esclusa:

a) se il pegno perito era stato affidato ad un terzo depositario incaricato dalle parti di conservarlo per conto comune;

b) se il pegno non sia stato rimosso dal luogo ove si trovava (per esempio, se si tratta di piante o di un immobile o di una merce depositata in un pubblico deposito).

Il rischio del perimento nei casi sopra indicati spetta al debitore, ed ad lui spetta pure l'eventuale azione di risarcimento, qualora, per esempio, il pegno sia perito per fatto di un terzo.

Se sia incerto o contestato l'oggetto o il valore del pegno [57], si prenderà come base per calcolarlo la cifra del debito. Se, per esempio, le parti concordano nel fissare la cifra del debito a mille ed il creditore offra di restituire un oggetto del valore di cento, affermando che quello era il pegno a lui rimesso, mentre il debitore asserisce che il pegno era di maggior valore, prevarrà l'affermazione giurata del debitore, perchè nel dubbio non si presume che un oggetto del valore di cento sia stato dato per garantire un debito di mille. La questione rimane tuttavia controversa.

§ **267.** Il creditore, il quale restituisce il pegno, ha diritto al rimborso delle spese ordinarie fatte per la conservazione del pegno [58]; le quali costituiscono un credito personale del creditore verso il debitore, ma non gli conferiscono il diritto di ritenere il pegno per farsi rimborsare, salvo patto contrario.

Solo le spese straordinarie fatte nell'interesse del pegno possono conferire al creditore il diritto di ritenzione per esserne rimborsato [59]. « Il creditore, dice az-Zurqānī, il quale riceve in pegno una cosa che richiede mantenimento, per esempio, un animale, si presume

---

[57] Ibn ʿĀṣim, v. 249; Mayyārah-Raḥḥāl, I, 118; Tāwudī-Tasūlī, I, 170-171; *Minhāǧ*, I, 446.

[58] *Mud.*, XIV, 6, 11; XVI, 253; Ḫalīl, h. t., n. 30, 32 e note 123, 127, 129; Dardīr-Dasūqī, III, 219, 221; *Minhāǧ*, I, 441: la spesa del pegno incombe al debitore.

[59] Mālik distingue il pegno che richiede spese speciali di conservazione, per es., un branco numeroso di schiavi; allora la spesa è a carico del debitore. Se invece il pegno non richiede spese speciali (per es., uno schiavo singolo, una veste ecc.), il creditore, potendolo conservare da sè, non ha diritto d'imputare spese speciali per la conservazione. In senso contrario è Ibn al-Qāsim: cf. Tasūlī, I, 161.

abbia accettato l'obbligo di provvedere a quelle spese [60] e, se non ha stipulato che il pegno garantirebbe anche quelle spese, non ha più contro il debitore che un'azione personale, come se avesse fatto a quest'ultimo un mutuo senza pegno. Invece, trattandosi di spese straordinarie, in difetto delle quali la cosa sarebbe perita (per esempio, il franamento di un pozzo destinato a irrigare le coltivazioni e che ha dovuto esser riparato), non si può presumere che il creditore abbia tacitamente accettato di sopportare quelle spese; e poichè la conservazione delle coltivazioni e delle piante è il risultato delle spese da lui fatte, bisogna in primo luogo prelevare quelle spese dal valore del pegno, prima di rimborsare il capitale del debito... » [61]. Qualora il pegno non basti per il rimborso delle spese e del debito, è controverso se il creditore abbia azione per ripetere la eccedenza di spesa da lui fatta [62].

§ **268.** Fin qui degli effetti del pegno rispetto ai contraenti nell'ipotesi che il debito sia regolarmente pagato.

Se il debito non viene pagato [63], gli effetti del pegno sono determinati dalla natura stessa del contratto; ora il pegno è un deposito, fatto allo scopo di assicurare al creditore il soddisfacimento di quanto gli è dovuto; finchè il debito non sia pagato, il creditore ha quindi il diritto di trattenere il pegno; ma non ne avrebbe altro, a rigore. Il contratto di pegno non conferisce per se stesso al creditore il diritto di vendere la cosa oppignorata in caso di mancato pagamento; così l'intendeva anche il diritto romano [64]. Quindi, se il debito non viene pagato, il creditore dovrà dirigersi al giudice, per ottenere da lui la liquidazione del pegno ed il soddisfacimento del suo credito.

Il divieto fatto nel contratto al creditore di liquidare il pegno, in caso di non pagamento, non ha efficacia, perchè, dicono i commentatori di Ḫalīl, « la tradizione del pegno e la sua liquidazione in caso di non pagamento fanno parte sostanziale del contratto di pegno » [65].

---

[60] Tasūlī, I, 163: « il mantenimento dello schiavo (pignorato) è a carico del pignorante . . . ».

[61] Zurqānī, V, 254; *P. C. T.*, a. 1822; cf. *Digest.*, 20, 4, 5–6.

[62] Cf. Ḫalīl, h. t., note 129–130.

[63] Ḫalīl, h. t., n. 28, 29 e note 116–122; Zurqānī, V, 241; *Minhāǧ*, I, 432, 441–442; Sachau, p. 334; *P. C. T.*, a. 1783, 1813, 1824.

[64] Gai., II, 60; *Digest.*, 43, 26, 6 § 4 § 11.

[65] È nulla l'autorizzazione data dal debitore al creditore di liquidare il pegno prima della scadenza, per modo da ottenere il pagamento anticipato del debito: *Minhāǧ*, I, 438.

Sarebbe nullo parimenti il patto che desse al creditore il diritto di appropriarsi il pegno in caso di non pagamento (*lex commissoria*): " lā yaġlaqu ar-rahn " dice un " ḥadīṯ " assai antico, poichè si trova già nell'*al-Muwaṭṭa'*. Questo patto, se inserito nel contratto, è ragione di nullità del contratto stesso; se stipulato separatamente, si considera non scritto [66].

È valido, tuttavia, il mandato conferito al creditore, *dopo* la costituzione del debito, ma *prima* della scadenza, di vendere il pegno in caso di non pagamento [67]. Il mandato dev'essere dato *dopo* la costituzione del debito e *prima* della scadenza, perchè, se fosse conferito nell'atto stesso che costituisce il debito o alla scadenza di questo, sarebbe un mandato coattivo (" wakālat iḍṭirār "), poichè il debitore sarebbe in certo modo coartato a darlo dalla imminenza del debito. La giurisprudenza più recente è meno rigorosa e ritiene valido il mandato di vendere, tanto se dato nell'atto costitutivo del debito, quanto dopo.

Quando il pegno è stato rimesso ad un terzo depositario, il mandato di vendere può anche essere dato a quest'ultimo.

Il mandato di vendere è irrevocabile, poichè il creditore è, in questo caso, un mandatario in *rem suam*.

Il " qāḍī " al quale vien chiesta dal creditore la vendita del pegno non deve concederla che a ragion veduta. « Il " qāḍī ", dice Ibn Rušd, non autorizza il creditore a vendere il pegno se non dopo che questi gli ha somministrato la prova della esistenza del credito, della esistenza del pegno, del diritto che aveva il debitore di disporne, e dopo aver fatto prestare giuramento al creditore ch'egli non ha rinunciato al suo credito, che non ne ha ricevuto l'ammontare e che non l'ha ceduto ad altri » [68].

La vendita del pegno deve farsi pubblicamente e solo per quella parte che basti a pagare il debito, quando il pegno è divisibile, osservando quelle forme che saranno prescritte dal giudice per assicurare la regolarità delle operazioni. Se la vendita produce una

---

[66] *Mud.*, XIV, 26; *Muwaṭṭa'*, III, 188; Ibn Āṣim, v. 246; Mayyārah, I, 117; Tasūlī, I, 170; Ḫalīl, h. t., n. 29 in f. e nota 97; *P. C. T.*, a. 1835; *Minhāǧ*, I, 442.

[67] Ibn 'Āṣim, v. 240–241; Mayyārah, I, 114–115; Tāwudī–Ṭasūlī, I, 166–167; Ḫalīl, h. t., n. 28; *P. C. T.*, a. 1835.

[68] Ap. Bannānī, V, 253.

eccedenza sulla somma dovuta, questa eccedenza sarà rimessa al debitore od a chi ha per lui somministrato il pegno [69].

§ **269.** B) *Effetti del pegno rispetto ai creditori.*

Il pegno può essere dato per assicurare i crediti di più creditori diversi: « Colui, dice az-Zurqānī, che ha dato un pegno del valore di cento per garantire un debito di cinquanta può validamente pignorare l'eccedenza di quel valore a profitto di un altro creditore » [70].

In questo caso, il primo creditore, in possesso del pegno, lo detiene per conto proprio e per conto del secondo creditore, quando al primo sia stata regolarmente denunciata l'esistenza del secondo credito. Si richiede però la sua accettazione « perchè, dicono i Malichiti, egli non può possedere per il secondo creditore se non vi consente ».

Tra i creditori la priorità è determinata dalla data dell'atto costitutivo del credito: in altri termini, « quando l'eccedenza di valore del pegno è stata assegnata ad un secondo creditore col consenso del primo ed il secondo debito scade prima del primo, il pegno viene diviso tra i due, purchè sia divisibile e possa dividersi senza deprezzamento; altrimenti, il pegno viene venduto e sul prezzo si pagano i due creditori, pagando per primo colui che ha un credito anteriore... ».

Rispetto agli altri creditori (non pignoratizi) il pegno conferisce al creditore che lo possiede, il diritto di essere rimborsato, per privilegio, della somma per la quale la cosa è stata oppignorata.

§ **270.** C) *Effetti del pegno rispetto ai terzi.*

Il creditore pignoratizio ha il diritto di rivendicare il pegno da qualunque terzo, se ne abbia perduto il possesso involontariamente. Così la fuga dello schiavo oppignorato non estingue il pegno, nè lo estingue la violenza per cui un terzo, od anche il debitore stesso, si siano impossessati della cosa [71].

SEZIONE III. — Estinzione del pegno.

§ **271.** Il pegno, essendo un'obbligazione accessoria, si estingue quando la obbligazione principale si estingue o è dichiarata nulla [72].

---

[69] Tasūlī, I, 167–168; *P. C. T.*, a. 1824; cf. *Cod.*, VIII, 28, 20; *Digest.*, 13, 7, 42, 6 § 1, 24 § 2.

[70] Ḫalīl, h. t., n. 12 e note 34–35; *Minhāǧ*, I, 433; *P. C. T.*, a. 1837.

[71] *P. C. T.*, a. 1843.

[72] Ḫalīl, h. t., n. 14 (*b–c*) e note 46–48; *Minhāǧ*, I, 446.

Il pegno si estingue, anche indipendentemente dalla obbligazione principale [73]:

1° Per la rinunzia del creditore al pegno [74], la quale risulta da ogni atto da cui si desume la sua volontà di rinunziarvi, e quindi se volontariamente egli rimetta l'uso o il possesso del pegno al debitore od a persona molto prossima al debitore (il figlio o la moglie di questo, o un suo amico di fiducia) a titolo di comodato senza pattuire la restituzione, od anche di deposito, di locazione; così se autorizza il debitore ad abitare la casa oppignorata, od a locarla in proprio nome, o a disporne in altro modo [75].

Il creditore conserva tuttavia il diritto di rivendicare la cosa, malgrado quei fatti, giurando che con ciò non intendeva rinunciare al pegno, purchè nel frattempo non sia intervenuto un impedimento che si opponga alla sua reintegrazione nel possesso, e cioè l'affrancamento dello schiavo dato in pegno, la costituzione della cosa in " waqf ", la vendita fatta dal debitore ad un terzo, il quale si trovi già in possesso, la morte o la dichiarazione di insolvenza del debitore. In tutti questi casi si costituisce infatti, a favore dei terzi, un diritto il quale impedisce la reintegrazione del creditore nel suo privilegio sul pegno.

2° Colla risoluzione del diritto che il costituente aveva sulla cosa da lui data in pegno (per esempio, se viene dato in pegno un servo affrancato per contratto (" mukātab ") e questi paghi quanto doveva).

3° Colla confusione.

4° Col perimento della cosa su cui era costituito il pegno [76].

La morte del debitore e quella del creditore non hanno influenza sulla sussistenza del pegno. Gli eredi succedono, in questo caso, ai diritti ed agli obblighi dei loro autori.

Il debito non si prescrive finchè dura il possesso del pegno [77].

---

[73] *Mud.*, XIV, 16; Ḫalīl, h. t., n. 15 (a).

[74] *Mud.*, XIV, p. 33, 40; XV, p. 109; Ḫalīl, h. t., n. 15 (b–d) e note 56–57; Mayyārah, I, 109, 111 pr.; Tāwudī–Tasūlī, I, 160–161; *P. C. T.*, a. 1845–1846.

[75] Il semplice fatto di aver autorizzato il debitore a riprendere possesso, non seguíto da consegna effettiva, basta a far decadere il creditore ? Questione controversa: Tasūlī, I, 161; Ḫalīl, h. t., note 54, 57.

[76] *Minhāǧ*, I, 446.

[77] Ibn Farḥūn, II, 85.

CAPITOLO II.

Ipoteca.

§ **272.** Il diritto islamico non conosce l'ipoteca [78], poichè il privilegio non si stabilisce senza possesso effettivo della cosa pignorata. Ne viene per conseguenza che l'ipoteca legale e l'ipoteca giudiziaria, così frequenti nel diritto romano e nel nostro diritto comune, sono ignote agli Arabi.

L'ipoteca si stabilisce, nel diritto consuetudinario dei vari paesi d'Oriente, mediante un atto pubblico di costituzione di pegno e la tradizione al creditore del titolo o titoli di proprietà del fondo oppignorato.

A supplire all'ipoteca il diritto islamico ricorre alla vendita con patto di riscatto o fiducia (*contrat pignoratif* dell'antico diritto francese), detta " bay' aṯ-ṯunyā " dai Malichiti, " bay' al-wafā' " o " bay' al-amānah " dai Ḥanafiti [79], e di cui abbiamo detto parlando delle varie specie di vendita (Lib. VIII, § 45.

TITOLO II.

Della fidejussione (" ḍamān " " ḥamālah ") [80].

§ **273.** « La fidejussione (" ḍamān "), dice Ibn 'Arafah, è il contratto con cui il creditore fa assumere da un terzo l'obbligazione del debitore senza però estinguere quest'ultima » [81]; in altri termini, il

---

[78] Tornauw, ZVRW, V, 167–168. Erroneamente il Perron parla d'ipoteca nella sua versione di Ḫalīl, vol. III, 515, 517, 545, 556.

[79] Ibn 'Āṣim, v. 806; Zurqānī–Bannānī, V, 88; Tasūlī, II, 8; Mayyārah, II, 3; *Maǵallah*, a. 32, 118, 196, 396–403; *P. C. T.*, a. 1857, 799, 1782; *Projet Algér.*, art. 642–680 (p. 434 sg.). Il diritto consuetudinario algerino e tunisino distingue la " rahniyyah ", che è il pegno propriamente detto in cui l'oggetto pignorato è rimesso in potere del creditore, e la " tsenia " (" ṯunyā ") che ha forma di vendita con patto di riscatto (*vente à réméré*).

[80] *Muwaṭṭa'*, III, 213; *Mud.*, XIII, 102 sg.; Ḫalīl, XVIII per tot.; Mayyārah, I, 119; II, 40; Ġazālī, I, 143; *Minhāǵ*, II, 40; III, 139; Sachau, 391 sg.; *P. C. T.*, a. 1707 sg.

[81] Mayyārah, I, 119; Tasūlī, I, 173.

contratto con cui taluno si obbliga ad adempiere la obbligazione del debitore, qualora questi non vi soddisfi.

La fidejussione è pertanto, al pari del pegno, un'obbligazione accessoria di garentía e si considera atto di liberalità verso il debitore [82].

Sezione I. — Elementi costitutivi ("arkān").

Gli elementi costitutivi (" arkān ") della fidejussione sono:

I. *I contraenti*, cioè:

a) il fidejussore (" ḍāmin, kafīl, za'īm ");

b) il creditore cui viene prestata la garentía (" al-maḍmūn lahu ").

II. *L'oggetto*, cioè:

a) il debitore per cui vien prestata la garentía (" al-maḍmūn ", ed anche " al-maḍmūn bihi "; gli Sciafiiti lo chiamano " al-maḍmūn 'anhu ");

b) il debito che ne forma oggetto (" al-maḍmūn fīhi "; gli Sciafiiti lo chiamano " al-maḍmūn bihi ").

III. *La forma* (" ṣīġah ") o espressione della volontà reciproca delle parti, diretta a costituire la garentía.

I. – *Subietti* [83]. — È capace di prestar cauzione solo chi è capace di fare una liberalità (" ahliyyat at-tabarru' "), cioè il libero, pubere *sui juris* (" rašīd ").

È quindi nulla la fidejussione data dall'alienato di mente (" maġnūn "), dal deficiente (" safīh "), dal prodigo interdetto, dall'impubere, anche se autorizzati dal tutore o curatore.

Hanno capacità limitata di prestar cauzione:

a) la donna maritata, la quale non può, senza il consenso del marito, dar cauzione per un valore eccedente il terzo del suo patrimonio, salvo che questa cauzione sia data dalla donna per il proprio marito, perchè questa limitazione, essendo posta nell'interesse del marito, verrebbe a ritorcersi contro di lui se la moglie non potesse garentirlo oltre il limite assegnato;

---

[82] *Muwaṭṭa'*, III, 214; Ḫalīl, h. t., n. 1; Ḫiršī, VI, 21; Dardīr–Dasūqī, II, 289.

[83] *Mud.*, XIII, 125–131; Ḫalīl, h. t., n. 2; Dardīr–Dasūqī, III, 289; Ḫiršī, VI, 22; Tasūlī, I, 176–178; *Minhāǧ*, II, 40; Zeys, I, 361.

b) il malato grave, se soccombe a quella malattia, non può dar cauzione oltre un terzo dei suoi beni, salvo il consenso o la ratifica dei suoi eredi ;

c) l'insolvente od oberato non può dar cauzione se non con il consenso dei creditori ;

d) lo schiavo non può dar cauzione senza l'autorizzazione del padrone; ma questa può essere fatta valere sul suo peculio, se egli l'ha assegnato in garanzia.

Lo schiavo autorizzato a commerciare (" ma'ḏūn lahu ") non può prestare fidejussione senza il consenso del padrone, secondo i Malichiti; tuttavia, secondo gli Sciafiiti, la sua fidejussione lo obbliga fino a concorrenza dei beni da lui amministrati [84]. Analogo è il caso dello schiavo " mukātab ", ossia che ha stipulato l'affrancamento mediante riscatto.

Quanto al creditore, è controverso tra gli Sciafliti se si richieda la sua accettazione per la validità della fidejussione; ma è pacifico che questa deve essere a sua notizia, perchè in forza della fidejussione il creditore acquista « una nuova autorità » che si aggiunge a quella ch'egli ha sul debitore, e nessuno può acquistare un diritto se non vi consente [85].

Il consenso del debitore garantito non si richiede per la validità della fidejussione. La fidejussione può essere data per un assente ed anche per un defunto, perchè si può pagare il debito di un altro senza ch'egli lo sappia [86], ed anche, secondo i Malichiti, contro la sua volontà, purchè ciò non si faccia a scopo malizioso, collo scopo, cioè, di acquistare un diritto contro di lui per vessarlo o trarre da lui un vantaggio illecito.

§ **274.** II. – *Oggetto* (" al–maḍmūn bihi ") [87].

La fidejussione presuppone sempre un'obbligazione principale, cui accede.

Secondo i Malichiti, non occorre che la obbligazione garantita dal fidejussore sia precisamente determinata, e nemmeno che sia

---

[84] Sulle distinzioni degli Sciafiiti nella specie: Sachau, 392–393.

[85] Sachau, 391; *Waǵīz*, I, 183; *Minhāǵ*, II, 40.

[86] *Waǵīz*, I, 183; Sachau, 391.

[87] Buḫārī, *kafālah*, n. 3; *Mud.*, XIII, p. 68; Ḫalīl, h. t., n. 3 e nota 8; n. 5 e note 17; 19, 21; n. 6[bis] e nota 30; n. 19 e nota 67; Dardīr–Dasūqī, III, 294; Ḫiršī, VI, 26; Tasūlī, I, 173; Sachau, p. 393, § 1.

attualmente esistente[88]. Si può garantire una obbligazione futura, o condizionale, od eventuale, per esempio, quella nascente da evizione o da vizio redibitorio, nel qual caso l'effetto della fidejussione è subordinato all'avverarsi della obbligazione prevista[89]. Si può garantire un'obbligazione imperfetta per mancanza di capacità del debitore, e quella di un debitore morto insolvente; in questo caso, la fidejussione ha il carattere di mera liberalità. Si può anche garantire un'obbligazione di cui s'ignori il creditore, secondo i Malichiti, dicendo: « Garantisco quanto è dovuto da Tizio »; quest'ultima forma di garantire non è valida secondo gli Sciafiiti[90].

La fidejussione può accedere ad una obbligazione accessoria[91]; in altri termini, si può garantire l'obbligazione di un fidejussore, di un fidejussore di fidejussore, e via dicendo.

L'obbligazione del fidejussore non può essere più onerosa dell'obbligazione principale, nè avere un oggetto diverso da quella. Può essere più onerosa quanto al termine, cioè esser dovuta alla scadenza d'un tempo più breve o esser dovuta subito, mentre l'obbligazione principale è a termine, purchè il debitore principale rinunci al beneficio del termine[92].

L'obbligazione del fidejussore può essere meno onerosa dell'obbligazione principale, cioè aver per oggetto la garanzia di una parte del debito, o avere condizioni meno onerose, o essere a termine, mentre l'obbligazione principale è già scaduta.

Non può essere oggetto di fidejussione:

1° La obbligazione che ha oggetto illecito[93], per esempio, un mutuo fruttifero o altro negozio usurario, una vendita di vino o altra cosa fuori commercio, una vendita di derrate prima di averne ricevuto consegna.

---

[88] Secondo gli Sciafiiti, il debito garantito dev'essere *certo* (" ṯābit "), cioè determinato in una certa somma o valore, o fino ad un certo massimo: *Minhāǧ*, II, 41; Sachau, 394–395.

[89] *Mud.*, XIII, 68. Questa specie si chiama *fidejussione eventuale* o *futura* (" ḥamālah mutaraqqabah "); Tasūlī, I, 174, 176, l. 5 dal b., 177,5; 178, 180; per esempio, se dica: « garantisco quanto sarà liquidato a carico del tale » ovvero « quanto risulterà dovuto dal tale a titolo di danni », il garante può recedere dalla sua dichiarazione finchè il debito non sia accertato.

[90] Sachau, 391.

[91] *Mud.*, XIII, p. 116; Ḫalīl, h. t., n. 3 (b).

[92] Ḫalīl, h. t., n. 4; Ḫiršī, VI, 23, 24; Dardīr–Dasūqī, III, 290–291; *'Amaliyyāt*, p. 223; Tasūlī, I, 182; *P. C. T.*, a. 1720.

[93] Opinione prevalente sulla controversia: Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 120.

2° La obbligazione che il fidejussore non potrebbe soddisfare in vece del debitore principale, quale ad esempio, una pena corporale, od un fatto che l'obbligato deve compiere personalmente [94].

3° La obbligazione impossibile, cioè quella di chi si obbliga a consegnare, in caso di perimento o di perdita, una cosa individuata (" 'ayn ") e non costituibile (deposito [95], comodato), in quanto la obbligazione si riferisce alla restituzione di quella identica cosa: si può bensì garantire il risarcimento dovuto per causa di colpa o di dolo incorso in quei casi.

4° La obbligazione nascente da un contratto di riscatto (" kitābah ") stipulato dallo schiavo, perchè questa obbligazione non è tale, per sua natura, da essere capace di esecuzione. Se lo schiavo non paga il riscatto, egli ricade in schiavitù, ma non può essere costretto a pagare [96].

§ **275.** La fidejussione è un contratto di beneficenza, come il mutuo; ogni stipulazione di compenso in favore del fidejussore da parte sia del creditore che del debitore, sarebbe ragione di nullità della cauzione [97], poichè il fidejussore, se paga, avrebbe diritto al rimborso del debito che ha pagato, più il compenso pattuito, il che convertirebbe la garanzia in un negozio usurario (" ribā ") nel senso lato di questa espressione in diritto islamico [98].

Perciò la stipulazione di compenso in favore del fidejussore può essere causa di nullità qualunque sia la forma che riveste il compenso stipulato, per esempio, se il fidejussore dice al debitore: « ti garantisco a patto che in un altro affare, o in una certa occasione determinata, tu mi garantisca ». Si eccettua il caso in cui due persone acquistino o vendano una merce congiuntamente, cioè garantendo solidalmente il prezzo o la garentia dovuta per l'evizione e i vizi redibitori; e così quando due o più conchiudano fra loro un mutuo, un " qirāḍ " o altro negozio, colla garentia solidale di tutti gl'interessati (opinione prevalente) [99].

---

[94] Ḫalīl, h. t., n. 6bis e nota 29; Tasūlī, I, 173; *P. C. T.*, a. 1714.

[95] Tasūlī, I, 173.

[96] Mayyārah, II, 202; *Minhāǧ*, II, 41.

[97] Ḫalīl, h. t., n. 19; Ibn 'Āṣim, v. 254–256; Mayyārah, I, 120; Ibn Salmūn, II, 223; *P. C. T.*, a. 1724; Tasūlī, I, 174.

[98] La nullità della cauzione non nuoce alla validità del negozio garantito.

[99] Tasūlī, I, 175; *'Amaliyyāt*, 224.

Il fidejussore non può subordinare la sua garanzia alla condizione che il debitore principale sarà liberato [100].

III. – *Forma.* — La fidejussione [101] non richiede forma speciale: quali che siano i termini adoperati, si costituisce, purchè venga espressa precisamente la volontà di assumerla. Può essere subordinata a condizione od a termine diversi da quelli dell'obbligazione principale [102].

Il mandato di far credito ad una persona [103] implica l'impegno di garantirla, quando dalle circostanze risulti che il mandante intendeva dar cauzione per colui al quale ha fatto aprire il credito. Il mandante risponde in questo caso, nel limite di quanto si può presumere ragionevolmente tenendo conto della natura dell'affare e delle circostanze, e può revocare la sua garanzia finchè il mandatario non abbia iniziato le operazioni con la persona a lui raccomandata [104].

Sezione II. — Effetti della fidejussione tra il fidejussore e il creditore.

§ **276.** Il fidejussore risponde del debito intero, cioè del debito principale e degli accessori eventuali.

Ne risponde solo nel caso che il debitore non adempia ai suoi obblighi. Se il debitore vi adempia solo parzialmente, il fidejussore risponde della parte che rimane insoluta [105].

Il fidejussore non può pertanto essere compulsato dal creditore se non quando il debitore abbia lasciato trascorrere la scadenza senza adempiere l'obbligazione (nel qual caso è detto " mumāṭil ") o sia dichiarato insolvente.

Il fidejussore può anche esigere di essere liberato dal creditore qualora questi, potendo esercitare utilmente la sua azione contro

---

[100] *Minhāǧ*, II, 46; Sachau, 395.

[101] *Mud.*, XIII, 105–106; Ḫalīl, h. t., n. 7 e note 31–32; Ibn ʿĀṣim, v. 259; Ḫiršī, VI, 25; Tasūlī, I, 173; Dasūqī, III, 293; Mayyārah, I, 119; Zeys, I, n. 362.

[102] Cf. *Minhāǧ*, II, 95; Sachau, 392.

[103] È controverso se colui che dice: « Puoi trattare col tale, è uomo onesto » o « degno di fiducia », abbia anche inteso garantire il raccomandato.

[104] *Mud.*, XIII, 110; Ḫalīl, h. t., n. 2 e 6 e note 20, 25, 27; Zurqānī–Bannānī, VI, 25; Ḫiršī, VI, 25; Dardīr–Dasūqī, III, 292; Tasūlī. I, 176, 4 dal b.

[105] Ibn ʿĀṣim, v. 257; *ʿAmaliyyāt*, p. 224; Ibn Salmūn, II, 223. Per gli Sciafiiti il fidejussore risponde solidalmente col debitore e può essere compulsato con lui, a scelta del creditore: *Minhāǧ*, II, 46.

il debitore, tralasci di far uso del suo diritto, ponendo in pericolo la sicurezza del credito [106].

Egli può esigere [107] che il creditore escuta il debitore principale prima di procedere contro di lui, quando il debitore è presente e solvente (*beneficium excussionis*). Il fidejussore non può tuttavia esercitare questo diritto :

1° Quando si è obbligato solidalmente col debitore principale.

Le Scuole malichite di Spagna e di Affrica (salvo quelle di Tunisi e di Egitto) non ammettono il *beneficium excussionis* [108]. Quelle Scuole ritengono che il fidejussore è obbligato solidalmente col debitore principale e può essere compulsato nello stesso tempo, secondo che piaccia al creditore dirigersi al fidejussore o al debitore od a tutti e due nello stesso tempo, salvo patto contrario. Era questa la dottrina di Mālik in un primo tempo, poi da lui abbandonata.

2° Quando il debitore è assente, e la esecuzione sui suoi beni sia divenuta notevolmente più difficile per motivo di quest'assenza o per il cambiamento della sua residenza.

3° Quando i beni del debitore siano già gravati da ipoteca, o siano palesemente insufficienti a soddisfare il debito.

Se il creditore è garantito da un pegno, egli deve anzitutto escutere il pegno, salvo che questa escussione richieda lungo tempo od i beni si trovino a grande distanza [109].

La proroga del termine concesso al debitore obbliga anche il fidejussore [110] :

a) quando il debitore versava in grandi strettezze ed era inabile a pagare, poichè la proroga in questo caso è imposta dalla legge (*Corano*, II, 280) ;

b) anche se il debitore sia solvente, ma il fidejussore non si sia opposto alla proroga o non ne sia informato. Se il fidejussore, informato della proroga, pretenda esser con ciò liberato dalla garanzia, il creditore deve prestare giuramento che, concedendo la proroga, non intendeva liberare il fidejussore.

---

[106] Ḫalīl, h. t., n. 16 e nota 57; Ḫiršī, VI, 29.

[107] *Mud.*, IX, p. 62; Ḫalīl, h. t., n. 11–13 e note 52–54; Ḫiršī, VI, 28: Dasūqī, III, 296; *'Amaliyyāt*, 221–224; Ibn 'Āṣim v. 258; Tasūlī, I, 177.

[108] A Tunisi ed in Egitto si ammette il *beneficium excussionis*.

[109] *'Amaliyyāt*, 223; Tasūlī, I, 177, 3 dal b.

[110] *Mud.*, XIII, 116; Ḫalīl, h. t., n. 18; Dasūqī, III, 297–298; Ḫiršī, VI, p. 30.

Quando i fidejussori sono più d'uno, il creditore[111] deve dividere la sua azione, cioè compulsare ciascuno per la sua quota, salvo:

1° che abbia stipulato la solidarietà tra i garanti;

2° che essi abbiano prestato la loro fidejussione per la totalità del debito, separatamente l'uno dall' altro;

3° che il debito abbia per causa un negozio conchiuso congiuntamente da più persone sotto la loro comune garanzia.

Il fidejussore può opporre al creditore tutte le azioni, tanto personali che reali, che spettano al debitore principale, salvo le eccezioni strettamente personali competenti a quest'ultimo.

§ **277.** La obbligazione del fidejussore[112] diventa esigibile anche prima della obbligazione principale in due casi:

a) per la morte del fidejussore;

b) colla dichiarazione della sua insolvenza.

S'intende che i successori del fidejussore conservano il loro regresso contro il debitore, giunta che sia la scadenza della sua obbligazione, per farsi rimborsare quanto hanno pagato in forza della fidejussione.

SEZIONE III. — Effetti rispetto al debitore ed ai confidejussori.

§ **278.** Il fidejussore può rivolgersi al debitore principale per essere rimborsato di quanto ha effettivamente pagato per lui, anche se la garanzia sia stata data all'insaputa del debitore, purchè produca la prova della estinzione del debito[113]. aš-Šāfi'ī coi Ḥanafiti concede il regresso contro il debitore solo se questi abbia consentito alla fidejussione.

Quando la cauzione è stata data contro la volontà del debitore, il fidejussore malichita non ha regresso, se manchi la prova del debito ed il preteso debitore giuri di non dovere nulla.

Il fidejussore, che ha pagato senza procurarsi la prova della estinzione del debito mediante testimoni o la confessione del creditore, perde il suo ricorso contro il debitore[114].

---

[111] *Mud.*, XIII, 111–115; Ḫalīl, h. t., n. 20; Dardīr, III, 299; Zeys, I, n. 365; *P. C. T.*, a. 1731–1733 (= *Cod. Egiz.*, a. 857–858).

[112] Ḫalīl, h. t., n. 10bis; Ḫiršī, VI, 27–28; Tasūlī, I, 183; cf. *Minhāǧ*, II, 46.

[113] Ḫalīl, h. t., n. 9; Ibn Salmūn, II, 223; Ibn 'Āṣim, v. 265; *'Amaliyyāt*, 25; Tasūlī, I, 178, 183; Mayyārah, I, 124; *P. C. T.*, a. 1736–1737.

[114] Tasūlī I, 184; *Minhāǧ*, II, 47, 84.

Quando siano più i fidejussori solidali, colui che ha pagato il debito intero può rivolgersi agli altri, per essere rimborsato della quota che spetta loro nel debito [115].

Il fidejussore che ha pagato è surrogato *ipso jure* nei diritti del creditore contro il debitore principale per tutto l'ammontare del debito, e contro gli altri garanti in proporzione di quanto è dovuto da ciascuno [116].

Il fidejussore il quale ha transatto o altrimenti tacitato il creditore ha regresso contro il debitore solo nel limite di quanto ha effettivamente pagato [117].

SEZIONE IV. — Nullità ed estinzione della fidejussione.

§. **279.** La fidejussione è nulla (" bāṭil "), cioè inesistente, quando l'obbligazione cui accede è nulla (" bāṭil "), in quanto è illecita (per esempio, se conchiusa un venerdì all'ora della preghiera) o costituisce un negozio usurario.

Ma qui sono da distinguere varie ipotesi [118] :

1° La fidejussione è stata data *dopo* la conclusione del negozio principale nullo: per consenso unanime, la fidejussione è nulla, tanto se il garante abbia avuto notizia della nullità dell'obbligazione principale o l'abbia ignorata.

2° La fidejussione. vien data *nello stesso tempo*: la soluzione, in quella ipotesi, è assai controversa. Gli uni (Ibn al–Qāsim e l'*al–Mudawwanah*) ritengono che la fidejussione, essendo negozio accessorio, sia nulla se la obbligazione principale è nulla, senza distinguere se il fidejussore abbia conosciuto o ignorato la nullità della obbligazione da lui garantita. Altri ritiene, seguendo un'altra opinione di Ibn al–Qāsim, che il garante resti sempre obbligato, tanto se abbia conosciuto quanto se abbia ignorato la nullità della obbligazione principale, perchè generalmente, in questi casi, il creditore contrae in quanto è a ciò indotto dall'intervento del fidejussore. Altri, finalmente, distinguono: se il fidejussore ignorava la nullità della obbligazione principale, egli non sarà obbligato; se invece la nullità gli

---

[115] Ḫalīl, h. t., n. 21; Dardīr–Dasūqī, III, 300.

[116] *P. C. T.*, a. 1740; Kohler, *Moderne Rechtsfragen*, § 16.

[117] Ḫalīl, h. t., n. 9 e nota 44; Ḫiršī, VI, 27; Dardīr–Dasūqī, III, 295; *Minhāǧ*, II, 47.

[118] Tāwudī–Tasūlī, I, 179; Mayyārah, I, 124.

era nota, il garante sarà tenuto in forza della sua garanzia, avendola data benchè avesse notizia della nullità dell'obbligazione che garantiva e così indotto il creditore a concludere il negozio, ed inoltre, perchè si può supporre ragionevolmente che l'abbia data appunto per garantire il creditore contro i rischi dell'operazione che contraeva.

Le cause di estinzione della fidejussione sono quelle della obbligazione principale; in altri termini, la liberazione del debitore principale produce la liberazione del fidejussore [119].

La fidejussione può anche estinguersi indipendentemente dalla obbligazione principale [120]:

a) quando il fidejussore viene liberato personalmente;

b) per lo spirare del termine che vi è stato apposto, qualora la fidejussione sia stata data fino ad un certo termine.

SEZIONE V. — Di alcune forme speciali di fidejussione.

§ **280.** A) *Dell'assunzione di debiti altrui* (" ḥaml ").

Si chiama " ḥaml " l'obbligazione di colui che promette di pagare quanto è dovuto da un'altra persona – come nel *constitutum debiti alieni* del diritto romano – sostituendosi così al vero debitore, mentre nella fidejussione ordinaria (" ḥamālah ") il garante accede ad un debito altrui e si obbliga a pagarlo soltanto qualora il debitore non adempia la sua obbligazione [121].

Il " ḥaml " (o *constitutum*) dev'essere espresso, cioè dichiarato colla parola " ḥaml " o altro modo equivalente.

Tuttavia, si presume che il garante " ḥamīl " abbia voluto assumere il debito quando si tratta di un padre che garantisce il dono nuziale contratto dal proprio figlio o altro stretto congiunto, o di una persona altolocata che garantisce il debito di un suo dipendente [122].

Il " ḥaml " ha effetto liberatorio per la persona di cui il garante (" ḥamīl ") ha assunto il debito (" maḥmūl 'anhu "); in altri termini, il creditore può dirigere la sua azione solo contro il garante [123].

---

[119] Ḫalīl, h. t., n. 10; Ḫiršī, VI, 30; Ibn 'Āṣim, v. 260; *'Amaliyyāt*, p. 72, l. 14 sg.; Tasūlī, I, 179–180; *Minhāǧ*, II, 46; *P. C. T.*, a. 1743–1744; Zeys, I, n. 368.

[120] *Mud.*, XIII, 107; Ḫalīl, h. t., n. 10 e nota 48; *Minhāǧ*, II, 46.

[121] Mayyārah, I, 179, 180; Tasūlī, I, 176, 7 dal b; *'Amaliyyāt*, 25, 6 dal b.

[122] Ibn 'Āṣim, v. 389; Mayyārah e Tasūlī, ll. cc.

[123] Tasūlī, I, 173.

Il garante (" ḥamīl ") il quale ha pagato non ha regresso contro il debitore pel quale ha pagato, diversamente da quanto avviene nella fidejussione ordinaria, ritenendosi che il " ḥaml " sia assunto coll'animo di fare una liberalità. Ciò avviene specialmente quando il *constitutum* è stato assunto in modo generico, cioè colla parola " ḍamān " (fidejussione), o altra equivalente, da un padre per il figlio che si obbliga ad un dono nuziale (" ṣadāq "). Se il padre dichiara di garantire il dono nuziale senza specificare se questa garanzia viene da lui data a titolo di fidejussione (" ḥamālah ") o di *constitutum* (" ḥaml ") [124], l'*al-Mudawwanah* e la dottrina prevalente decidono che il padre abbia inteso obbligarsi senza diritto di regresso, contrariamente ad una opinione espressa da Ibn al-Qāsim che riteneva al contrario doversi intendere la fidejussione ordinaria. Ibn Rušd distingue: quando la garentía generica è inserita nel corpo dell'atto e fa parte del contratto, si deve intendere data a titolo di *constitutum* ("ḥaml "), cioè senza riserva di regresso; quando invece la garentía è posteriore alla conclusione del contratto, si deve intendere data a titolo di fidejussione (" ḥamālah "), salvo patto contrario.

§ **281.** B) *Della malleveria di comparizione* (" kafālah fī 'l-abdān, ḍamān al-waǵh, ḥamālat al-waǵh, ḍamān bi 'l-waǵh ") [125].

È analoga alla *cautio judicio sistendi* del diritto romano. È l'obbligo assunto di presentare una persona in giudizio o alla scadenza dell'obbligazione. Così, ad esempio, quando in un giudizio l'attore ha prodotto un testimone od altro principio di prova, il convenuto può essere tenuto in certi casi a dar cauzione di comparire dinanzi al giudice nel giorno assegnato.

La donna maritata non può assumere la malleveria di comparizione senza il consenso del marito. Gli Sciafliti esigono il consenso del debitore garantito [126].

La malleveria di comparizione dev'essere espressa; se viene espressa solo per questo caso, non comprende la garanzia del debito. Quando l'espressione è generica, si presume che il mallevadore abbia

---

[124] *'Amaliyyāt*, 25–26; Mayyārah, I, 179–180.

[125] Buḫārī, *kafālah*, n. 1 (e sulla relazione coll'antico " ǵiwār ", *ibid.*, n. 4); *Mud.*, XII, 137; XIII, 102 sg.; Ḫalīl, h. t., n. 23–30; Ibn 'Āṣim, v. 262, 266 sg.; Mayyārah, I, 122, 124, 128 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 84–85, 174, 176, l. 3 dal b., 187, 182; *'Amaliyyāt*, p. 228; Dardīr–Dasūqī, III, 302; Ibn Farḥūn, I, 300; Zurqānī, III, 87; Zeys, I, 373; *P. C. T.*, a. 1757 sg.; *Minhāǵ*, II, 42.

[126] Sachau, 391.

inteso garantire anche il debito, se non presenta il debitore o convenuto [127].

Il mallevadore che non ha assunto anche la garentía del debito è liberato :

a) se presenta il debitore o convenuto in luogo ove l'attore possa esercitare la sua azione, anche se non sia il luogo convenuto (per esempio, se il debitore si trovi in prigione o sia insolvente). Per gli Sciafiiti si richiede che il debitore sia presentato nel luogo convenuto; se non è determinato, basta che lo presenti nel luogo del contratto ;

b) se la persona garantita si presenta da sè, per ordine del mallevadore, alla scadenza del debito o della data. È opinione prevalente presso i Malichiti che il mallevadore è liberato anche se la persona garantita si presenti da sè in tempo debito, senza l'opera e l'intervento del mallevadore, contrariamente alla dottrina della *al-Mudawwanah*, per cui ciò non basterebbe [128];

c) per la morte della persona che si era obbligata a presentare, prima della data prefissa, se prova la morte; questo caso è controverso nel " ḥadīṯ " [129].

Non presentando la persona da lui garantita nel termine e nel luogo, il mallevadore vien posto in mora di presentarlo e, scorso il termine, viene condannato a pagare in vece del debitore. La condanna deve essere revocata se il fidejussore prova che, al momento della condanna, il debitore o convenuto era insolvente od era già morto. Qualora la condanna sia stata da lui eseguita, il mallevadore ha diritto, in questi casi, alla ripetizione di quanto ha pagato, come indebito.

§ **282.** C) *Della malleveria di ricerca* (" ḍamān aṭ-ṭalab "). – È l'obbligazione assunta di ricercare il debitore o convenuto o di aiutare altri a farne ricerca, ma senza promessa di presentarlo.

---

[127] Gli Sciafiiti esigono che il debito sia tale da poter essere garantito colla fidejussione ordinaria: non importa però che il garante di comparizione conosca l'ammontare del debito. Si può garantire la comparizione d'un condannato a pena corporale (talione, calunnia), ma non a pena " ḥadd ", cioè dovuta a Dio.

[128] Gli Sciafiiti si attengono alla dottrina della *al-Mudawwanah*: *Minhāǧ*, II, 44.

[129] Buḫārī, *kafālah*, n. 1.

LIBRO XV

DIRITTO EREDITARIO

TITOLO I.

Nozioni preliminari.

Il diritto successorio si ricollega al diritto di famiglia, poichè in parte lo rammenta e ne dipende, e per questo riguardo avremmo dovuto trattarne dopo quello; ma la successione è il momento in cui si risolvono tutti i rapporti del defunto, la sua personalità giuridica cessa effettivamente di esistere, i suoi diritti si trasmettono ad altri. Ed è perciò che i giuristi malichiti e sciafiiti, in gran parte, collocano la successione verso la fine dei loro trattati, come in luogo più opportuno, in quanto la materia ereditaria presuppone la conoscenza dei rapporti formati durante la vita dell'individuo e che ora vengono ad estinguersi: *mors omnia solvit*.

§ **1.** *Cenni storici*. — Quando il gruppo gentilizio è molto compatto, come era nell'antica Arabia, e viene concepito come un'associazione di « difesa e d'offesa » (" li 't-tawāzur wa 't-tanāṣur ") cioè di mutua protezione, il concetto del patrimonio e la devoluzione della eredità, allorchè il capo di famiglia viene a mancare, assume un carattere speciale, che si ritrova ogniqualvolta prevalgano le stesse condizioni sociali. L'antica famiglia araba, al pari della tribù, è costituita, socialmente e politicamente, dai maschi, cioè da coloro che sono in grado di combattere e possono difendere il patrimonio comune. A questo gruppo di difensori spetta, *pro indiviso*, il patrimonio famigliare, quando muore il *pater familias*. Essi vi concorrono per parti uguali, escluse le donne, i fanciulli, tutti coloro che non possono contribuire efficacemente alla comune tutela. L'ordine che regola questa devoluzione

è la prossimità di parentela per via di maschi (" 'aṣabah "). Vengono chiamati a raccogliere la successione del capo di famiglia defunto gli agnati maschi (" 'āṣib ") più prossimi, in linea diretta od in linea collaterale. La successione era quindi legittima di regola, benchè la consuetudine araba ammettesse, non sappiamo in quale misura, anche il testamento, il quale d'altronde era sempre fatto in modo da favorire i maschi [1].

Dopo un tentativo d'introdurre la fratellanza e la conseguente vocazione ereditaria fra gli Anṣār e i Muhāǵirūn, presto revocata di fronte alla resistenza della famiglia [2], la legislazione coranica tornò [3] alla successione fondata sulla famiglia, ma v'introdusse un ordine più conforme a giustizia, chiamandovi anche le femmine più prossime al defunto: sono queste la moglie del *de cujus*, la figlia, la sorella, la madre, cui in processo di tempo, per opera della giurisprudenza, si aggiunse l'ava. A questi eredi (e ad alcuni maschi) il *Corano* (IV, 8) assegna una quota fissa di eredità, " farḍ ", evitando così alle donne l'obbligo di discutere i loro diritti in concorso coi parenti maschi; come per mitigare questa innovazione, il *Corano* (IV, 12) attribuisce alle femmine la metà della quota assegnata agli eredi maschi. È questa la categoria degli eredi a quota fissa (" farḍ "), o legittimari. A questa categoria di eredi segue un'altra classe di successibili, i cosiddetti " 'āṣib " (agnati), cui la eredità si devolve, in tutto o in parte, in mancanza di eredi a quota fissa (cf. *Corano*, IV, 12, 15, 75). Gli " 'āṣib " sono tutti maschi, e rappresentano l'antica famiglia araba fondata sul principio agnatizio, la quale prima assorbiva tutta la successione.

Il sistema introdotto dal Profeta si presenta, in questa come in altre parti della legislazione coranica, come una transazione tra l'antico e il nuovo ordine di cose, tendente a conciliare i diritti spettanti ai membri più deboli della famiglia coll'antico principio dell'agnazione.

È certo però che la nuova legislazione non riesce a disciplinare in modo organico questa materia difficilissima. Il sistema coranico e tradizionalistico, composto in parte di disposizioni emesse caso per caso,

---

[1] Ṭabarī, *Tafsīr*, V, 192–196; Bayḍāwī, IV, 8, 126; Zurqānī, VII, 78; Qasṭallānī ad Buḫārī, VII, 73–74; R. Smith, *Kinship*², p. 65 sg., 117; Juynboll, § 51.

[2] *Cor.*, II, 57; Buḫārī, *kafālah*, n. 2; C. A. Nallino in *Studi in onore di S. Riccobono*, Palermo, 1933, III, 344–355.

[3] Kohler, ZVRW., VIII, 246; Van den Berg, 129; Marçais, p. 36, 52–54; Sautayra, II, 98; Kohler, *Rechtsvergl. Stud.*, p. 100, 102.

secondo esigevano le cirostanze [4], si presenta come un assieme di regole frammentarie, in cui si stenta a trovare il principio ordinatore [5].

Ed è perciò, probabilmente, che il sistema delle successioni o parti ereditarie (" al-farā'iḍ ") è ritenuto una delle sezioni più importanti, perchè una delle più difficili della giurisprudenza [6]. " Farḍ " e " farīḍah " (*pl.* " furūḍ " e " farā'iḍ "), mentre significa in genere precetto, norma, nel diritto ereditario indica la quota fissa (*Corano*, IV, 8, 12) assegnata dalla legge ad un erede [7], onde " 'ilm al-farā'iḍ ", « scienza delle quote », per designare il diritto ereditario e " faraḍī ", quanto dire « quotista », per designare il giurista specializzato in questa materia. La quale, e per la sua complessità e per essere in gran parte disciplinata dal Libro sacro, gode speciale considerazione presso i Musulmani ed è annoverata tra le scienze coraniche propriamente dette [8]. « La Scienza (" al-'ilm ", s'intende la scienza divina), dice il " ḥadīṯ ", si compone di tre parti: Corano, Sunnah, scienza delle successioni; il resto è un di più ». Ed in altro luogo: « Imparate il diritto ereditario ed insegnatelo, poichè è la metà della scienza e sarà la prima che cadrà in oblio nel mio popolo » [9]. Infatti uno dei segni precursori della fine dei tempi, secondo la escatologia musulmana, sarà la decadenza della scienza successoria e la scarsezza dei suoi cultori.

§ **2.** *Carattere generale della successione islamica.* — Il regime ereditario è disciplinato dalla Legge divina. Da ciò il carattere fondamentale della successione islamica. Mentre nel diritto romano la successione testamentaria è la regola e si fa luogo alla legittima solo quando manchi il testamento, la successione musulmana, invece, è di regola legittima, poichè si fonda non sulla tacita volontà del defunto, ma sulla volontà di Dio, il quale ne ha direttamente tracciato le regole

---

[4] Cf. Caetani, a. 3 H., § 62 (attribuzione dei due terzi alle figlie, di un ottavo alla vedova, e del sesto al fratello, introdotta per regolare la successione di Sa'd ibn ar-Rabī', ucciso ad Uḥud).

[5] Cf. però Kohler, *Rechtsvergl. Stud.*, 120.

[6] Nawawī-Muslim, VII, 55; Ḫalīl, XL, nota 1; Mayyārah, II, 294-295; Tasūlī, II, 368.

[7] Da " faraḍa " « determinare, assegnare »; Nawawī-Muslim, VII, 55; cf. *Cor.*, II, 238; IV, 8, 12.

[8] Dardīr-Ṣāwī, II, 419.

[9] Ša'rānī, *Kašf*, II, 54, 55; Tāwudī-Tasūlī, II, 368.

(*Corano*, IV, 8, 37). « Il diritto dell'erede è indipendente dal testamento » (discorso dell'anno 8 Eg., Caetani, a. 8, § 67) [10].

Questo carattere della successione islamica determina tutti gli altri.

Il diritto romano voleva, per l'acquisto della eredità, un'accettazione dell'erede (tranne per gli *heredes sui*); nel sistema musulmano l'accettazione è superflua, poichè la successione si devolve per legge e si acquista senz'altro dagli eredi determinati dal Libro sacro; « la successione è un modo d'acquisto involontario », dicono i giuristi [11].

Per la stessa ragione, l'erede non può rinunciare alla successione, nè cedere ad altri la sua qualità di erede; egli rimane tale malgrado ogni rinunzia o cessione. Nè può perdere tale qualità per volontà del *de cuius* o per trascorso di tempo. La legge islamica non conosce la diseredazione nè la prescrizione; ognuno degli eredi succede nel grado e per la quota a lui assegnata dalla legge; il *de cuius* non potrebbe privarlo del diritto che gli è conferito da Dio, nè il decorrere del tempo può essere motivo a preclusione.

La successione musulmana, essendo un acquisto involontario, non produce confusione tra il patrimonio dell'erede e quello del defunto, regola che si trova, in diritto romano, nel caso degli *heredes sui* (cf. *Digest.*, 29, 2, 8 pr.). L'erede non risponde dei diritti ereditari, se non nel limite dei beni da lui raccolti nella successione: non essendo mai obbligato *ultra vires hereditatis*, non si richiede alcuna dichiarazione da parte sua allo scopo di limitare la propria responsabilità; la successione musulmana è beneficiata *ipso jure* [12].

§ **3.** *Divisione della materia.* — Secondo i Malichiti [13] le colonne (" arkān ") o elementi costituitivi della dottrina delle successioni sono tre:

1° il patrimonio o asse ereditario;

2° la quota ereditaria;

---

[10] Tasūlī, II; Mayyārah e Raḥḥāl, II, 295. In mancanza di eredi, il testamento non può trasmettere il patrimonio ad estranei, a detrimento del " bayt al-māl ", chiamato erede in questi casi. Così secondo Malichiti e Sciafiiti; vedasi questo Libro, § 15.

[11] Dardīr, II, 386; Ibn 'Āṣim, v. 1618; Zurqānī, VIII, 133; *'Amaliyyāt*, 543; Ibn Nuǵaym, II, 202; Ḥamawī, I, 281.

[12] Cf. Tornauw, ZVRW, V, 164; Luciani, p. 3, n. 1; Morand, 74–75; Van den Berg, 130; Juynboll, § 52; *Projet Algér.*, a. 264, 369; *Minhāǵ*, I, 450.

[13] Ibn 'Āṣim, v. 1619; Mayyārah, II, 296; Tasūlī, II, 368, 370.

3° l' erede [14].

Attenendoci alle linee generali di questa partizione si ha l'ordine seguente, che seguiremo nella nostra esposizione:

1° apertura della successione;

2° capacità di succedere e vari ordini di eredi;

3° divisione dell'asse ereditario.

La materia dei testamenti e dei legati, compresi sotto la denominazione comune di " waṣāyā ", non è inclusa nel diritto ereditario musulmano dai trattatisti indigeni, i quali ne fanno un libro a parte [15]. Infatti la successione è unicamente legittima; invece il testamento è per la sua materia connesso alle donazioni ed acquisti a titolo gratuito, e viene considerato come donazione *causa mortis*: ma, siccome deve aver effetto dopo la morte, ed in alcuni casi, cioè quando manchi ogni ordine di eredi, può conferire anche l'intera successione, così è parso opportuno di parlarne trattando di questa materia.

TITOLO II.

Successione legittima.

CAPITOLO I.

Generalità.

§ **4.** *Apertura della successione.* — La successione si apre al momento della morte del *de cuius* [16]. « La successione, dice Ibn 'Arafah, non esiste che per la morte del *de cuius*; da quel momento, sorge per l'erede il diritto di succedere ». « La dottrina malichita, dice aš-Šāṭibī, è che i beni del *de cuius* si trasmettono all'erede appena avvenuta la morte, e non come conseguenza della divisione. Dal momento della

---

[14] Gli Sciiti hanno una partizione che sembra più logica: *a*) persone che hanno diritto alla eredità; *b*) quote legittime; *c*) regole della divisione: cf. Tornauw, ZVRW, V, 173.

[15] In Ḫalīl il libro del testamento precede quello delle successioni.

[16] Bannānī, VIII, 203; Qayrawānī, II, 290 sg.; Dasūqī, II, 424; *'Amaliyyāt*, 542 sg.: Tasūlī, II, 396, l. 10. « Appena l'individuo ha esalato l'anima, la successione si trasferisce ad altri » (" bi-zuhūq ar-rūḥ intaqala al-irṯ li-'l-ġayr ".

morte, il patrimonio del defunto si trasferisce in colui che per legge è chiamato a raccoglierne la successione, e ciò tanto se avvenga quanto se non avvenga la divisione » [17].

La devoluzione dell'eredità coincide quindi coll'apertura della successione, e più precisamente:

1° nel caso di decesso, quando è accertata la morte del *de cuius*. Finchè esiste dubbio sulla morte, non si può parlare di successione: " lā irṭa ma'a aš-šakk " (= « non v'ha successione finchè v'ha dubbio »). « I beni di ciascuno sono vietati agli altri, come sono inviolabili il suo sangue e la sua riputazione. Ed è perciò che i beni non possono uscire dalle mani del loro proprietario se non in virtù di una traslativa legittima e d'un titolo lecito ed evidente. Ne consegue che nessuno può ereditare se esiste dubbio, ma solo quando vi sia certezza (della morte) e cognizione di causa » [19];

2° nel caso di scomparsa ("ġiyāb") o assenza (" faqd "), la successione si apre al momento della morte presunta, determinata dalla dichiarazione giudiciale di morte dell'assente o scomparso (Lib. II, § 34–38);

3° in caso di apostasia, dal momento della condanna, pronunciata (anche se in contumacia) per il rifiuto di ritrattazione dell'apostata [20] (Lib. IV, § 34).

§ **5.** *Dell'asse ereditaria.* — La eredità (" tarikah ") [21] è l'assieme dei diritti patrimoniali (mobili e immobili) non patrimoniali, relitti (" taraka " = lasciare) da una persona alla sua morte, e che si trasmettono alle persone chiamate dalla legge a raccoglierli [22].

Non si comprendono quindi nella eredità, perchè non sono trasmissibili:

1° i diritti e le qualità inerenti alla persona, quali parentela, potestà maritale (" 'iṣmah ");

---

[17] Noi diremmo che la divisione è solo *dichiarativa*, e non *traslativa* di proprietà.

[18] *Mud.*, V, 135–136; Ḫalīl, XL, not. 1; cf. *Digest.*, 24, 2, 27.

[19] Ibn al-Faḫḫār *ap.* Wanšarīsī, XII, 307.

[20] L'apostata condannato come tale, e privato quindi del diritto di succedere, non può essere reintegrato contro gli effetti della condanna, quanto ai diritti successori, se offra, più tardi, di tornare alla fede: *'Amaliyyāt*, 542–543.

[21] Ibn 'Arafah ap. Bannānī, VIII, 203; cf. Ḫalīl, XL, nota 1; Tasūlī, II, 369.

[22] Si dice anche " mīrāṯ " e " irṯ "; « " irṯ " e " mīrāṯ " è il trasferimento (" intiqāl ") da una persona ad un'altra » (Nawawī ad Širāzī, 91); cf. *Digest.*, 50, 16, 24; altri fa derivare " mīrāṯ " da " waraṯa " « perdurare, permanere », perchè « rimane dopo la morte del domino » (Tasūlī, II, 368).

2° i diritti patrimoniali (reali e di obbligazione) che sono strettamente personali [23];

3° i beni costituiti dal *de cuius* a titolo di " ḥubus " o " waqf " (fondazione pia). Benchè il diritto malichita ne riservi la nuda proprietà al costituente (dottrina prevalente), questi beni sono esclusi dalla sua successione perchè inalienabili.

Aperta la successione con la morte effettiva o presunta del *de cuius*, l'erede ha fin da quel momento non solo la proprietà, ma anche il possesso giuridico delle cose ereditarie [24]; egli può, agli effetti della prescrizione acquisitiva, congiungere al proprio anche il possesso del suo autore [25] ed esercitare le azioni possessorie, ancorchè non abbia la detenzione materiale dei beni ereditari. In virtù dello stesso principio le obbligazioni del *de cuius* si trasmettono *ipso jure*, sì attivamente che passivamente, all'erede [26]. « Colui che muore avendo un diritto, (questo) è del suo erede » (" man māta 'an ḥaqq[in] fa–li–wāriṯihi "), dice una tradizione [27] (" ḥabar ").

§ **6.** *Delle persone chiamate a succedere* [28] *e della capacità di succedere* [29]. — I titoli (" asbāb " = motivi o cause) per cui si può essere chiamati alla successione sono tre:

a) la parentela naturale o vincolo di sangue (" nasab, raḥim ");

b) il matrimonio (" nikāḥ, zawǵiyyah ");

c) il patronato (" walā' ").

---

[23] Così le obbligazioni *ex delicto* (*Mud.*, XIV, 84; Tasūlī, II, 330), il contratto di piantagione (" muǵārasah "), di " qirāḍ " (commenda), di irrigazione o colonía (" musāqāh "), la *locatio operarum* ed altri, in cui le qualità personali di uno dei contraenti sono la causa principale del contratto; i diritti d'uso, di usufrutto, d'abitazione: cf. Ḫalīl, XXVIII, 16; XXVII, 37; XXIX, 40; cf. *Inst.*, IV, 12, § 1.

[24] Cf. *Digest.*, 29, 2, 54; Clavel, II, n. 557.

[25] L'erede non continua la persona del defunto, sicchè l'*accessio temporis* nella prescrizione non avviene per legge, ma come *unione* facoltativa.

[26] *Mud.*, IX, 6; X, 4 in f., 75, 154; XI, 117; XIV, 123; XV, 149, 167, 143; Zurqānī, V, 120; Dasūqī, II, 424; IV, 27, 406; Ḫalīl, X, n. 99 (c); *'Amaliyyāt*, p. 307, 346, 347; cf. Ibn Nuǵaym, II, 205.

[27] I Malichiti, benchè non ne ammettano l'autenticità, concordano nel concetto: Dasūqī, IV, 374; cf. *Digest.*, 29, 2, 37 in f.; 21, 3, 10 § 1, 3 § 1; *Cod.*, IV, 51, 3.

[28] *Cor.*, IV, 8; *Mud.*, VIII, 73 in f.; Ibn 'Āṣim, v. 1618, 1619; Raḥḥāl, II, 295; Tasūlī, II, 369; Dardīr–Dasūqī, IV, 406; Nawawī, II, 223, 224; *Raḥbiyyah* ap. Luciani, p. 43, n. 69; Ša'rānī, II, 94 (p. 557 Perron); Sachau, p. 193, 245 § 3; Dimašqī, II, 53.

[29] Van den Berg, 141; Clavel, II, n. 558–561; Juynboll, § 52.

La capacità di succedere suppone l'esistenza del chiamato; è capace di succedere solo colui che è in vita al momento in cui la successione si apre, quindi anche il nascituro, a condizione che nasca vivo e vitale [30].

Sono invece incapaci di succedere coloro che non esistono al momento in cui si apre la successione (" ḥağb al-isqāṭ " = preclusione per decadenza), e cioè:

1° coloro che all'apertura della successione non erano concepiti (cf. *Inst.*, III, 1 § 8);

2° coloro che, concepiti al momento in cui si apre la successione, non nascono vivi e vitali, poichè l'aborto si considera non mai esistito (Lib. IV, § 1) [31];

3° coloro che non erano più in vita all'aprirsi della successione, cioè gli eredi premorti al *de cuius*. Il diritto ereditario malichita e sciafiita non conosce la rappresentazione [32]: l'erede premorto al *de cuius* non trasmette i suoi diritti ereditari ai propri eredi, poichè si considera assurdo che colui che non ha raccolto la successione possa trasmetterla ad altri;

4° i commorienti [33] non succedono l'uno all'altro, poichè si ignora chi sia morto prima e chi dopo, e *non v'ha successione in caso di dubbio*; le presunzioni legali di sopravvivenza sono ignote al diritto islamico;

5) lo schiavo non succede ai suoi parenti naturali, perchè non è capace di acquistare se non per il padrone il quale non ha vincoli con quelli. La stessa regola si applica allo schiavo *pro parte* [34].

Altre cause d'incapacità — i giuristi musulmani le chiamano « esclusione per ragione delle qualità » (" ḥağb aṣ-ṣifāt ") — sono le

---

[30] Ibn 'Āṣim, v. 1689; Tasūlī, II, 397; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 313 sg.; Ḫalīl, XL, n. 32; II, n. 72. Le incapacità di succedere si chiamano " mawāni' al-mīrāṯ " = = impedimenti a succedere.

[31] Ḫalīl, II, n. 72; Dimašqī, II, p. 59. Secondo gli Sciafiiti, basta che il neonato si sia mosso o abbia respirato o starnutito, per essere ritenuto vitale e capace di succedere, mentre i Malichiti esigono dei movimenti vigorosi e ripetuti per indurne la vitalità.

[32] Ibn 'Āṣim, v. 1650; Mayyārah, II, 303; Luciani, p. 5, n. 5.

[33] Ḫalīl, XL, n. 31; Ibn 'Āṣim, v. 1690; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 314; Dimašqī, II, 55; Tasūlī, II, 396; Clavel, II, n. 556; cf. Tornauw, ZVRW, V, 205.

[34] Ḫalīl, l. c., n. 27; Ibn 'Āṣim, v. 1686; Raḥḥal ad Mayyārah, II, 313; Tasūlī, II, 396; Dimašqī, II, 53, 55; Ša'rānī, II, 94; Sautayra, II, 114; cf. Gai., II, 187. Se lo schiavo muore, il padrone succede a lui *jure dominii*, ad esclusione dei congiunti naturali dello schiavo.

seguenti, che per la maggior parte si fondano sulla indegnità del chiamato:

I. *L' omicidio* (" qatl ") [35].

È escluso dalla successione colui che volontariamente e ingiustamente (" 'amd^{an} ẓulm^{an} " ed anche " 'amd^{an} 'udwān^{an} ") è stato causa della morte del *de cuius* (cf. *Digest.*, 34, 9, 3; 48, 20, 7 § 4). Si richiede perciò per determinare l'esclusione:

1° che il fatto sia premeditato, o per lo meno volontario (" 'amd "), anche se preterintenzionale (" ḫaṭa' ");

2° che non sia conforme al diritto.

Non sarà dunque volontario ed ingiusto il fatto di chi ha ucciso per ordine legale dell'autorità, o in un combattimento contro i ribelli (" bāġiyah "), o per legittima difesa, o essendo privo di discernimento [36] per ragione d'età o per vizio di mente (cf. *Cod.*, VI, 35, 10, *dolo malo*) [37]. L'omicida involontario non è escluso dalla successione, ma non concorre cogli eredi nella ripartizione della composizione per il sangue (" diyah "). Nel dubbio l'omicidio si ritiene volontario, e l'omicida viene escluso, « perchè nel fatto di chi è dotato di ragione si presume (sempre) la premeditazione » (fino a prova contraria).

II. *La differenza di culto* (" iḫtilāf al-adyān ").

Non si fa luogo alla successione *mortis causa* tra i seguaci di due culti diversi.

Quindi [38]:

a) il non Musulmano (" kāfir ") non succede al Musulmano, nè questo a quello. Chi ha rinnegato apertamente l'Islām (" murtadd ") vien considerato " kāfir " fin dal momento in cui è stato esortato a pentirsi (" istitābah ") (cf. Lib. IV, § 34); se persiste ed è

---

[35] *Muwaṭṭa'*, IV, 46; Ibn 'Āṣim, v. 1687; Mayyārah, II, 313; Tasūlī, II, 396, 397; Ḫalīl, XL, n. 28; Dimašqī, II, 55; *Minhāǧ*, II, 243; Sachau, p. 205; *Cod. Egiz.*, a. 586; *Projet Algér.*, a. 282; Sautayra, II, 118–119; Wilson, *Dig.*^{4}, n. 267, 269; Clavel, II, 572 sg.; Kohler, *Rechtvergl. Stud.*, 98; Tornauw, ZVRW, V, 182.

[36] Cf. Tasūlī, II, 396.

[37] Il "Muftī" che, col suo parere, è stato causa della morte del *de cujus*, sarebbe incapace di succedere all'ucciso ? Il diritto sciafiita non lo esclude.

[38] Discorso dell'a. 8 Eg. (Caetani, a. 8 H., § 67); Ḫalīl, XL, n. 29; Ibn 'Āṣim, v. 1286; Tasūlī, II, 396; Dimašqī, II, 54; Širāzī, p. 92; *Minhāǧ*, II, 243; III, 209; Luciani, 167, n. 214; Sautayra, II, 112; Sachau, 186, 206, 141, 258 § 38; *Cod. Egiz.*, a. 587; Clavel, II, n. 564. La legge anglo-indiana del 1850 ha abolito questa causa di esclusione: Wilson, *Dig.*^{4}, p. 73, e n. 268–269.

condannato come " murtadd ", cessa la vocazione ereditaria tra l'apostata ed i suoi successibili musulmani;

b) la stessa regola si estende, secondo i Malichiti, agli Ebrei e Cristiani. Il Giudaismo e il Cristianesimo essendo considerate religioni distinte (cf. *Cor.*, II, 107), non esiste vocazione ereditaria tra Ebrei e Cristiani. Invece, sempre secondo i Malichiti, le altre religioni non costituiscono culti distinti tra loro, poichè « la miscredenza è una sola fede » (" al-kufr millah wāḥidah "), cioè una identica deviazione dalla verità ed un solo errore; i seguaci dei culti non musulmani (salvo Ebrei e Cristiani) possono quindi succedere gli uni agli altri.

Gli Sciafiiti non vedono motivo di distinguere Ebrei e Cristiani dagli altri miscredenti; poichè tutti professano uno stesso errore, cioè la negazione della vera fede, che è l'Islām, Ebrei e Cristiani, come tutti gli altri Infedeli, possono succedere gli uni agli altri.

Non esiste, secondo gli Sciafiiti, vocazione ereditaria tra un " ḥarbī " (*hostis*), cioè un non Musulmano che non è protetto nè tributario dello Stato musulmano, e l'infedele tributario (" ḏimmī ") [39].

III. Non succedono, perchè non sussiste più vincolo giuridico tra loro ed il *de cuius* [40], le seguenti persone:

a) il marito, il quale ha disconosciuto il figlio colla procedura del "li'ān " o anatema (vedi Lib. V, § 36), e perciò è detto " mulā'in ", non succede alla moglie di cui ha disconosciuto il figlio, nè al figlio stesso;

b) la moglie " mulā'anah ", il cui figlio cioè è stato disconosciuto con quella procedura, non succede al marito, se questi muore mentr'essa è nel periodo di ritiro per ripudio [41];

c) il figlio disconosciuto mediante il " li'ān " non succede a colui che lo ha disconosciuto. Egli non ha più vincoli se non colla madre, e succede solo a questa. La madre a sua volta gli succede per un terzo, quota coranica assegnata alla madre [42].

---

[39] Šīrāzī, 92; Sachau, 207.

[40] Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 17; Ibn 'Āṣim, v. 1693; Mayyārah-Raḥḥāl, II, 313, 315; Tasūlī, II, 401; Ḫalīl, XL, n. 26; IX, n. 192; *Projet Algér.*, a. 282, p. 30; Clavel, II, n. 572; Wilson, *Dig.*[4], n. 266 e n. 89.

[41] Dopo scorso il periodo del ritiro, la ripudiata non ha più diritto alla successione del suo ex marito.

[42] Il resto si devolve all'Erario, come successione vacante, secondo Malichiti e Sciafiiti: *Muwaṭṭa'*, II, 377; Dimašqī, II, 58.

§. **7.** *Dei varii ordini di eredi.* — Gli eredi chiamati dalla legge a succedere si dividono in due categorie [43]:

1° gli eredi " farḍ " ("ḏawū 'l–furūḍ ", *lett.* quotisti, aventi quota), o legittimari, che la legge chiama in prima linea, dopo pagati gli oneri creditarî, a prelevare una quota fissa (" farḍ, farīḍah ") della successione [44] ;

2° gli eredi " 'aṣabah " (agnati), cioè i parenti maschi nella linea maschile, chiamati a raccogliere quanto rimane disponibile dopo soddisfatti i legittimari o, in loro mancanza, a raccogliere la totalità dell' attivo [45].

In mancanza di questi due ordini di eredi, succede:

1° il patrono del *de cuius*;

2° se non esiste patrono, succede il " bayt al–māl " (Erario), essendo considerati l'uno e l'altro come agnati, così nel diritto malichita come nello sciafiita.

Passiamo a studiare queste varie categorie.

CAPITOLO II.

Eredi di quota fissa (" ḏawū 'l–furūḍ ") o legittimari [46].

§ **8.** I legittimari, cioè gli eredi cui la legge riserva una quota fissa nella successione, chiamati eredi " farḍ " (" aṣḥāb al–furūḍ, aṣḥāb al–farā'iḍ, ḏawū 'l–furūḍ, ahl al–farḍ "), si compongono di alcuni maschi (" 'aṣabah "), cui nell'antico ordine di cose era riservata la successione, ai quali l'Islām ha intercalato una serie di femmine dichiarate esse pure eredi di quota fissa e poste a lato dei maschi.

Troviamo pertanto nella linea maschile:

1° il padre;

2° l' avo od altro ascendente paterno;

---

[43] " Wāriṯ ", erede, è il nome generico di chi è chiamato per legge a succedere, sia legittimario, sia agnato; " mawrūṯ " è « colui dal quale si eredita », il *de cuius*; " irṯ " o " mīrāṯ " l'eredità o asse ereditario.

[44] Sono i *legitimaires* o *réservataires* dei Francesi, *sharers* degli Inglesi.

[45] *Residuaries* degli scrittori inglesi di diritto musulmano; eredi universali, e rispettivamente *allgemeine Erben*, dei Francesi e dei Tedeschi.

[46] Sachau, 185, 195 sg., 245 § 4; *Cod. Egiz.*, a. 589; *Projet Algér.*, a. 289; Clavel, II, n. 577 sg.

3° il fratello uterino;

4° il marito vedovo.

Noi sappiamo già che, in caso di ripudio, il marito conserva i suoi diritti alla successione della moglie defunta, se questa muore durante il periodo del ritiro legale (" 'iddah ").

Sono eredi " farḍ " nella linea femminile:

1° la figlia;

2° la figlia del figlio (non per norma del *Corano*, ma per interpretazione della giurisprudenza);

3° la figlia del nipote *ex filio*;

4° la madre;

5° l'ava paterna o materna (non per norma del *Corano*, ma per interpretazione della giurisprudenza);

6° la sorella germana, consanguinea od uterina;

7° la vedova.

Anche per la moglie è da fare la stessa osservazione che per il marito: la moglie ripudiata conserva i suoi diritti successori finchè il ripudio non sia divenuto definitivo, ed è chiamata a succedere, pertanto, se il marito muore mentre essa si trova ancora nel periodo legale di ritiro (" 'iddah ").

Classi di eredi legittimari. – I legittimari o eredi " farḍ " si dividono, rispetto alla quota (" farḍ ") loro assegnata, in sei classi:

1° eredi che hanno diritto alla metà della successione (" niṣf ");

2° eredi che hanno diritto al quarto (" rub' ");

3° eredi che hanno diritto ad un ottavo (" ṯumun ");

4° eredi che hanno diritto ai due terzi (" ṯuluṯānī ");

5° eredi che hanno diritto ad un terzo (" ṯulṯ ");

6° eredi che hanno diritto ad un sesto (" suds ").

A) Hanno diritto alla *metà* gli eredi seguenti [47]:

1° il marito superstite, quando la moglie defunta non ha lasciato discendenti (figlio, figlia, nipote *ex filio*) nati da lui o avuti da un altro letto;

3° la figlia unica, cioè quando non vi siano altre figlie, ed essa non sia in concorso col fratello (nel qual caso acquista la qualità di agnato [" 'āṣib "], come si vedrà);

3° la nipote *ex filio*, se è unica e non concorra con un fratello (nel qual caso acquista la qualità di " 'āṣib ");

---

47 *Cor.*, IV, 12, 13, 175; Ibn 'Āṣim, v. 1637–38, 1675; Tasūlī, II, 374 sg.; Mayyārah, II, 298 sg.; Ḫalīl, XL, n. 2; Sachau, 247; Clavel, n. 11, 586; cf. Marçais, 138–139.

4° la sorella germana unica del *de cuius*. Essa viene esclusa, se vi sono figli o discendenti in linea maschile o se è in concorso col padre del defunto;

5° la sorella consanguinea unica. Essa viene esclusa, quando vi siano figli o altri discendenti del *de cuius* in linea maschile o quando essa si trovi in concorso col padre del defunto o col fratello o colla sorella germana. In questo caso l'esclusione ha luogo per applicazione del principio generale che l'erede congiunto con un doppio vincolo al *de cuius* esclude colui che è congiunto a quest'ultimo con un vincolo solo.

B) Hanno diritto al *quarto* della successione [48]:

1° il marito superstite, quando la moglie ha lasciato uno o più discendenti diretti dell'uno o dell'altro sesso, ovvero i loro discendenti in linea maschile. È indifferente che i figli siano nati dal matrimonio del marito colla defunta, ovvero siano figli di un altro marito od anche figli naturali attribuiti alla sola madre;

2° la vedova o le vedove superstiti, quando il marito muore senza lasciare figli da questa o da altre mogli. Se le vedove sono più d'una, il quarto vien diviso tra loro, perchè considerate come un sol tutto; è « la parte della vedova ».

C) Hanno diritto ad *un ottavo* [49] dell' asse :

la vedova o le vedove, quando il marito premorto lascia uno o più figli, dell'uno o dell'altro sesso, o i discendenti da quelli. L'ottavo si divide per parti uguali tra le vedove, se sono più d'una.

D) La legge coranica (IV, 12, 175) attribuisce *due terzi* della successione, quando concorrono allo stesso tempo [50]:

1° due o più figlie del defunto;

2° due o più nipoti *ex filio* del defunto;

3° due o più sorelle germane;

4° due o più sorelle consanguinee.

In altri termini, quelle eredi, se fossero sole, per esempio, se la figlia o la sorella fosse unica, avrebbero diritto alla metà; quando

---

[48] *Cor.*, IV, 13, 14; Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 10–11; Ibn 'Āṣim, v. 1638–39, 1675–76; Ḫalīl, XL, n. 3; Sachau, p. 247; Clavel, II, n. 584, 586.

[49] *Cor.* IV, 14; Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 10; Ibn 'Āṣim, v. 1639, 1676; Ḫalīl, XL, n. 4; Sachau, p. 248; Clavel, II, n. 586.

[50] *Muwaṭṭa'*, II, 364–365; Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 5; Ibn 'Āṣim, v. 1640, 1641; Ḫalīl, XL, n. 5; Sachau, p. 248; Luciani, l. c., 214; Marçais, 88–89; Clavel, II, n. 586.

sono due o più, esse ricevono, congiuntamente, i due terzi, invece della metà, e li dividono tra loro per capi.

Questa regola ha una storia. Il testo coranico (IV, 12) dice: « se non vi sono che figlie, e queste siano più di due, esse avranno due terzi della successione ». Onde una controversia celebre. Secondo Ibn 'Abbās, cugino del Profeta, il testo contempla solo il caso in cui le figlie siano più di due; invece, se sono due soltanto, esse debbono avere la metà, come prescrive lo stesso versetto per il caso in cui vi è una figlia sola. Ma questa opinione è stata respinta dalla maggioranza dei dottori, i quali ritengono che il testo si applichi tanto al caso in cui le figlie siano due, quanto a quello che siano in numero maggiore:

a) perchè il testo del versetto 175 dello stesso capitolo attribuisce i due terzi della successione alle sorelle del defunto, quando siano due. La stessa regola sarà dunque, *a fortiori*, da applicare alle figlie, più strettamente congiunte al *de cuius* che non siano le sorelle;

b) perchè in un caso rammentato dal " ḥadīṯ " il Profeta attribuì alle due figlie di Sa'd ibn ar–Rabī' i due terzi della successione paterna. Abbiamo nella specie un'interpretazione autentica del testo coranico che toglie ogni dubbio.

Per queste ragioni la dottrina che assegna alle due figlie due terzi della successione ha trionfato nella giurisprudenza.

E) La legge coranica assegna *un terzo* della successione [51]:

I. – Alla madre del *de cuius*, se questi non ha lasciato figli, nè più d'un fratello o d'una sorella (se lascia due o più fratelli, o sorelle, o un discendente, la madre avrà un sesto, come vedremo).

A questa regola si fa un'eccezione. Quando la madre del *de cuius* si trova in concorso col padre o col coniuge superstite di lui, la madre ha diritto non più al terzo della successione, ma al terzo di ciò che resta dopo prelevata la quota del coniuge superstite. Quindi:

se il coniuge superstite è la moglie, questa preleva il quarto, e la madre riceve il terzo di quanto resta;

se il coniuge superstite è il marito, questi preleva la sua quota legale, che è la metà, ed il terzo di quanto resta è attribuito alla madre.

---

[51] *Cor.*, IV, 12, 15; *Muwaṭṭa'*, II, 366 sg.; Ḫalīl, XL, n. 6; Ibn 'Āṣim, v. 1642, 1679, 1682; Nawawī, 227, 234; Juynboll, § 55; Sachau, p. 213, 248; Marçais, p. 105; Clavel, II, n. 586, 595.

Questi due casi si chiamano " 'umariyyatāni ", perchè decisi in questo senso, per la prima volta, dal Califfo 'Umar, ed anche " ġarrāwāni " « le due ingannatrici », perchè la madre per essi è delusa nella speranza di raccogliere il terzo che le spetterebbe per legge.

Ecco due casi pratici che varranno a chiarire la regola:

a) Una donna muore lasciando eredi il marito, il padre e la madre. Al marito spetta la metà; l'altra metà spetta al padre e alla madre, i quali la dividono tra loro in proporzioni ineguali, cioè due terzi al padre e un terzo della metà, cioè un sesto, alla madre, invece del terzo che le spetterebbe.

b) Un uomo muore lasciando eredi la moglie, il padre e la madre. La vedova avrà il quarto; il resto, cioè tre quarti, viene ripartito tra il padre e la madre proporzionalmente tra loro, cioè tre quarti al padre, un quarto alla madre, invece del terzo cui avrebbe diritto.

II. – La legge attribuisce ugualmente il terzo[52] (*Cor.*, IV, 15) ai fratelli e sorelle uterini, se sono due o più e se non vi siano discendenti nè ascendenti paterni maschi (nel qual caso sono esclusi). Il terzo si ripartisce in parti uguali tra questa classe di coeredi, senza distinzione di sesso nè di numero. La regola è la stessa se vi siano un fratello od una sorella uterini, o più fratelli uterini, o più sorelle uterine.

La successione dei fratelli uterini può dar luogo ad alcuni casi singolari che hanno dato da fare ai giureconsulti musulmani [53].

Una donna muore lasciando per eredi:

1° due o più fratelli e sorelle uterini;
2° uno o più fratelli e sorelle germani;
3° la madre (o l'ava);
4° il marito.

L'attivo si dovrebbe dividere così: la metà, ossia tre sesti al marito, un sesto alla madre, il terzo (o due sesti) ai fratelli uterini; il tutto uguale a sei sesti, sicchè gli eredi legittimari assorbirebbero tutto e non rimarrebbe nulla per i fratelli germani, i quali vengono alla successione solo nella seconda categoria detta degli agnati (" 'aṣabah "), la quale è chiamata dopo soddisfatti i legittimari.

---

[52] Ibn 'Āṣim, v. 1642; Ḫalīl, XL, n. 6; *Muwaṭṭa'*, II, 366–367; *Cod. Egiz.*, a. 598; *Projet Algér.*, a. 308; Nawawī, II, 227, 229; Marçais, p. 151.

[53] *Muwaṭṭa'*, II, 367; Ibn 'Āṣim, v. 1642, 1651; Ḫalīl, XL, n. 11 e nota 65; Dimašqī, II, 56–57; Marçais, p. 151–152; Juynboll, § 55; Clavel, II, n. 594.

Questo risultato è contrario a giustizia, perchè i fratelli germani sono più strettamente congiunti al defunto che non gli sieno i fratelli uterini. Eppure 'Umar decise così una prima volta. Ma si dice che Zayd ibn Ṯābit o un altro Compagno gli facesse l'obiezione seguente:

« Supponiamo che il padre sia un asino (" ḥimār ") od una pietra (" ḥaǵar ") in fondo al mare (in altri termini un essere incapace di trasmettere diritti). Rimane pur sempre il fatto che i fratelli germani ed i fratelli uterini sono congiunti al defunto per un vincolo identico, quello della madre comune; questo vincolo comune conferisce agli uni e agli altri il diritto ad essere trattati nello stesso modo ».

'Umar decise allora che i fratelli germani ed i fratelli uterini sarebbero considerati come un gruppo solo e repartirebbero tra loro il terzo della successione, prima attribuito ai soli uterini. Questa regola si chiama " muštarakah " o " mušarrakah " = associata, perchè i fratelli uterini vi sono associati ai fratelli germani per il terzo, o anche " ḥimāriyyah " (asinina), " ḥaǵariyyah " (pietrina), dalle espressioni con cui si dice che Zayd ibn Ṯābit abbia illustrato il suo concetto al Califfo.

Malichiti e Sciafiiti hanno accolto la regola. Invece Ḥanafiti e Ḥanbaliti, attenendosi alla prima decisione di 'Umar, escludono i germani da ogni diritto alla successione in questo caso.

III. – Un altro legittimario (" ḏū farḍ ") [54], cui la legge attribuisce il terzo della successione, è l'avo paterno, in mancanza del padre, quando si trovi in concorso coi fratelli o le sorelle germani o consanguinei del *de cuius*.

La vocazione dell'avo paterno non è nel *Corano*. È opera della giurisprudenza, la quale si fonda sopra una massima del Califfo Abū Bakr: « L'avo è come il padre ». Se è come il padre, dicono i giureconsulti, egli ha i medesimi diritti, e deve essere chiamato a succedere, quando questi manchi.

F) La legge riserva il *sesto* della successione agli eredi seguenti [55]:

---

[54] Ibn 'Āṣim, v. 1667; Ḫalīl, XL, n. 8; Dimašqī, II, 57; Luciani, p. 327 n. 413; Marçais, 119–120, 158–175; Clavel, II, n. 582.

[55] *Cor.*, IV, 12, 15; Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 10; *Muwaṭṭa'*, II, 366 sg., 370, 372; Ibn 'Āṣim, v. 1643, 1656, 1663 sg., 1658, 1673, 1684; Ḫalīl, XL, n. 2 e n. 7; Nawawī, II, 227–229, 233, 234; *Cod. Egiz.*, a. 595, 597, 602, 607; *Projet Algér.*, a. 311, 313, 319–20, 322; Sachau, p. 248; Marçais, p. 113–114, 119, 124, 132, 135, 138 sg., 148; Luciani, n. 310, 320, 223, 224; Clavel, II, n. 583, 586.

1° il padre, quando il defunto ha lasciato figli o altri discendenti maschi di questi: i figli prendono i cinque sesti e il sesto rimanente spetta al padre;

2° la madre, se il *de cuius* lascia uno o più figli maschi o femmine, ovvero due o più fratelli e sorelle (germani, consanguinei od uterini); la madre non è esclusa dal padre: essa riceve un sesto, come questo;

3° l'avo paterno, quando manchi il padre del *de cuius*, e negli stessi casi in cui il padre avrebbe diritto al sesto, per la regola già menzionata che l'avo paterno è *loro patris*;

4° l'ava paterna o materna, quando manchi il padre o la madre del *de cuius* e non si trovi in concorso con un discendente maschio o femmina del *de cuius*. Se concorrono insieme le due ave, il sesto si divide tra loro;

5° la o le nipoti *ex filio* han diritto al sesto concorrendo coll'unica figlia del *de cuius*. Se sono più nipoti, il sesto spetta loro congiuntamente e lo dividono tra loro per capi. Le nipoti sono escluse quando esiste più di una figlia del defunto;

6° la o le sorelle consanguinee hanno diritto al sesto, concorrendo con una sorella germana del defunto e lo ripartiscono tra loro. Le consanguinee sarebbero escluse, se vi fossero due o più germane;

7° il fratello uterino unico o la sorella uterina unica hanno un sesto, quando il defunto non lascia ascendenti nè discendenti (è la specie detta " kalālah ", di cui nel *Corano*, IV, 15 e 175, parola il cui significato è controverso) [56]. Sono invece esclusi, quando il defunto ha lasciato un ascendente od un discendente.

§ **9.** *Calcolo della quota ereditaria.* — Abbiamo così percorso tutte le categorie di legittimari cui la legge riserva una quota fissa da prelevarsi prima d' ogni altro ordine d' eredi.

Per fare il calcolo [57] di questi prelevamenti, l'asse ereditario (" tarikaḥ ", " farīḍah ", " mīrāṯ ") vien considerato come una unità divisa in due, tre, quattro, sei, otto, dodici o ventiquattro carati (" qīrāṭ "), secondo il numero di quote da prelevare, e che sono rappresentate da tante frazioni quanti sono gli eredi che concorrono alla divisione [58]. Ogni frazione ha per denominatore la cifra corri-

---

[56] Cf. Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, II, 371; Tasūlī, II, 384.

[57] Ḫalīl, XL, n. 13, 15, 17, 18; Dardīr, IV, 417–424; Zurqānī, VIII, 217 sg.; Nawawī, II, 230 sg., 247 sg.; Sachau, 250; Luciani, p. 257, 258, 378, n. 494.

[58] Cf. la divisione romana per *unciae*; *Inst.*, II, 14 § 5; *Digest.*, 28, 5, 13 § 1.;

spondente alla quota spettante all'erede. Supponiamo un caso semplice: Zayd muore lasciando un figlio ed una figlia; avremo due quote, rappresentate rispettivamente da due terzi e un terzo.

La divisione si fa in due modi, secondo i casi:

1° nel caso più semplice, e cioè quando alla successione concorre un numero molto limitato di legittimari e la divisione si possa fare esattamente, si fanno tante parti quante corrispondono alle quote ereditarie: per esempio, quando il marito è chiamato in concorso coi figli della moglie defunta, si detrae il quarto del marito ed il resto vien dato ai figli. Lo stesso avviene quando le quote degli eredi sono rappresentate da frazioni aventi lo stesso denominatore: Zayd muore, lasciando un figlio ed una figlia; la divisione si fa per terzi, dando due terzi al figlio, perchè maschio, e un terzo alla figlia;

2° quando invece l'asse ereditario non si possa dividere esattamente, perchè le quote ereditarie sono rappresentate da frazioni diverse, è necessario procedere ad un calcolo di *ripartizione* o *verificazione* (" taṣḥīḥ "). Le varie frazioni o *basi* (" uṣūl "), come vengono chiamate, sono ridotte ad un comune denominatore (questa trasformazione si chiama " radd "), allo scopo di determinare esattamente quanto spetti a ciascuno dei coeredi, nella massa comune ottenuta mediante questo calcolo. I modi di fare questa operazione sono esposti diffusamente nelle opere malichite; rimandiamo a Ḫalīl, XL, n. 17 ed ai Commenti: Tasūlī, II, 379 sg.; 390–396.

Fra gli eredi " farḍ " non v'è ordine di privilegio [59]. Nessuno può ricevere più di quanto la legge gli assegna come sua quota. L'erede " farḍ ", il quale, essendo congiunto al defunto per un doppio vincolo di sangue, avrebbe diritto ad una doppia legittima, non può concorrere se non in virtù del vincolo più prossimo. « Date ad ogni erede la quota che gli è assegnata », dice la Tradizione.

Se, dopo prelevate le quote dei legittimari, la totalità dell'asse ereditario si trova assorbita, ogni altro ordine di eredi (cioè gli agnati) viene escluso.

§ **10.** *Riduzione della quota* (" 'awl ") *in caso d'insufficienza dell'attivo.*

Quando [60] la somma delle quote spettanti ai vari eredi supera

---

[59] Ibn 'Āṣim, v. 1660.

[60] *Muwaṭṭa'*, II, 366 e Zurqānī, *ad loc.*; Ḫalīl, XL, n. 16; Ibn 'Āṣim, v. 1645; Tasūlī, II, 376; Mayyārah, II, 301; Dimašqī, II, 58; Juynboll, § 58; Marçais, p. 74; Wilson, *Dig.*4, n. 222; *Cod. Egiz.*, a. 637; Clavel, II, n. 589 sg.

l'attivo netto ereditario, ognuna delle frazioni corrispondenti a quelle quote dovrà subire una riduzione proporzionale; questa riduzione è paragonata nelle nostre fonti alla contribuzione che avviene tra i creditori d'un insolvente, quando il passivo supera l'attivo (cf. *Inst.*, II, 14 § 7; *Digest.*, 28, 5, 13 § 4).

La riduzione si effettua diminuendo il valore della frazione che rappresenta la quota ereditaria, la qual cosa si ottiene aumentando il denominatore; da ciò il nome dato a questa operazione: " 'awl " (= accrescimento) a significare l'aumento del denominatore.

Ecco un caso pratico: Una donna muore lasciando eredi due sorelle e il marito. Le due sorelle hanno diritto, come sappiamo, ai due terzi, ossia ai quattro sesti, il marito alla metà, ossia ai tre sesti; ma tre sesti più quattro sesti sono uguali a sette sesti. Le quote ereditarie eccedono quindi di un sesto l'attivo disponibile. Si procede allora ad una riduzione proporzionale, prendendo per denominatore il numeratore della frazione rappresentante la somma delle quote ereditarie. Nel caso nostro abbiamo sette sesti; il denominatore sarà dunque sette. Divideremo dunque in tanti settimi, anzichè per sesti, le quote degli eredi. Quindi quattro settimi alle due sorelle, tre settimi al marito, uguale sette settimi.

Altro caso di " 'awl " [61]:

alla successione concorrono:

1° due figlie aventi diritto, insieme, a due terzi, uguali a sedici ventiquattresimi;

2° il padre avente diritto ad un sesto, uguale a quattro ventiquattresimi;

3° la madre avente diritto ad un sesto, uguale a quattro ventiquattresimi;

4° la vedova avente diritto ad un ottavo, uguale a tre ventiquattresimi.

Totale delle quote: ventisette ventiquattresimi.

L'asse ereditario è dunque insufficiente a soddisfare tutti gli eredi.

Si procede perciò alla riduzione delle quote secondo il solito sistema, dividendo la successione in ventisette parti. La figlia avrà quindi sedici ventisettesimi; il padre quattro ventisettesimi; la madre

---

[61] È la specie detta " minbariyyah " (del pergamo), perchè 'Alī, cui il caso fu sottoposto, si dice, mentre si trovava sul pergamo, la decise in questo senso.

quattro ventisettesimi; la vedova tre ventisettesimi; totale: ventisette ventisettesimi; così è diviso perfettamente l'asse ereditario.

Quando la stessa quota di successione è attribuita congiuntamente a più legittimari, la divisione avviene tra loro per parti uguali. Quando manchi uno degli eredi di quel gruppo, la sua parte si accresce (" radd ") agli altri [62] (cf. *Digest.*, XXIX, 2, 53 § 1).

CAPITOLO III.

Eredi " 'āṣib ".

§ **11.** *Generalità.* — Quando non esistono eredi "farḍ", o questi abbiano ricevuto le quote loro spettanti e rimanga un'eccedenza, vengono chiamati a raccogliere la successione gli eredi maschi. Dice infatti la Tradizione: « Date le quote legittime (" farḍ ") a coloro che vi hanno diritto ed il resto al maschio più prossimo » [64] (" li–awlà raǵul[in] ḏakar[in] "). Sono questi precisamente i " 'aṣabah " (pl. di " 'āṣib "), così detti da " 'aṣaba ", « cingere, munire », perchè, dicono i giuristi, i maschi circondano l'uomo e gli dànno forza.

Tre sole classi di eredi concorrono ad un tempo come legittimari (" farḍ "), e come agnati [65].

1° il *padre* del *de cuius*; quando concorre con la figlia o la nipote *ex filio*, il padre riceve la sua legittima di un sesto e conserva il diritto di concorrere cogli agnati per una quota virile nella divisione dell' attivo disponibile ;

2° *l'avo paterno*, considerato *loco patris*, ed a cui si applica la stessa regola ;

3° il *cugino del defunto nella linea paterna*, quando è allo stesso tempo fratello uterino; egli riceve un sesto a titolo di legittima come fratello uterino, e concorre per una quota virile cogli agnati nella divisione dell'attivo disponibile. Salvo queste eccezioni, la successione

---

[62] Ḫalīl, XL, n. 21; Dardīr–Ṣāwī, II, 447.

[63] Buḫārī, *farā'iḍ*, n. 5, 7, 9, 15; *Muwaṭṭa'*, II, 364, 367; Ḫalīl, XL, n. 10; *Cod. Egiz.*, a. 608; *Projet Algér.*, a. 325; Van den Berg, 134; Juynboll, § 53; Luciani, p. 257–258; Wilson, *Dig.*4, nn. 223–237; Sachau, p. 255, § 28, 198; Clavel, II, nn. 596–597.

[64] Qasṭallānī *ad* Buḫārī, IX, 474; Ḫiršī, VIII, 205.

[65] *Muwaṭṭa'*, II, 368; Ḫalīl, XL, n. 12; Mayyārah e Raḥḥāl, II, 305; Ibn 'Āsim, v. 1665, 1666, 1668.

o quanto ne rimane disponibile, dopo prelevate le quote legittime, si divide tra gli agnati (" 'āṣib "). Gli eredi " 'āṣib " sono di tre specie o categorie:

1° " 'āṣib " per se stesso o *jure proprio* (" 'āṣib bi–nafsihi ");

2° " 'āṣib " per causa d'altri (" 'āṣib bi–ġayrihi ");

3° " 'āṣib " con altri (" 'āṣib ma'a ġayrihi ").

I. Gli " 'āṣib " [66] propriamente detti, o " 'āṣib " *iure proprio* (" 'āṣib bi–nafsihi "), sono tutti i congiunti maschi del defunto in linea maschile o, come li definisce Ibn 'Arafah: « i parenti di sesso maschile il cui vincolo con il defunto non è interrotto da nessuna generazione femminile ». Essi sono chiamati alla successione nell'ordine seguente, in cui il più prossimo al defunto esclude il più remoto:

1° il figlio;

2° il nipote *ex filio* e altri discendenti maschi della stessa linea;

3° il padre del *de cuius*;

4° l'avo paterno (" ǵadd li–l–ab ") o altro ascendente maschio: (bisavo ecc.), ed i fratelli germani e consanguinei;

5° i nipoti discendenti dai fratelli germani e consanguinei;

6° lo zio paterno germano (" amm šaqīq ") ed i suoi discendenti maschi;

7° lo zio paterno consanguineo (" 'amm li–ab ") ed i suoi discendenti maschi;

8° lo zio paterno dell'avo paterno (" amm li–ǵadd ") ed i suoi discendenti maschi;

9° il patrono (" mawlà);

10° l'erario (" bayt al–māl ").

Quest'ordine di " 'āṣib ", che comprende i soli maschi, è un ricordo, con qualche aggiunta di origine islamica, dell'antica consuetudine araba, che deferiva ai maschi tutta la successione; la legislazione coranica li conserva, ma li colloca in seconda linea, dopo gli eredi necessari o di quota.

II. Gli " 'āṣib " *per causa d'altri* [67] (" 'āṣib bi–ġayrihi ") sono le eredi legittimitarie o di quota fissa, le quali si trovano in concorso

---

[66] *Cor.*, IV, 12; *Muwaṭṭa'*, II, 373; Ibn 'Āṣim, v. 1634, 1654; Ḫalīl, XL, n. 11; Luciani, 263–265; Marçais, 59–63, 85; Sachau, 189, 209 sg.; Clavel, II, n. 598, 600; Tornauw, ZVRW, V, 177; *Cod. Egiz.*, a. 609, 620, 625; *Projet Algér.*, a. 328, 352.

[67] Ḫalīl, XL, n. 2; Dasūqī, IV, 408; Tasūlī, II, 388 sg.; Marçais, 38, 64; Juynboll, § 54; Sachau, p. 189 § 15, 223, 246; Clavel, II, n. 598, 602; *Cod. Egiz.*, a. 611; *Projet Algér.*, a. 329, 330.

con un maschio (fratello o nipote) agnato per diritto proprio (" ʿāṣib bi-nafsihi ") della stessa classe e dello stesso grado. Sono queste la figlia, la nipote *ex filio*, la sorella germana e la sorella consanguinea. Queste eredi, trovandosi in concorso con un agnato per diritto proprio, perdono la loro qualità di legittimarie (" ḏū farḍ "), cioè non hanno più diritto alla quota fissa loro assegnata dalla legge ed assumono invece la qualità di " ʿāṣib ", per cui hanno diritto a concorrere solo alla quota virile che può loro spettare nella divisione per capi. Questo mutamento di qualità si chiama " taʿṣīb " « agnatizzazione, assunzione della qualità di agnato ».

Supponiamo, per es., che il *de cuius* abbia lasciato un figlio ed una figlia. La figlia, se fosse sola, avrebbe diritto alla metà della successione; invece, trovandosi a concorrere col fratello (agnato per diritto proprio), non ha più diritto alla metà e diventa " ʿāṣib ", cioè concorre col fratello in qualità di " ʿāṣib ", e riceve, invece della quota legittima che le sarebbe spettata, una quota proporzionale a quella del fratello; quindi, siccome alla femmina la legge assegna la metà della porzione di un maschio, la figlia avrà la metà della parte attribuita al fratello (Cf. *Cor.*, IV, 12 e 175).

III. Le eredi [68] " ʿāṣib " *con un altro* (" ʿāṣib maʿa ġayrihi ") sono le sorelle germane o le sorelle consanguinee, quando, in mancanza di eredi maschi, esse si trovano in concorso con una o più figlie o nipoti *ex filio* del *de cuius*. La sorella consanguinea non è chiamata a succedere in qualità di « " ʿāṣib " con un altro », se non quando manchi una sorella germana.

§ **12.** *Gradi e ordini degli " ʿāṣib ".* — La successione degli " ʿāṣib " è determinata dall'ordine di prossimità [69]. « Date le quote fisse (" farḍ ") a coloro che vi hanno diritto (i legittimari) e quanto rimane al maschio più prossimo », dice la tradizione su cui si fonda la vocazione di quest'ordine o classe di eredi. Gli " ʿāṣib " succedono secondo il loro grado nell'ordine cui appartengono; in ogni grado il più prossimo esclude il più remoto (cf. la *successio graduum*, *Novell.*, 118, c. 1–3).

---

[68] Ibn ʿĀṣim, v. 1682–83; Ḫalīl, XL, n. 2; Dardīr–Dasūqī, IV, 408; *Cod. Egiz.*, a. 613; *Projet Algér.*, a. 631; Marçais, 65–66, 145–146; Clavel, II, n. 598, 603.

[69] *Cor.*, VIII, 76; Muslim–Nawawī, VII, 57; Šaʿrānī, *Kašf*, II, 55; *Muwaṭṭaʾ*, II, 373; *Mud.*, VIII, 85; Ibn ʿĀṣim, a. 1650 sg.; Ḫalīl, XL, n. 11 e 15; Dimašqī, II, 58; Clavel, II, 604, 607; Tornauw, ZVRW, V, 191.

Così nel primo grado il figlio esclude il nipote, cioè il figlio di un altro figlio del *de cuius*, e via dicendo. Il principio della rappresentazione è ignoto al diritto musulmano.

L'" 'āṣib " unito al defunto da un doppio vincolo di parentela esclude colui che è unito al *de cuius* per un vincolo solo, e così, per esempio, il germano esclude il fratello consanguineo o l'uterino. Per applicazione della stessa regola, il figlio del germano esclude il figlio del consanguineo, lo zio germano esclude lo zio consanguineo, ecc.

I giuristi riassumono la regola nella formola seguente: « La preferenza si concede prima all'ordine, poi al grado, poi alla forza del vincolo ».

Tra gli eredi " 'āṣib " la divisione si fa per carati, se tutti sono dello stesso sesso. Se di sesso diverso, il maschio riceve una porzione doppia di quella delle femmine, secondo la regola coranica (IV, 12) che abbiamo avuto spesso occasione di menzionare.

Le regole relative all' ermafrodito sono già state accennate (Lib. IV, § 9).

§ **13.** *Successione dell'avo* (" ǵadd "). — Qui è necessario dire brevemente di un caso speciale di successione agnatizia, quella dell'avo paterno: s'intende per avo ogni ascendente maschio, anche di grado più remoto dell'avo propriamente detto (bisavo, trisavo).

Abbiamo visto che la legge attribuisce il terzo della successione all'avo paterno, quando si trova in concorso coi fratelli del *de cuius*. Tuttavia, per un privilegio singolare, l'avo paterno può rinunciare, se ciò meglio gli conviene, alla sua posizione di erede " farḍ " ed al terzo che gli è riservato per legge, e presentarsi come " 'āṣib " in concorso coi fratelli del *de cuius*. Dipenderà dalle circostanze se gli convenga di far uso di questa facoltà: si supponga che il defunto abbia lasciato tre fratelli germani: l'avo concorrendo come " 'āṣib " e dividendo con loro *per capita*, avrebbe solo un quarto; ha dunque vantaggio in questo caso ad attenersi alla sua legittima del terzo. Se invece non v'ha che un solo fratello del *de cuius*, l'avo dovrebbe preferire di concorrere come " 'āṣib " e chiedere la divisione *per capita*, poichè riceverebbe la metà dell' asse ereditario.

Ma qui sorge una questione. L'avo è *loco patris*, ed è noto che il padre del *de cuius* esclude i fratelli di questo; si dovrà ritenere quindi che l'avo esclude i fratelli, come li escluderebbe il padre ?

È questa infatti la soluzione di Abū Ḥanīfah, il quale invoca la dottrina conforme di parecchi fra i più autorevoli Compagni del Profeta.

Invece i Malichiti e gli Sciafiiti, cui aderiscono i due discepoli principali di Abū Ḥanīfah, vogliono che i fratelli e le sorelle del *de cuius* siano ammessi a concorrere con l' avo.

Questa è la questione celebre nelle Scuole col nome di « muqāsamah " « divisione » o di " akdariyyah " da " Akdar ", nome della donna la cui successione dette luogo al quesito, o del giureconsulto che primo fu consultato in proposito dal Califfo 'Abd al–Malik ibn Marwān [70].

Ecco il caso pratico. Una donna muore lasciando eredi:

1° il marito;
2° la madre;
3° l'avo paterno;
4° la sorella (germana o consanguinea).

In questo caso l' eredità si divide così:

al marito la metà o tre sesti;
alla madre il terzo o due sesti.

Rimarrebbe quindi un sesto da dividere tra l'avo e la sorella; ma poichè per il Corano (IV, 12) l'avo ha diritto in ogni caso al sesto almeno della successione, non rimarrebbe più nulla per la sorella. Ed infatti così decidono i Ḥanafiti, i quali vogliono che, nel caso proposto, l'avo escluda la sorella. Invece le altre Scuole applicano il principio della riduzione (" 'awl ") delle quote ereditarie, secondo il sistema che già conosciamo. Infatti, se si volesse assegnare a ciascun erede la quota legittima che gli spetta, si dovrebbe attribuire:

al marito tre sesti;
alla madre due sesti;
alla sorella tre sesti;
all' avo un sesto;

in tutto nove sesti, con un'eccedenza di tre sesti sull'asse ereditario. Conviene dunque ridurre le quote al nono. invece del sesto, e dare:

al marito tre noni;
alla madre due noni;
alla sorella tre noni;
all' avo un nono;

---

[70] Šāfi'ī, *Risālah*, p. 157; *Muwaṭṭa'*, II, 368–370 e Zurqānī, *ad loc.*; Ibn 'Āṣim, v. 1669; Ḫalīl, XL, n. 8–9; Dardīr–Dasūqī, IV, 413; Dimašqī, II, 57; Mayyārah, II, 306 sg.; Tasūlī, II, 385; *Cod. Egiz.*, a. 609 (3) e 597; Marçais, 154–175; Luciani, 332 sg.; Juynboll, § 55 e art. *Akdariyya* (Enzykl. des Islām); Sachau, 212, 217; Nawawī ad Šīrāzī, 94; Wilson, *Dig.*4, nn. 229–230. Sulla successione dell'avo nel diritto ebraico: Goldziher, *Vorles.*, p. 78, n. 10 § 3.

ma le porzioni della sorella e dell'avo debbono esser considerate come una sola, cioè quattro noni o dodici ventisettesimi, di cui si attribuirà all'avo una porzione doppia di quella della sorella, cioè otto ventisettesimi all'avo, quattro ventisettesimi alla sorella, per la nota regola coranica, che al maschio concede una porzione doppia di quella della femmina.

§ **14.** *Successione del patrono.*

In mancanza degli eredi " 'āṣib " fino al sesto grado, vien chiamato alla successione il patrono [71] (" mawlà ") del defunto, cioè colui o colei che ha dato la libertà al defunto od all'ascendente di questi. Abbiamo già detto che l'affrancamento crea tra il padrone affrancante e lo schiavo affrancato un vincolo speciale (" walā' ") equiparato alla parentela naturale; rispetto al liberto, il patrono è un " 'āṣib " (agnato maschio), equiparato all'agnato naturale, « perchè lo schiavo, mentre si trovava in schiavitù, era come non esistente, e colui che gli ha dato la libertà gli ha dato l'esistenza, precisamente come al figlio, che era non esistente, il padre è stato causa di esistenza... » (az–Zurqānī); il liberto, a sua volta, diventa membro della famiglia del patrono. La Tradizione più antica chiamava tanto il patrono quanto il liberto alla successione l'uno dell'altro [72]. La giurisprudenza ha conservato solo la vocazione del patrono alla eredità del liberto.

Colui che ha convertito un Infedele od ha assistito alla sua conversione (noi diremmo il padrino) non acquista il patronato, nè ha diritto alla sua eredità; l'eredità dell'Infedele convertito all'Islām spetta ai suoi congiunti musulmani, ed in mancanza di questi, all'erario (" bayt al–māl ") [73].

§ **15.** *Successione dell'erario* [74].

Dopo il patrono, la dottrina malichita (e sciafiita) chiama a succedere, ultimo tra gli agnati, il " bayt al–māl " o Erario, escludendo ogni altro parente o consanguineo.

---

[71] *Mud.* VIII, 93; *Muwaṭṭa'*, II, 374 e Zurqānī, *ad loc.*; Ḫalīl, XL, n. 11 (11); XXXVIII, n. 117, 124; Sachau, 193; Clavel, II, n. 610, 627. Il diritto del patrono è abolito nell'India: Wilson, *Dig.*[4], p. 73 e n. 237.

[72] Cf. Abū Dāwūd, III, 42, 43; Buḫārī–Qasṭallānī, VI, 14; Dimašqī, II, 58.

[73] *'Amaliyyāt*, 546.

[74] *Mud.*, VIII, 73; *Muwaṭṭa'*, II, 373; Ḫalīl, XL, n. 11 (12); Dardīr–Dasūqī, IV, 416; Ša'rānī, II, 94 in f.; Zurqānī, VIII, 212; Luciani n. 574, 575; Marçais, p. 77; Sachau, p. 245 § 3, p. 246 § 6, 225; influenza del diritto romano ? Lam-

Mālik diceva: « È opinione generale indiscussa dei dottori del nostro paese (Medina) che il figlio del fratello uterino, l'avo materno, lo zio fratello uterino del padre, lo zio materno, la bisnonna madre dell'avo materno, la figlia del fratello germano, la zia paterna e materna non hanno nessun diritto di successione per il loro vincolo di parentela. Tutte le donne di grado più remoto sono ugualmente escluse. Nessuna donna può essere chiamata alla successione tranne quelle indicate nel *Corano* e nel " ḥadīṯ " (Tradizione). Ora il Libro sacro parla soltanto della madre, delle figlie e nipoti, della moglie, delle sorelle germane, consanguinee ed uterine. Quanto all'ava, il Profeta ha deciso ch'essa aveva diritto ad una quota legittima » [75]. (az-Zurqānī ad *Muwaṭṭa'*, II, 376).

Si fa luogo alla successione dell'erario (" bayt al-māl ") in due casi:

a) quando i legittimari ("ḏawū 'l-farḍ ") sono stati tutti soddisfatti e non esistono agnati cui si possa attribuire la eccedenza disponibile dell' attivo ;

b) nel caso di vacanza della successione, cioè di mancanza delle due categorie di eredi, tanto legittimari (eredi di quota), quanto agnati.

Nel primo caso, la eccedenza disponibile, anzichè accrescersi (" radd ") ai legittimari, si devolve al fisco (" bayt al-māl "); nel secondo caso, l'erario fa sua tutta la successione [76].

Due controversie si ricollegano a questa successione del fisco:

I. Può il *de cuius*, in mancanza di eredi legittimi, riconoscere come " 'āṣib " un estraneo, per modo da conferirgli la qualità di successibile, escludendo il fisco ? Saḥnūn lo ha negato, perchè il fisco è un erede riconosciuto dalla legge, di cui non si può ledere il diritto. Prevale invece la dottrina che ammette quel riconoscimento di erede, non solo perchè Ibn al-Qāsim e la Scuola egiziana l'hanno profes-

---

mens, *Moawia* (*Mél. S. Jos.*, II, 143) cita *Aġānī*, XIX, 37; al-Farazdaq, *Dīwān*, 70, 139); Tasūlī, II, 371; Mayyārah, II, 295, 296; Sāfi'ī, *Risālah*, 156; cf. *'Amaliyyāt*, 538 in f., 539; Bannānī ad Zurqānī, VIII, 213.

[75] Cf. Marçais, p. 45, 75 sg., 177.

[76] *1° caso*: Per esempio, Tizio muore, lasciando erede la sola madre; questa preleva la sua quota legittima (un terzo) e il resto spetta al fisco. Se lascia una figlia unica, questa avrà la metà, il resto va al Fisco. *2° caso*: Tizio muore senza lasciare eredi di nessuna categoria; l'asse intero va al fisco.

sato, ma anche perchè il " bayt al-māl " dei tempi posteriori non ispira più ai giuristi quella fiducia che prima gli era attribuita [77].

II. Colui che muore senza eredi può egli esaurire la totalità del suo patrimonio sì da eseredare il fisco ? La questione è stata assai controversa: la dottrina prevalente lo nega; colui il quale non ha eredi non può disporre di una quota maggiore del terzo, che è la disponibile concessa dalla legge; il resto deve essere assegnato al fisco [78], nella sua qualità di erede legittimo, nonostante ogni disposizione contraria del testatore.

Il " bayt al-māl ", rappresentando la Comunità musulmana, succede in qualità di agnato, in virtù della fratellanza che unisce tra loro tutti i Credenti (*Cor.*, III, 98; XLIX, 10; VII, 73; IX, 72), nonchè delle tradizioni in cui il Profeta dichiara: « Io sono l'erede di coloro che non hanno eredi » [79]. In altri " ḥadīṯ " lo si vede attribuire la successione di chi è morto senza eredi alla *gens* o alla tribù: « Racconta 'Ā'išah: un liberto del Profeta cadde da una palma e morì. Fu portato al Profeta, e questi disse: « Ha egli un parente o consanguineo? ». Gli fu risposto che non ne aveva. E il Profeta disse: « Date quanto ha lasciato ad alcuni degli abitanti del suo villaggio ». Buraydah disse: un uomo della tribù di Azd morì e non lasciò eredi, e il Profeta disse: « rimettete la successione ai maggiorenti della tribù di Ḫuzā'ah ». 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb decise che, quando taluno è alleato (" ḥalīf ") o annoverato tra i componenti di una tribù, la quale ha pagato per lui la " diyah " (composizione o prezzo del sangue per un reato commesso) e gli ha dato aiuto, ed egli muore senza eredi conosciuti, la sua eredità appartiene a quella gente.

§ **16.** Vi sono altri casi di vacanza della successione in cui sorge il diritto dell'erario:

1° l'apostasia: l'apostata condannato come tale diventa estraneo all'Islām; la sua successione non si devolve ai suoi eredi naturali, perchè tra Infedeli e Musulmani non esiste vocazione ereditaria, e si

---

[77] Ḫalīl, XXI, n. 22 e nota 81; *'Amaliyyāt*, p. 544; Bannānī, VI, 108. Il riconoscimento d'un estraneo a detrimento d'un vero erede legittimo sarebbe nullo.

[78] *'Amaliyyāt*, 538-539; Bannānī ad Zurqānī, VIII, 213.

[79] Muslim, *farā'iḍ*, VII, 66, 67; Buḫārī, *farā'iḍ*, 4, 9; Abū Dā'ūd, III, 41, 42; cf. Ḫalīl, l. c., nota 70; Luciani, 113, n. 149. Non manca però tra i Malichiti chi sostiene che la successione vacante si devolve all'Erario per occupazione o presa di possesso (" ḥawz "), come le cose *nullius*: cf. Ḫalīl, l. c., nota 70; Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 296; Bannānī, VIII, 213.

considera quindi vacante; spetta al fisco a titolo di " fay' " (acquisto pacifico) [80] ;

2° spetta inoltre all' erario [81] :

a) la successione vacante del " ḥarbī ", cioè del non Musulmano che non è protetto nè tributario (" ḏimmī "), morto senza eredi in territorio musulmano ;

b) la successione vacante del " ḏimmī " (tributario protetto) sottoposto *vi et armis* (" 'anwat[an] "). Invece la eredità vacante dei " ḏimmī " sottoposti in via pacifica o per capitolazione, come si dice, viene rimessa alla Comunità religiosa cui appartengono, nel luogo della loro residenza ;

c) la successione dell'Infedele convertito all'Islām e morto senz'altri eredi all'infuori dei congiunti rimasti nella loro fede si devolve all'erario, non esistendo vocazione ereditaria tra Musulmani e Infedeli.

§ **17.** *Particolarità ḥanafite.*

La Scuola ḥanafita [82] segue un sistema diverso, cui importa accennare. Mancando gli agnati, la eccedenza, che rimane disponibile dopo il pagamento delle legittime, si accresce (" radd " = restituzione) ai legittimari in proporzione delle loro quote rispettive. Se mancano e i legittimarî e gli agnati, i Ḥanafiti chiamano alla successione i parenti uterini, o congiunti per via di femmine (" ḏawū 'l–arḥām "). E solo in mancanza di questi congiunti, chiamano a succedere il " bayt al–māl " (erario) [83].

Il " bayt al–māl " raccoglie la eredità vacante, secondo i Ḥanafiti, per diritto di occupazione, per lo stesso titolo per cui fa sue le cose *nullius*, e non già in qualità di agnato, come vogliono i Malichiti, perchè l'erario, che non è persona fisica, non può avere vincoli naturali di parentela [84].

---

[80] Dimašqī, II, 54–55; Širāzī, p. 91, 93; Sachau, p. 206; *Minhāǧ*, III, 209; Kohler, *Rechtsvergl. Stud.*, 99.

[81] *Mud.*, VIII, 73; X, 104; Zurqānī, III, 144, 145; Ḫalīl, VIII, n. 8; XL, n. 14.

[82] Dimašqī, II, 53 in f., 54; Wilson, *Dig.*[4], p. 70 sg.; p. 289 nota 3; p. 239–261; p. 293 sg.; *Cod. Egiz.*, a. 584 (6°), 639; *Projet Algér.*, a. 349, 358, 359; Van den Berg, 137, 138; Marçais, 34, 79, 184–195; Clavel, II, n. 613 sg.

[83] Il " Bayt al–māl " è rappresentato nell'India dal Tesoro indiano: Wilson, l. c., p. 73 e n. 265.

[84] Questa divergenza di massima riguarda le sole successioni musulmane. Quanto alle successioni vacanti dei " ḏimmī " ed altri Infedeli, dei paesi occupati *vi et armis*, lo Stato musulmano le fa sue per diritto di occupazione, secondo tutte le Scuole: cf. Zurqānī, III, 144, 145; *Mud.*, X, 104.

I Ḥanafiti fondano la vocazione dei " ḏawū 'l-arḥām " (congiunti per via di femmine o cognati) sopra un " ḥadīṯ " che dice: « lo zio materno è l'erede di colui che non ha eredi ». I Ḥanafiti ne deducono che i parenti in linea femminile debbono essere chiamati in mancanza d'altri [85]. Questo " ḥadīṯ " è però di dubbia autenticità, poichè non è registrato nelle due raccolte di al-Buḫārī e di Muslim, e si trova nel solo Ibn Māǵah. I Ḥanafiti invocano pure il " ḥadīṯ " [86]: " uḫt al-qawm minhum " « la sorella di una gente è una di loro », in altri termini: « la sorella è parte della famiglia ». S'invoca inoltre il passo coranico (VIII, 76): « I consanguinei (" ḏawū 'l-arḥām ") sono più prossimi gli uni agli altri nel Libro di Dio », interpretazione contrastata dalle altre Scuole, specialmente dagli Sciafiiti. Comunque, la categoria dei " ḏawū 'l-arḥām " nel diritto ḥanafita comprende le quattro classi seguenti [87]:

1° i discendenti del *de cuius* in linea femminile, cioè i discendenti tanto maschi che femmine della figlia del *de cuius*, della nipote *ex filio* e via dicendo;

2° gli ascendenti del *de cuius* in linea femminile, che non sono nè legittimari (" ḏū farḍ ") nè " 'āṣib ", e come tali esclusi dalla successione, cioè il nonno, e bisnonno materno, la nonna e bisnonna materna;

3° i discendenti, maschi e femmine, delle sorelle del defunto (germane, consanguinee ed uterine), le figlie o altre femmine discendenti dai fratelli (germani, consanguinei ed uterini), e discendenti maschi del fratello uterino;

4° gli zii e le zie materni (germani, consanguinei ed uterini), e loro discendenti, la zia paterna (germana, consanguinea ed uterina) e suoi discendenti, lo zio paterno uterino e i suoi discendenti di ambo i sessi.

I " ḏawū 'l-arḥām " succedono per classe; ogni classe esclude le altre ed in ogni classe il più prossimo al *de cuius* esclude il più remoto. Tra eredi di classe e sesso uguale, la divisione si fa per capi; se sono di sesso diverso, all'erede maschio si dà una quota doppia di quella della femmina.

In questo sistema, che è seguíto dai Ḥanafiti, l'erario viene pertanto escluso dalla successione finchè esistano parenti naturali. Fin dal 3° secolo dell'Egira, gli Sciafiiti, e con essi molti dottori malichiti,

---

[85] Ibn Māǵah, II, 86; Rāzī, IV, 581; *Cod.*, X, 10, 1, 4: VI, 51, l. un. § 13.

[86] Qasṭallānī, VI, 14.

[87] *Cod. Egiz.*, a. 584, 6°, a. 639-642; *Projet Algér.*, a. 334; Marçais, 183-184; Clavel, II, n. 613-618.

colpiti dal disordine amministrativo e dall'arbitrio del regime politico, propendono verso lo stesso ordine d'idee ed insegnano che la successione dev'essere attribuita ai consanguinei o parenti uterini (" ḏawū 'l-arḥām "), di preferenza che all'erario, quando questo è male amministrato (" ġayr muntaẓim ", *lett.* « non bene ordinato »), cioè quando la gestione non è conforme alle regole coraniche. Coll'andar del tempo, i lamenti intorno alla gestione del " bayt al-māl " si fanno sempre più vivaci. « Noi disperiamo, dice un giurista sciafiita, di vedere il " bayt al-māl " bene amministrato, finchè Gesù non ridiscenda dal cielo » (cioè fino al Giorno del Giudizio). « Io non conosco ormai " bayt al-māl " (*lett.* camera del tesoro); oggi non v'ha più che " bayt ẓulm " (camera d'ingiustizia) », scrive un Malichita, Ibn Nāġī. E poichè il disordine è ormai cronico, si dovranno sempre preferire i parenti naturali al " bayt al-māl ", in mancanza dei successibili determinati dalla legge. A questa regola si attengono gli Sciafiiti più recenti, mentre l'opinione prevalente presso i Malichiti non sa rinunciare all'antica dottrina della successione dell'erario [88].

Il fisco o erario chiamato a raccogliere la successione è quello dell'ultimo domicilio del *de cuius* [89].

Allo Stato, in quanto erede, si applicano, secondo tutte le scuole, le regole della successione ordinaria; e, per esempio, il " bayt al-māl " può, come ogni altro erede, impugnare i legati che eccedono il terzo dell'asse ereditario [90] (Bannānī-Zurqānī, VIII, 213).

CAPITOLO IV.

Liquidazione e divisione delle successioni.

§ **18.** *Rilevamento e liquidazione del passivo* [91]. — Benchè la successione sia trasferita negli eredi fin dalla morte del *de cuius*, essi non hanno facoltà di procedere a verun atto di divisione o di disposizione su quei beni, se prima l'asse creditario non sia depurato dai debiti.

---

[88] Ḫalīl, XXI, nota 81; Dasūqī, IV, 416; Bannānī-Zurqānī, VI, 108; VIII, 212-213; Ṣāwī-Dardīr, *Aqrab al-masālik*, II, 424; 'Ilayš, *Fatāwà* II, 318; Tāwudī-Tasūlī, II, 371; Nawawī, II, 225; Šīrāzī, 93; cf. Juynboll, § 52; Sachau, p. 246 § 6, p. 225.

[89] Tasūlī, II, 371.

[90] *Digest.*, 5, 3, 20 § 7, 54 pr.

[91] *Cor.*, IV, 12-15; Ibn Sa'd, III, 77, l. 2-3; Ḫalīl, XXVI, n. 29; XL, not. 1; Zurqānī, III, 45; VIII, 78; Nawawī, II, 223; Ibn Nuġaym, II, 204-205; *Cod.*

Finchè ciò non sia avvenuto, la successione è considerata quale pegno comune dei creditori del defunto (" rahn ḥukmī " = « pegno virtuale »). *Bona non dicuntur nisi deducto aere alieno* è regola che vale specialmente per il diritto musulmano [92], tanto più necessaria in quanto gli eredi non rispondono delle obbligazioni se non nel limite dei beni da loro raccolti nella successione, i quali, pertanto, si considerano pegno dei creditori.

Avvenuta la morte, si apre pertanto una liquidazione generale del patrimonio, analoga a quella cui si procede in caso d'insolvenza, allo scopo di accertare i debiti e di determinare l'attivo netto da dividersi tra gli eredi. Tutti i debiti del defunto diventano esigibili, anche quelli a termine o garantiti da fidejussore [93]. Quando taluno, dice at-Tāwudī (II, 32), è dichiarato insolvente o muore, si deve bandire alle porte della moschea, nel luogo ove il popolo si raduna: « Il tale è divenuto insolvente (oppure è morto); tutti coloro i quali hanno un diritto verso di lui per ragione di credito, di accomandita o di deposito, sono invitati a dichiararlo al " qāḍī " ».

Si deve quindi, prima d'ogni altra operazione, detrarre dall'attivo quanto è dovuto dal defunto, cioè [94]:

1° i valori appartenenti ai terzi che si trovano presso il defunto a titolo di deposito, di pegno, di comodato, di accomenda (" qirāḍ "); quelli oppignorati dal defunto presso i terzi a garanzia delle obbligazioni da lui contratte (anche lo schiavo delinquente, perchè considerato pegno della parte lesa fino al risarcimento): i beni su cui è ancora dovuta la decima legale (" zakāh ");

2° se il *de cuius* è morto insolvente, si debbono detrarre i valori e le merci rivendicati dai creditori per mancato pagamento del prezzo e che si ritrovino ancora identici nella successione;

Egiz., a. 583; *Projet Algér.*, a. 264; *Minhāǧ*, I, 450; Van den Berg, 130; Sachau, 323; Wilson, *Dig.*4, p. 67 e n. 85; p. 222, 332, n. 157–161; Tornauw, ZVRW, V, 164–165, 174 sg.

[92] *Cod.*, VI, 61, 8 § 4: « . . .*Cum etiam apud veteres haec esse substantia intelligatur, quae post detractum aes alienum supersederit* ».

[93] *Mud.*, XIII, 86 pr.; XIV, 15; Ḫalīl, XVIII, n. 10 bis; XL, n. 1 e not. 10; Ibn Nuǧaym, II, 212. Si eccettuano le locazioni in corso, che non sono dovute per anticipazione, il prezzo essendo dovuto solo dopo ottenuto il godimento (*'Amaliyyāt*, 346–347; opinione prevalente); Ibn 'Āṣim, v. 1048.

[94] *Cor.*, IV, 12, 15, 61; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 8, 9; *ǧanā'iz*, n. 26; *Mud.*, XII, 131; Ḫalīl, XL, n. 1; cf. lib. II, n. 66; XXVII, n. 42; Nawawī, II, 223; Šīrāzī, n. 91; *Minhāǧ*, I, 450; Luciani, n. 43; Clavel, II, n. 642.

3° le spese funerarie;

4° i debiti *semplici*, cioè non garantiti da pegno (o come noi diremmo chirografari), anche se siano a termine o garentiti da fidejussore. Secondo la Tradizione « il debito deve essere pagato prima del legato »;

5° finalmente i legati, i quali sono pagabili sul terzo del patrimonio che rimane disponibile, dopo dedotto quanto sopra.

Qualora il patrimonio risulti insufficiente a far fronte a tutte le passività qui enumerate, queste saranno pagate nell'ordine seguente:

1° i debiti del defunto garantiti da pegno, quelli dovuti all'erario per la decima legale (" zakāh "), i depositi;

2° le spese funerarie;

3° sull'eccedenza eventuale, si pagano gli altri creditori, al *pro rata* del loro avere.

Se i debiti assorbono tutto l'attivo, i legati diventano caduchi, poichè il legato è una liberalità. « Nessuna donazione è lecita, se non quando (il donante) abbia quanto basti per sè », cioè per far fronte ai suoi impegni (*nemo liberalis nisi liberatus*).

L'eccedenza, dopo pagati i debiti ed i legati, costituisce l'attivo netto o successione propriamente detta (" tarikah, farīḍah, mīrāṯ ") da dividersi tra gli eredi.

§ **19.** *Divisione della successione* [95]. — Il patrimonio attivo netto (mobili e immobili), depurato dagli oneri ereditari, dà luogo ad una comunicazione o quasi società, in cui ciascuno degli eredi ha una parte indivisa proporzionale alla sua quota di eredità; questa comunione è regolata dalle norme generali della comunione di cui abbiamo parlato trattando dei diritti reali (Lib. VI, § 44, vol. I, p. 387–393).

Il diritto islamico riconosce pienamente il diritto che nessuno è tenuto a rimanere nella comunione (cf. *Digest.*, 12, 6, 26 § 4) « perchè la indivisione è molto spesso cagione di discordie e di litigi tra i soci ». (Tasūlī; cf. *Digest.*, 8, 2, 26). Ogni erede può pertanto chie-

---

[95] *Mud.*, XIV, 219; Ibn ʿĀṣim, v. 959 sg.; Ḫalīl, XXVI, n. 25; Ḫiršī, VI, 196; Dardīr–Dasūqī, III, 450; Mayyārah, II, 58; Tāwudī–Taṣūlī, II, 122; *ʿAmaliyyāt*, p. 308 sg.; Clavel, II, n. 632, 640; cf. Wilson, *Dig.*[4], p. 313 e n. 208; p. 268–269; *Projet Algér.*, a. 257, 258, 263, 362–363; Mercier, *La propr. fonc. en Algérie*, 13: « L'indivision est très pratiquée par les Musulmans . . . le copropriétaire n'a pas le droit de provoquer la licitation. S'il veut sortir d'indivision, il demande le partage en nature, amiable ou par voie de tirage au sort, qui lui est accordé si sa part n'est pas trop infime. Dans le dernier cas, il peut faire expertiser la chose indivise, et contraindre ses copropriétaires à lui payer la valeur proportionnelle de ses droits ».

dere la divisione quando meglio gli convenga, salvo che si tratti di cose che per loro natura non possono essere divise (per esempio, un passaggio comune).

La Scuola malichita vuole tuttavia che si differisca la divisione in due casi:

1° se tra gli eredi vi è un impubere [96], si deve soprassedere alla divisione fino a ch' egli abbia acquistato la piena capacità di agire (" rušd "), tranne il caso di urgenza o quello di necessità, cioè quando un compartecipante *sui juris* insista per uscire dalla comunione. L'urgenza o la necessità debbono essere dichiarate dal giudice, il quale assisterà alla divisione assieme al rappresentante legale del minorenne;

2° se, al momento in cui si apre la successione, vi è tra gli eredi un nascituro, si aspetterà il parto prima di procedere al pagamento dei legati e alla divisione, perchè si ignora se il feto verrà alla luce, o nascerà vitale, se sarà maschio o femmina ecc., circostanze tutte che modificano la divisione [97]. Gli Sciafiiti (e la Scuola malichita egiziana con a capo Ašhab) vogliono che si dia intanto ai legittimari la quota minima cui avrebbero diritto in ogni caso, salvo a liquidare definitivamente i diritti di ciascuno, avvenuto che sia il parto [98].

§ **20.** Comunque, gli eredi non possono procedere alla divisione, nè il giudice autorizzarla « se non dopo che gli eredi abbiano giustificato l'origine della proprietà da loro raccolta nella successione e (provato) ch'essa era rimasta in proprietà del loro autore e dopo averne preso possesso. Essi debbono provare inoltre il decesso del loro autore e il titolo per cui sono chiamati a succedere » [99].

§ **21.** Vi sono vari modi di divisione [100]:

A) La divisione può essere fatta convenendo che ciascuno dei condividenti avrà, per turno (" muhāya'ah, qismat tahāyu' "),

---

[96] Ibn 'Āṣim, v. 971; Tāwudī–Tasūlī, II, 129; Mayyārah, II, 63; Nawawī, II, 244; Wanšarīsī, XIII, 258–260.

[97] *Mud.*, XIII, 43–45; XII, 142: Ibn 'Āṣim, v. 1689; Tasūlī, II, 126, 397; Ibn Farḥūn, I, 129; Ḫalīl, XL, n. 32; XXVI, n. 30; Dasūqī, III, 453; IV, 433; Clavel, II, n. 638; *Cod. Egiz.*, a. 631–632. Se il nascituro è l'unico erede, si aspetterà il parto prima di decidere se la successione debba devolversi al fisco per vacanza.

[98] Su altri sistemi malichiti: Tāwudī–Tasūlī, II, 397.

[99] Ibn al–Ḥaǵǵ ap. Wanšarīsī, XIII, 261; Ibn 'Āṣim, v. 970; Tasūlī, II, 128.

[100] Ḫalīl, XL, n. 1–3; Dasūqī, III, 438; Ḥiršī, VI, 184; Ibn 'Āṣim, v. 950, 955, 956, 962; Mayyārah, II, 58; *Projet Algér.*, a. 365, 372, 378; Sachau, p. 717 sg.

il godimento delle cose ereditarie. La legge musulmana non fissa il limite di tempo a questo godimento per turno, che ha necessariamente il carattere di una divisione provvisoria, ed è equiparato, quanto ai suoi effetti, alla locazione-conduzione. Quando però si tratta di cosa destinata ad essere locata (case, mulini, bestie da soma ecc.) in cui oggetto della divisione è l'affitto o rendita che se ne ritrae, la legge non permette di adottare questo modo di divisione, perchè la rendita può variare da un giorno all'altro e ciò darebbe alla divisione un carattere aleatorio, salvo che si tratti di periodi abbastanza lunghi per compensare le variazioni che avvengono da un periodo ad un altro (cf. Wanšarīsī, XIII, 261-262).

B) La divisione definitiva dipende dalle convenzioni dei condividenti. I coeredi, se sono tutti capaci e presenti o legittimamente rappresentati, possono dividere l'asse ereditario tra loro, in quel modo che a loro piace (" qismat murāḍāh " o " qismat al-wifāq " = divisione di comune accordo o convenzionale), e, per esempio, un erede può cedere ad un altro erede la propria quota in tutto od in parte mediante altre cose o valori della stessa successione (è il cosiddetto " taḫāruǵ " assai usitato in Egitto). [101] Questa divisione convenzionale tra coeredi si considera, dai giuristi, come una reciproca compravendita traslativa di proprietà e regolata, quanto ai requisiti e agli effetti, dalle stesse norme di questa.

C) La divisione volontaria tra coeredi può farsi anche mediante sorteggio (" qur'ah "). In questo caso, la divisione non si considera traslativa, ma dichiarativa di proprietà (" tamyīz ḥaqq "), non ammette la rescissione per causa di lesione, può essere forzosa [102].

§ **22.** La divisione non può effettuarsi se non per sorteggio e coll'intervento del " qāḍī " quando tra i coeredi vi sia un assente, un impubere, un interdetto, o quando gli eredi non riescano ad intendersi tra loro.

Per la divisione giudiciale valgono le norme seguenti [103].

La divisione deve tener conto degli interessi di tutti i parteci-

---

[101] Clavel, II, n. 635; *Cod. Egiz.*, a. 636; cf. *Projet Algér.*, a. 269; cf. Ibn 'Āṣim, v. 324; Buḫārī, *ḥawālāt*, n. 1 (Krehl, II, 55); *ṣulḥ*, 13 (Krehl, II, 170); *Mud.*, XIV, 168.

[102] *Mud.*, XIV, 198; Ḫalīl, XL, nota 8-9; Clavel, II, n. 654.

[103] Ḫalīl, XXVI, 3[bis] e sg.; Ibn 'Āṣim, v. 953-991; Dardīr-Dasūqī, III, 440; Ḫiršī, VI, 186 sg.; as-Saraqusṭī, ap. Wanšarīsī, A.M., XIII, 470; Ibn Lubb, *ibid.*, 256-257; Mayyārah, II, 58 sg., 62 sg.; Tāwudī-Tasūlī, II, 121-123, 129 sg.; Sachau, p. 120 sg., 277, 689; Clavel, II, n. 648 sg.

panti [104]. L'asse ereditario viene diviso in tanti lotti per quante sono le specie di valori compresi nella eredità. Così gl'immobili urbani formano un lotto, i fondi rustici un altro, le stoffe, le gioie, i crediti, gli altri valori mobili tanti lotti distinti. I frutti e altri prodotti della terra non si possono dividere prima che siano giunti a maturità, per evitare ogni alea. In ogni lotto si fanno, a cura di un perito divisore (" qassām "), tante parti quante sono le quote da prelevare, quando si tratta di eredi " farḍ ", oppure quanti sono i condividenti, quando si tratta di altri eredi; ogni erede maschio riceve una parte doppia di quella assegnata alle femmine.

La divisione si fa in natura; ogni lotto deve comprendere, per quanto è possibile una stessa quantità di mobili, d'immobili e di crediti di valore uguale. Il perito iscrive i lotti sopra tante schede ed estrae poi a sorte tra gli eredi. Per le cose indivisibili, o difficilmente divisibili, si fa luogo ad una licitazione tra gli eredi; qualora questi rifiutino di concorrervi, si procede alla vendita ed il ricavato viene diviso tra gl'interessati. La quota degli assenti (non presenti) è depositata presso il "qāḍī" o altro depositario di fiducia, fino al loro ritorno. Le spese di stima, di perizia e di divisione si ripartiscono in parti uguali tra gli eredi.

§ **23.** *Rescissione della divisione.*

La divisione è rescindibile:

a) se tutti gli eredi chiamati a succedere non vi abbiano preso parte o non siano stati legalmente rappresentati (cf. *Cod.*, III, 38, 3) [105];

b) se sia stata effettuata prima del pagamento dei debiti e dei legati [106]. Gli eredi possono tuttavia impedire la rescissione offrendo di pagare il debito o di consegnare il legato dovuto. Sono tenuti solidalmente qualora abbiano conosciuto la esistenza del debito o del legato quando hanno compiuto la divisione. Se l'abbiano ignorata, gli eredi sono tenuti personalmente, e solo nel limite dei diritti ereditari di ciascuno. Se però uno di essi sia detentore di beni spettanti alla successione, egli risponde fino a concorrenza del valore dei beni da lui posseduti;

---

[104] Così in diritto romano l'azione *communi dividundo*, che era di buona fede: *Digest.*, 10, 3, 14 § 1, 24 pr.; *Inst.*, IV, 6, 28.

[105] Ibn 'Āṣim, v. 985; Tasūlī, II, 134 in f., 135; Clavel, II, n. 657.

[106] Ibn 'Āṣim, l. c.; as-Suyūrī ap. Wanšarīsī, XIII, 265; Ḫalīl, XXVI, n. 27, 29; Ḫiršī, VI, 198 sg.; Zurqānī-Bannānī, VI, 161; Mayyārah, II, 67; Tasūlī, VI, 161; Mayyārah, II, 67; Tasūlī, II, 135; Clavel, II, n. 643 sg.

c) la rescissione della divisione[107] può essere richiesta:

1° dall'erede evitto della parte maggiore (cioè superiore alla metà) dei beni posti nel suo lotto;

2° per lesione grave ("ġabn fāḥiš"); è lesione grave quella che appare evidente anche ai meno pratici della materia; del pari è lesione grave il vizio redibitorio per cui il valore della cosa attribuita all'erede viene deprezzato di più della metà (o secondo altri, di oltre due terzi).

L'azione rescissoria non può proporsi quando l'erede abbia lasciato trascorrere, senza reclamare, più d'un anno dall'avvenuta divisione.

Dichiarata la nullità o la rescissione della divisione, i beni ereditari sono riposti in natura o per il loro valore nella massa comune, e si fa luogo ad una nuova divisione; ma le alienazioni fatte in buona fede e per il giusto prezzo dagli eredi non sono soggette a rescissione, ed essi dovranno solo conferire alla massa il valore dei beni alienati.

Se l'evizione o la lesione non sono talmente gravi da giustificare la rescissione, e per esempio, se si tratta di lesione o evizione che diminuisce solo di un quarto il valore delle cose attribuite all'erede, l'erede evitto o leso avrà solo ricorso per garentia contro i suoi coeredi. Questi rispondono in proporzione delle loro quote ereditarie. Se uno di essi è insolvente, gli altri saranno tenuti per la sua parte.

TITOLO III.

Dei testamenti e dei legati ("waṣāyā")[108].

§ **24.** *Carattere della "waṣiyyah" o testamento.*

Il testamento ("waṣiyyah", pl. "waṣāyā") era usitato in Arabia prima del Profeta, specie nei centri urbani, come la Mecca e Medina, ove pare fosse di pratica comune.

---

[107] Ibn 'Āṣim, v. 978–979, 954, 961, 964; Ḫalīl, XXVI, n. 28; Ḫiršī, VI, 198; Dasūqī, III, 451; Abū Ibrāhīm ap. Wanšarīsī, XIII, 263; Mayyārah, II, 58, 60, 61, 65; Tasūlī, II, 124, 126, 132; *Projet Algér.*, a. 379–380, 383–384; Clavel, II, n. 656, 661 sg.

[108] Clavel, II, n. 705 sg.; Zeys, II, p. 211–226; Juynboll, § 56 e art. *Law* (*Muh.*) in *Hastings' Encycl. of Rel.*, VII, p. 877; Hughes, *Dict. of Islam*, s. v. "bequest" e "wills"; Wilson, *Dig.*4, n. 270 sg.; Van den Berg, p. 137; Peltier, *Test.*, 1909.

Secondo il Corano (II, 176; V, 105), la " waṣiyyah " è atto non solo lodevole, ma doveroso, e le tradizioni, a lor volta, la raccomandano con particolare insistenza[109]. « L'uomo deve aver sempre pronto il testamento (" waṣiyyah ") », dice il Profeta (Buḫārī, *waṣāyā*, n. 1). Ed in un'altra tradizione: « Il Musulmano, che possiede qualche cosa di cui può disporre per causa di morte, non deve passare due notti senza che il suo testamento si trovi scritto presso di lui »[110]. E ciò si comprende, poichè nella mente del Profeta la " waṣiyyah " avrebbe dovuto integrare la successione legittima. Era il modo di assicurare sulla parte disponibile della successione la sorte dei parenti più poveri, che la legge escludeva dalla eredità, e di provvedere a quegli atti di beneficenza (emancipazione di schiavi, legati ai poveri ecc.) che non si potevano fare sulle quote riservate agli eredi legittimi, e così di temperare la rigidità delle regole poste alla successione legittima e di conferire al testatore una certa libertà nella disposizione delle proprie sostanze.

La " waṣiyyah " musulmana non è, come il testamento romano, l'atto con cui vien istituito un erede che continua la personalità giuridica del defunto; è molto più affine a quell'atto di ultima volontà che i Romani chiamavano *Codicillo* (cf. *Digest.*, 29, 7, 20)[111]. I Malichiti la definiscono un atto col quale il testatore costituisce, sul terzo disponibile dei suoi beni, un diritto che diverrà « effettivo (" lāzim ") alla sua morte » (Ibn 'Arafah). È un atto di beneficenza, posto tra gli atti a titolo gratuito e altre forme di donazione (" hibah ") e che difatti rammenta la donazione in molte sue regole.

La disposizione quanto ai beni non è essenziale al concetto del testamento islamico (" waṣiyyah "). Si chiama pure testamento (" waṣiyyah ") l'atto con cui s'impongono certi oneri ai propri eredi, per esempio compiere un pellegrinaggio per il testatore, o si dà la libertà ad uno schiavo o s'istituisce un " waqf " dopo la propria morte o si dichiara la esistenza di un debito o di un deposito di cui al creditore mancherebbe altrimenti la prova. È anche " waṣiyyah "

---

[109] Ša'rānī, *Kašf*, II, 50; Qayrawānī, II, 173 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 1374 sg.; Ḫalīl, XXXIX, n. 1; Tasūlī, II, 292.

[110] *Cor.*, II, 176; IV, 9; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 6, 10, 18; cf. i testi citati: Ḫalīl, XXXIX, nota 1.

[111] " waṣiyyah " da " awṣà " « raccomandare, prescrivere » o, secondo i giuristi, da " waṣà " « unire, congiungere », perchè « il testatore congiunge il tempo successivo alla sua morte con quello che la precede ». Si chiama " waṣiyyah " tanto l'atto quanto la cosa che ne è oggetto.

l'atto con cui s'incarica una persona di pagare i debiti del disponente, di curare l'esecuzione delle sue ultime volontà, di dare la libertà ad uno schiavo, o di riconoscere un figlio del disponente ed anche di assumere la tutela dei suoi figli [112]. Le disposizioni, che non hanno carattere patrimoniale, ed anche l'atto che le contiene, si chiamano tecnicamente " īṣā' " (per distinguere da " waṣiyyah ", che è più specialmente la disposizione o l'atto di ultima volontà relativa ai beni).

Si vede a quanti fini diversi possa servire la " waṣiyyah " islamica e come per questi suoi caratteri si avvicini più al Codicillo giustinianeo che non al testamento propriamente detto.

SEZIONE I. — Elementi essenziali della "waṣiyyah".

§ **25.** Gli elementi essenziali (" arkān " = colonne) di un atto di ultima volontà sono [113]:

1° il testatore o disponente (" mūṣī ");
2° il legatario o beneficato (" mūṣà lahu ");
3° l' oggetto della disposizione (" mūṣà bihi ");
4° la espressione della volontà o forma (" ṣīġah ").

§ **26.** I. *Il testatore o disponente.* — Nel testatore si richiede la capacità di testare. È capace di testare [114] il libero, Musulmano o non Musulmano, dotato di discernimento. È quindi capace di testare:

a) l' impubere, purchè fornito di discernimento, se dall'atto stesso non risulti evidente la sua immaturità. Gli Sciafiiti richiedono la pubertà;

b) il prodigo inabilitato o interdicendo, secondo i Malichiti e gli Sciafiiti [115];

---

[112] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 4; Nawawī, II, 279, 280; Dimašqī, II, 59-60; Ibn 'Arafah ap. Mayyārah, II, 216; Ibn Sa'd, V, 260 (testam. di Muḥammad ibn Muslim † 177), *ibid.*, V, 149 (testam. di 'Abd Allāh ibn 'Umar); Peltier, *Test.*, p. 8 nota; Juynboll, § 56 in f.

[113] Ḫalīl, l. c., n. 1 e nota 1; Juynboll, § 56; Tornauw, p. 149; Van den Berg, 138.

[114] *Mud.*, XV, 33; *Muwaṭṭa'*, III, 230; Ḫalīl, h. t., n. 1 e not. 4-6; XV, n. 4; Dardīr-Dasūqī, IV, 375 sg.; Nawawī, II, 258; Ibn 'Āṣim, v. 1374-1376; Mayyārah, II, 216 e Raḥḥāl *ad loc.*; Wanšarīsī, XIII, 445-446; Sachau, p. 189, 235; Juynboll, § 56; Wilson, *Dig.*[4], n. 279-281; *Cod. Egiz.*, a. 531-532; *Projet Algér.*, a. 388; Clavel, II, n. 706.

[115] *Secus* i Ḥanafiti: *Cod. Egiz.*, a. 490, 532.

c) il "ḏimmī" libero; la validità della sua "waṣiyyah" è regolata dalla sua legge personale (cf. Ulp., XX, 14 in f.).

Per giudicare della capacità del disponente, si ha riguardo al momento in cui il testamento è stato fatto; l'incapacità sopravvenuta dopo non nuoce alla validità del testamento (cf. *Digest.*, 34, 7, 1 pr.; *Inst.*, II, 12, § 1–2).

Invece, non hanno facoltà di testare [116]:

1° Per mancanza di capacità giuridica:

a) lo schiavo (salvo che il padrone ve l'autorizzi), perchè non ha patrimonio proprio;

b) l'apostata, fin dal momento in cui viene esortato a pentirsi, se non si retratta, perchè viene assimilato all'Infedele ostile ("ḥarbī") (cf. *Cod.*, I, 7, 3; *Digest.*, 1, 5, 4, § 5).

2° Per mancanza totale o parziale della capacità di agire:

a) il demente (salvo i lucidi intervalli) [117], l'ubriaco, l'impubere privo di discernimento;

b) il malato, se per effetto di quella malattia sia incapace di discernimento (cf. *Cod.*, VI, 22, 3 pr.; *Digest.*, 28, 1, 2, 10);

c) l'insolvente dichiarato tale o l'oberato prossimo all'insolvenza (cf. Ḫalīl, Lib. XIV, nota 1), perchè il legato è una liberalità e nessuno può donare finchè non sia libero da debiti.

II. *Il legatario* ("*al-mūṣà lahu*"). — La seconda colonna ("rukn") o elemento costitutivo della disposizione di ultima volontà è il legatario o beneficato ("mūṣà lahu") [118].

Il beneficato dev'essere capace di acquistare le cose o i diritti che sono oggetto della disposizione. Questa capacità deve esistere al momento in cui il testamento viene redatto.

È capace di ricevere per atto di ultima volontà colui che è vivo al momento in cui l'atto è costituito, anche se impubere o nascituro, cioè vivente nell'alvo materno. È controverso se si possa testare a favore di chi è soltanto sperato. L'opinione prevalente è per l'affermativa.

---

[116] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 8–10; *Muwaṭṭa'*, III, 230; Ḫalīl, l. c., 13.

[117] In caso di dubbio, cioè quando i testimoni dichiarano, gli uni che il testatore si trovava in un lucido intervallo, gli altri che non, prevalgono i testimoni che attestano la lucidità: Tasūlī, II, 293.

[118] *Mud.*, XV, p. 25, 30; Ḫalīl, XXXIX, n. 3, 7 e not. 17, n. 10, 11; Ibn 'Āṣim, v. 1377; Dardīr–Dasūqī, IV, 376, 379; Zurqānī, VIII, 178; Nawawī, II, 259, 260; Tasūlī, II, 293, 296; Clavel, II, n. 713; Wanšarīsī, XIII, 456–458; Wilson, *Dig.*[4], n. 276, 278; *Cod. Egiz.*, a. 531, 532, 540, 542.

La disposizione fatta a favore di chi era già morto al momento in cui il testamento è stato redatto, è valevole, secondo i Malichiti, solo quando il testatore sapeva che il legatario era già morto [119]. In questo caso, il legato viene impiegato a pagare i debiti del legatario premorto e, se non vi siano debiti, viene rimesso ai suoi eredi.

La differenza di culto non osta alla validità del legato; il tributario protetto ("ḏimmī") può ricevere un legato da un Musulmano o da un altro tributario protetto.

Lo schiavo è capace di ricevere un legato e lo acquista se il testatore aveva l'animo di beneficarlo personalmente; in caso diverso, il legato si presume fatto al padrone [120].

Non si richiede che il legatario sia una persona fisica; si può disporre anche in favore del Tempio di Gerusalemme, della "Ka'bah", di una moschea, d'un ospizio, d'un pubblico istituto d'insegnamento ("madrasah"). In questi casi il legato si presume destinato sia alla manutenzione del tempio ed al servizio del culto, sia a beneficio dei poveri che ne sono soccorsi [121].

§ **27.** Sono incapaci a ricevere per disposizione di ultima volontà:

1° l'apostata (opinione prevalente), fin dal momento in cui è esortato a pentirsi, se rifiuta di ritrattarsi e sia perciò condannato;

2° colui che volontariamente od involontariamente ha cagionato la morte del disponente [122], salvo che il testatore, pur sapendo a chi deve attribuire la propria morte, abbia testato in suo favore od abbia lasciato invariate le disposizioni già prese [123].

Quid se il testatore abbia ignorato che il legatario fosse l'omicida? L'opinione prevalente è per la nullità del legato.

3° È incapace [124] di ricevere per testamento l'erede legittimo del testatore, quando con lui concorrono altri eredi; in altri termini, è

---

[119] Secondo gli Sciafiiti il legato sarebbe nullo in tutti i casi: Dimašqī, II, 62.

[120] Il servo fa suo il legato finchè non piaccia al padrone di togliergliclo: Tasūlī, II, 293.

[121] Buḫārī, *waṣāyā*, n. 30; Ḫalīl, l. c., n. 9; Zurqānī, VIII, 178; Tasūlī, II, 293; Nawawī, II, 260; *Cod. Egiz.*, a. 532, 541.

[122] *Mud.*, XV, 34–35; Ḫalīl, XXXIX, n. 12–13; Dardīr–Dasūqī, IV, 379; *Projet Algér.*, a. 391, 1ª; *Cod. Egiz.*, a. 539; Clavel, II, n. 715; Wilson, *Dig.*4, n. 275.

[123] Cf. il caso della riabilitazione nel nostro Codice Civile, a. 726.

[124] Ibn 'Āṣim, v. 1380, 1399; Mayyārah–Raḥḥāl, II, 217–218, 225; Tasūlī, II, 294–295; Ḫalīl, h. t., n. 80 e nota 20, n. 13ter e nota 32, n. 41; Dardīr–Dasūqī, IV, 380; Nawawī, II, 260; Wanšarīsī, XIII, 447; Dimašqī, II, 60; Sachau, p. 233 sg.; 189 § 19; Clavel, II, n. 717; *Cod. Egiz.*, a. 536, 537, 539; *Projet Algér.*, a. 391, 392.

inefficace il legato fatto ad un erede legittimo ("wārit̲"), poichè vi si ravvisa un mezzo di favorire un erede a detrimento degli altri [125].

Veramente il Corano (II, 176) prescrive ad ogni Musulmano, quando sia in grado di farlo, di provvedere nel suo testamento ai genitori ed ai parenti più prossimi. Ma la dottrina ritiene che questo precetto sia stato abrogato dalle norme con cui il Corano stesso ha disciplinato le successioni legittime, ammettendovi i genitori (*Cor.*, IV, 12); si trovò opportunamente una tradizione ("ḫabar", cioè tradizione fondata sopra una testimonianza unica), secondo la quale il Profeta avrebbe detto: «Dio ha assegnato (nel Corano) una quota fissa ad ogni erede; perciò ogni disposizione di ultima volontà a favore di un legittimario è inefficace» (cf. *Cor.*, IV, 37).

Il possesso della qualità di erede si considera al momento della morte del testatore [126], quindi il legato fatto ad un erede si convalida, se alla morte del testatore il legatario ha perduto la qualità di erede per il sopravvenire, per esempio, di un erede più prossimo che lo esclude. E viceversa, il legatario validamente istituito perde il legato, se al momento della morte egli si trova ad aver acquistato la qualità di erede per la morte, ad esempio, dell'erede che lo escludeva.

La disposizione testamentaria in favore d'un erede non è nulla *ab initio*, ma è subordinata, per la sua validità, alla ratifica degli altri eredi. Questi possono rinunciare a prevalersi del divieto opposto dalla legge, e in questo caso la disposizione si convalida; solo è controverso se sia da considerare come liberalità fatta da loro ovvero dal testatore [127]. La ratifica data da alcuni eredi ha effetto solo rispetto a coloro che l'hanno data, e non obbliga gli altri.

Si reputa legato, agli effetti della legge, e quindi nullo quando sia fatto ad un erede, anche il riconoscimento di debiti ("iqrār"), la libe-

---

[125] Sarà da considerare persona interposta ("muttahim") lo schiavo o il figlio dell'erede od un suo amico intimo, e quindi vietato il legato fatto a quelle persone ? Questione controversa: Mayyārah, II, 218, 220–221 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, II, 295; *'Amaliyyāt*, p. 537, l. 1–11. (Prevale la negativa: il legato è valido, salvo il diritto degli eredi di provare il dolo).

[126] *Mud.*, XV, p. 36; Ḫalīl, h. t., n. 41; Ibn 'Āṣim, v. 1383.

[127] Se si considera la liberalità come fatta dagli eredi, si richiederà per l'acquisto che il legatario ne prenda possesso; invece per una semplice ratifica di liberalità già posta in essere dal testatore la presa di possesso non sarà necessaria: Mayyārah, II, 218. Prevale la dottrina che considera la ratifica come liberalità posta in essere dagli eredi: Tasūlī, II, 294.

razione da un debito, la vendita fatta a prezzo di favore, la costituzione di " waqf ".

Tuttavia, mentre il diritto islamico vieta la liberalità *causa mortis* in favore d'un erede, permette invece, senza restrizione, la donazione tra vivi, anche se la liberalità fatta all'erede comprenda tutti i beni del donante; la legge non obbliga nemmeno l'erede donatario a conferire alla successione quanto ha ricevuto, od a subire una riduzione proporzionale sulla quota che gli spetta [128].

Egli è che il diritto islamico considera la liberalità fatta da chi è in piena salute come una forma di beneficenza, un modo di provvedere ai parenti più bisognosi, cui la legge non assicura una quota nella successione. Da ciò il favore con cui queste disposizioni sono trattate nel " ḥadīṯ " e nella dottrina: « La migliore beneficenza è quella che si fa quando taluno è in buona salute ed è attaccato ai propri beni e teme la povertà, sperando di vivere ancora. Non aspettate che l'anima sia giunta alla gola per dire: date tanto a tale e tanto al tal'altro, perchè (allora) gli date solo quanto già gli appartiene » [129]. Il concetto del " ḥadīṯ " è che, quando un individuo è prossimo a morire, il suo patrimonio è vincolato in favore dei successibili; egli cessa di poterne disporre liberamente ed ogni atto da lui costituito è in certo modo fatto a spese degli eredi, mentre, quando dona essendo in piena salute, egli ha veramente l'animo di beneficare, perchè dona del suo.

§ **28.** III. *Oggetto della disposizione di ultima volontà* (" *al-mūṣà bihi* "). — S'intende per oggetto della disposizione di ultima volontà tanto la cosa di cui si dispone quanto il fine che si propone il disponente.

Si può disporre [130] per atto di ultima volontà di tutte quelle cose di cui il disponente abbia la proprietà attuale o sperata nel momento in cui ordina il testamento, e che sono trasmissibili ad altri, qualunque ne sia la natura. Può essere quindi oggetto di disposizione testamentaria una cosa individualmente determinata, o solo determinata per

---

[128] Così Malichiti, Sciafiiti e Ḥanafiti: cf. *Cod. Egiz.*, a. 503, 520; Clavel, II, 717, 677; *Projet Algér.*, a. 368 nota. I giuristi dell'antica Scuola di Medina non ammettono il riconoscimento di debito fatto da chi è in buona salute in favore di un erede: cf. Ibn 'Āṣim, v. 1399; Mayyārah, II, 225.

[129] Ša'rānī, *Kašf*, II, 50.

[130] Ibn 'Āṣim, v. 1379; Mayyārah, II, 217; Tasūlī, II, 294; Ḫalīl, h. t., n. 1, 2, 13[bis], 34, 43, 49, 50; Dardīr–Dasūqī, IV, 275, 387, 397, 398; Nawawī, II, 261; Dimašqī, II, 59, 62; Sachau, p. 236; Wilson, *Dig.*[4], n. 277; Clavel, II, n. 719 sg.; *Projet Algér.*, a. 394, 395; *Cod. Egiz.*, a. 531, 533, 534, 588.

il suo genere od in modo alternativo (« lego uno dei miei due schiavi »), un credito, un assieme di beni, ad esempio, una parte o la totalità di un patrimonio, una quota ideale di proprietà, la costituzione di un diritto d'uso o d'usufrutto, un nudo dominio, un valore indeterminato (« lego i frutti che si trovano su quella pianta »), una cosa aleatoria (« il mio servo fuggitivo, il raccolto di quest'anno »), o futura od anche semplicemente sperata (« il parto nascituro della mia schiava », « i figli che la mia schiava partorirà nel periodo di dieci anni da questa data »). La legge è larghissima in questa materia, perchè, trattandosi di un acquisto puramente lucrativo per il legatario, anche l'alea e la indeterminatezza dell'oggetto non ostano alla validità dell'atto.

Non vale il legato di cose di cui è vietato il commercio (per esempio, vino, suini), se fatto ad un Musulmano.

Il legato di cosa altrui è valevole solo quando il disponente non sapeva che la cosa era d'altri; il diritto romano, che ha la stessa regola, ne dà la ragione: *forsitan enim, si scisset alienam, non legasset.* Questo legato impone agli eredi l'obbligo di acquistare la cosa e di consegnarla al legatario.

La disposizione di ultima volontà deve avere uno scopo lecito[131], cioè non contrario alle regole etico-religiose o giuridiche dell'Islām. Sarebbe quindi invalido, per esempio:

a) il legato destinato alla costruzione di una chiesa, di una sinagoga, o per provvedere ad un culto non musulmano, anche se il disponente sia un " ḏimmī ";

b) il legato destinato a compensare un fatto turpe o delittuoso;

c) quello che implica offesa ai principî del diritto o della religione; per esempio, la erezione d'un mausoleo per il defunto, o porre un candelabro d'oro o d'argento presso la tomba d'un santo (" walī "), il legato d'uno schiavo musulmano ad un infedele, ed anche il legato fatto da un infedele a favore del culto musulmano, perchè si afferma che Mālik abbia rifiutato una somma inviata da una donna cristiana e destinata alla Ka'bah.

È valido invece il legato istituito a scopo benefico o caritatevole, anche se fatto da un " ḏimmī " a favore dei seguaci d'un culto non musulmano; tale sarebbe, ad esempio, la erezione o il mantenimento

---

[131] aš-Šāṭibī ap. Wanšarīsī, XIII, 460-461; al-'Uqbānī, *ib.*, 460; Ḫalīl, XXXIX, n. 13bis; Ṣāwī-Dardīr, II, 410; Dardīr-Dasūqī, IV, 380; Hughes, *Dictionary of Islam*, s. v. " wills " (p. 668) e " zimmī " (p. 713); cf. *Digest.*, *de leg.*, I, 112 § 3.

d'un ospizio, d'un orfanotrofio, d'un ospedale, la distribuzione periodica di alimenti a poveri e via dicendo.

§ **29.** IV. *La forma.* — L'ultima colonna (" rukn ") o elemento essenziale del testamento (" waṣiyyah ") è la forma (" ṣīġah ") o espressione di volontà [132].

Questa espressione non è vincolata a nessun termine solenne; si esige solo che faccia intendere chiaramente la mente del disponente e l'oggetto della disposizione. Espressioni come: « date il tale oggetto a Tizio » oppure « lego il tale oggetto a Tizio » sono sufficienti a costituire il legato, mentre la incertezza o indeterminatezza (" ġarar ") dell'oggetto sarebbero ragione di nullità per insufficienza dell'espressione; così ad esempio, se il disponente avesse usato una espressione come: « Lego . . . », senza aggiungere altro.

La " waṣiyyah " può farsi:

1° Per iscritto [133]; è questa la forma che il " ḥadīṯ " suppone più ordinariamente.

La " waṣiyyah " può essere scritta sia di pugno del testatore, sia per mano d'altri, sotto dettatura del testatore, Ma, tanto in un caso quanto nell'altro, occorre che il disponente ne abbia fatto prender atto da due testimoni idonei (*Cor.*, V, 105–107; II, 177–178). Non è essenziale che il contenuto dell'atto sia stato comunicato ai testimoni; basta che l'atto sia loro presentato dal testatore e che questi abbia loro detto che conteneva le sue disposizioni di ultima volontà e abbia loro detto che conteneva le sue disposizioni di ultima volontà e li abbia specialmente richiesti di attestare l'identità dell'atto loro esibito, o abbia detto espressamente, nel presentarlo ai testimoni o nel darne lettura: « Date esecuzione a quest'atto ».

Il testamento è valido, anche se i testimoni ne ignorino il contenuto, purchè riconoscano il plico o il foglio per quello che è stato loro presentato dal testatore come contenente le sue ultime volontà; non importa che l'atto sia rimasto nelle mani del testatore fino alla sua morte, purchè non presenti traccia di alterazioni o di cancellatura.

---

[132] Ḫalīl, XXXIX, n. 4; Dardīr–Dasūqī, IV, 376 sg.; Zurqānī–Bannānī, VIII, p. 176; Dimašqī, II, 62; Ša'rānī, II, 96; Clavel, II, n. 733 sg.; *Projet Algér.*, a. 407–409.

[133] Ḫalīl, l. c., n. 53, 55, 57; cf. n. 17; Ibn Farḥūn, I, 207; Wilson, *Dig.*⁴, n. 282; cf. la formola di testamento pubblico (sciafiita) ap. Tornauw, ZVRW, V, 171 sg.; N. Tornauw, *Moslem. Recht*, p. 151.

Si può anche testare con atto olografo e senza testimoni, purchè nell'atto il disponente specifici di averlo scritto di suo pugno e di averlo depositato presso una persona determinata, prescrivendo di prestar fede alla dichiarazione del depositario per quanto riguarda la identità dell'atto (cf. *Cod.*, VI, 23, 28 § 1).

Finalmente la " waṣiyyah " scritta si può fare dinanzi al " qāḍī ", e basta, in questo caso, l'attestazione del magistrato, come nel testamento *in actis* o *apud acta* del diritto giustinianeo (*Cod.*, VI. 23, 19 *init.*; *Novell.*, 63 § 2).

Non ha efficacia il semplice testamento olografo non confermato dal disponente colla formola: « Dategli esecuzione », o non depositato, o la cui scrittura non sia stata verificata [134]. Secondo la dottrina di al-Laḫmī, quando l'atto è scritto di pugno del disponente e contiene l'ordine di dargli esecuzione, allorchè la scrittura ne sia riconosciuta, l'atto dev'essere eseguito, avvenuto che sia il riconoscimento della scrittura [135].

2° La " waṣiyyah " può anche esser fatta oralmente, specialmente quando il disponente sia in punto di morte o si trovi nella impossibilità di scrivere (cf. *Digest.*, 32, 21 pr.; *Cod.* VI, 42, 22). La disposizione orale di ultima volontà è valida, se la volontà del disponente è stata espressa in presenza di due testimoni maschi idonei (" 'adl "), preferibilmente parenti del testatore [136].

Il Corano (V, 105) vuole che i testimoni siano Musulmani; ma poichè l'applicazione rigorosa di questo precetto non sarebbe stata sempre facile, se il Musulmano si fosse trovato in paese straniero, il Corano ammette che si possa assumere testimoni anche non Musulmani (Ebrei o Cristiani). Il Corano esige poi in questo caso che i testimoni infedeli confermino con giuramento la verità della loro testimonianza. E per maggior cautela concede ai parenti del defunto la facoltà di impugnare questa testimonianza mediante un giuramento contrario.

Questa fu la giusriprudenza fino ad al-Buḫārī. Ma la dottrina posteriore, seguendo l'indirizzo ostile ai " ḏimmī " che si osserva in varie parti del diritto all'epoca degli 'Abbāsidi, ritenne che la regola

---

[134] Ša'rānī, II, 98; Dimašqī, II, 63; Ibn Zarb ap. Wanšarīsī, XIII, 461; Dardīr, IV, 400.

[135] Tasūlī, II, 297; *'Amaliyyāt*, 540.

[136] *Cor.*, V, 105; II, 177; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 5 e 35; Ḫalīl, h. t., n. 4; Ša'rānī, II, 98; Van den Berg, 138; Wilson, *Dig.*[4], n. 282; Peltier, *Test.*, p. 85-86.

del versetto 105 fosse abrogata e sostituita da altro versetto (*Cor.*, II, 282) così concepito: « O voi che credete ! quando contraete un debito a un certo termine, mettetelo per iscritto... chiamate ad attestarlo due uomini scelti tra voi; se non trovate due uomini, chiamate a testimoni un uomo e due donne tra quelle che vi soddisfano (come idonee), affinchè, se una dimentica, l'altra possa ricordare ».

3° La " waṣiyyah ", secondo Malichiti e Sciafiiti, può esser fatta anche con gesti, quando il disponente non può parlare, purchè i gesti siano intelligibili e non equivoci [137].

§ **30.** La disposizione testamentaria (come il Codicillo romano) [138] può essere sospesa ad una condizione o ad un termine, risoluto o sospensivo.

Ad esempio, si può legare l'usufrutto dei propri beni per un tempo, o fino ad una certa data, o far dipendere il legato dall'avverarsi o meno di un certo fatto: « se non torno da questo viaggio », « se non mi nascerà un figlio » e così via. Si può anche far dipendere il legato dall'esecuzione, per parte del legatario, di certi atti, come, per esempio, pregare per il defunto, compiere un pellegrinaggio per lui; questa forma di legati corrisponde, come si vede, a quella che i Romani chiamavano *legati sub modo*. Se gli atti imposti al legatario fossero illeciti, la disposizione testamentaria sarebbe nulla. Così se s'imponesse il pagamento di una certa somma ad una persona per comprare vino od altre cose impure, oppure il legato fosse ordinato come compenso per commettere un omicidio.

Il legato sospeso a condizione lecita decade, se la condizione non si avvera.

SEZIONE II. — Limiti della facoltà di disporre *causa mortis* [139].

§ **31.** Si legge nelle tradizioni di al-Buḫārī (*waṣāyā*, n. 2; cf. *zakāh*, n. 46): « Sa'd ibn Abī Waqqāṣ disse: Il Profeta venne a visitarmi

---

[137] *Cor.*, IV, 105-107; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 5; Ḫalīl, h. t., n. 4; Van den Berg, 138; cf. *Digest.*, *de leg.*, III (32), 21 pr.

[138] Ḫalīl, l. c., n. 17; Dasūqī, IV, 381; *Projet Algér.*, a. 412; *Cod. Egiz.*, a. 533, 553-3°.

[139] *Muwaṭṭa'*, III, 230; Buḫārī, *waṣāyā*, n. 2-3; Ḫalīl, l. c., 13[ter] (il testo di Ḫalīl nella versione italiana offre una trasposizione che ne altera il senso, e si deve così correggere: « Il legato è nullo se fatto ad un erede, *e così è nullo* per quanto eccede il terzo del patrimonio disponibile del testatore calcolato al giorno della ese-

mentre mi trovavo malato alla Mecca . . Io gli dissi: O Profeta di Dio, sono in procinto di disporre per testamento di tutto il mio patrimonio ». « No », disse il Profeta. « E allora della metà », soggiunsi. « No ». « E allora del terzo ». « Il terzo va bene (disse il Profeta), il terzo è già molto. Certo, se tu lasci i tuoi eredi benestanti è meglio che se li lasci in miseria a stender la mano alla gente. Ogni volta che tu spendi qualcosa per il sostentamento di uno (dei tuoi) è già come se tu facessi un'elemosina. Qualunque cosa, perfino il boccone che tu metti in bocca a tua moglie ».

Il concetto è chiaro: il Legislatore ha voluto limitare la parte disponibile nell' interesse del gruppo familiare, cui, dopo morte, debbono devolversi i beni, e che non dev'esserne frustrato per un capriccio od un arbitrio.

Su questa tradizione si fonda la regola: chi non lascia eredi legittimi (sia eredi " farḍ " o " 'aṣabah "), può, per atto di ultima volontà, disporre della totalità dei suoi beni [140]; chi ha eredi legittimi dell'una o dell'altra categoria può disporre solo del terzo. Gli altri due terzi sono la parte dei patrimonio che la legge vuol riservata agli eredi legittimi.

S'intende per *terzo disponibile* il terzo dell'attivo netto [141], cioè il terzo del patrimonio depurato dai debiti ed oneri ereditari, computando nell'attivo il valore degli schiavi affrancati *post mortem* e dei beni su cui è sostituito un usufrutto risolubile alla morte del beneficato [142], in una parola i beni che il testatore sapeva di avere il giorno della morte.

---

cuzione del legato, se il legato è fatto in favore di un terzo estraneo, cioè di non erede »). Ibn 'Āṣim, v. 1374; Nawawī, II, 262, 265 sg.; Mayyārah, II, 216, 218; Dasūqī, IV, 379, 380, 399; Sachau, p. 189 § 17–18, 228, 339 § 4, 349; Wilson, *Dig.*[4], n. 270–271, 284; *Cod. Egiz.*, a. 534; Clavel, II, n. 722–723 sg.; Van den Berg, 137; Dimašqī, II, 61; Goldziher, *M. St.*, II, 396; Caetani, 10 H., § 78.

[140] Colui che muore senza eredi può egli esaurire la totalità del suo patrimonio, sì da eseredare l'erario ? La questione è controversa; l'opinione prevalente ritiene che, anche quando non esistano altri eredi oltre il fisco, il testatore non può disporre di una quota maggiore del terzo, il resto essendo dovuto al fisco in qualità di " 'āṣib " o agnato: cf. *'Amaliyyāt*, pp. 538–539 e questo Manuale p. 521.

[141] Nel limite del terzo disponibile le disposizioni del testatore sono inattaccabili, anche se si provi ch'egli ha voluto, con quelle disposizioni, danneggiare gli eredi (cf. *'Amaliyyāt*, p. 537).

[142] Ḫalīl, XXXIX, 52; Ibn 'Āṣim, v. 1382; Mayyārah, II, 219.

E si considera *atto di ultima volontà* non solo quello posto in essere dal malato grave, ma anche quello di chi per legge è equiparato al malato grave (Lib. IV, § 11). In tutti questi casi si dice dai giuristi che quegl'individui sono vincolati o inabilitati (" maḥǵūr ") per quanto eccede il terzo; in altri termini, le liberalità fatte dal malato o dalle persone a lui assimilate vengono imputate sulla parte disponibile, cioè sul terzo dell'attivo netto, e non possono eccedere quella quota.

La disposizione di ultima volontà che eccede il terzo disponibile non è nulla *ab initio* (dottrina prevalente), ma è subordinata all'esito della malattia o del pericolo che sovrasta il disponente al momento in cui dispone. Se sopravvive, la disposizione si considera valida, in quanto ha la natura di una donazione fatta da chi si trova nello stato normale. Se invece il disponente soccombe, la soluzione è controversa. Vi sono infatti due dottrine:

1° Secondo gli uni, le disposizioni eccedenti il terzo disponibile sono colpite di nullità assoluta, e non varrebbe a convalidarle nemmeno la ratifica degli eredi [143].

2° La seconda dottrina (prevalente), in cui consentono anche Sciafiiti e Ḥanafiti, insegna che la sorte di quelle disposizioni è sospesa alla decisione degli eredi, i quali hanno facoltà sia di ratificarla, sia di rifiutarne la esecuzione per quanto eccede la quota disponibile [144].

A) Se la ratificano, la " waṣiyyah " si convalida ed è dovuta per intero. In questo caso, e per quanto eccede la quota disponibile, i legatari si considerano donatari degli eredi e non del testatore. Poichè, dicono i nostri giureconsulti, quando gli eredi consentono ad eseguire la disposizione del testatore che intacca i due terzi a loro riservati, egli è come se avesse rinunciato, per quel tanto, ai due terzi che loro spettavano [145].

La ratifica deve essere data dagli eredi capaci di disporre dei loro beni, o da chi li rappresenta legittimamente. Se una parte degli eredi ratifica, mentre gli altri rifiutano il loro consenso, il legato varrà in proporzione della quota degli eredi assenzienti.

---

[143] Qasṭallānī ad Buḫārī, *waṣāyā*, n. 6; Peltier, *Test.*, p. 20.

[144] Zurqānī, ad *Muwaṭṭa'*, III, 236; Ḫalīl, l. c., n. 14 e not. 35–36; Nawawī, II, 262–263; Dimašqī, II, 60; *Cod. Egiz.*, a. 537; *Projet Algér.*, a. 401–402, 387.

[145] *'Amaliyyāt*, p. 540, l. 6–7; aṣ-Ṣaġīr ap. al-Wanšarīsī, XIII, 450. La dottrina non è però pacifica; altri ritengono che qui si tratti di esecuzione della volontà del testatore: cf. Ḫalīl, l. c., nota 36; Dimašqī, II, 60.

Quanto al momento in cui la ratifica può essere data, le Scuole sono discordi [146]. Pei Malichiti è valida ed irretrattabile la ratifica data dagli eredi, prima della morte del *de cuius*, durante l'ultima sua malattia; non già quella emessa prima della malattia, mentre il testatore era ancora in buona salute. Per gli Sciafiiti, la ratifica data dagli eredi è sempre revocabile, tanto quella emessa durante l'ultima malattia, quanto quella data prima.

B) Supponiamo invece che gli eredi rifiutino di eseguire le disposizioni eccedenti il terzo disponibile; i Malichiti e gli Sciafiiti distinguono [147]:

1° le disposizioni di cui il testatore ha ordinato l'esecuzione integrale; queste sono soddisfatte integralmente e per privilegio sul terzo disponibile;

2° invece tutte le altre disposizioni subiscono una riduzione proporzionale, e sono soddisfatte su quanto rimane del terzo dopo il pagamento dei legati privilegiati.

Quando il terzo disponibile non basta a pagare tutti i legati, e manchi ogni indicazione speciale del testatore, si pagano di preferenza i legati seguenti in quest'ordine [148]:

1° il legato fatto per riscattare uno schiavo;

2° l'affrancamento dello *statu liber*;

3° il resto del dono nuziale (" kālī ") dovuto alla moglie sposata dal *de cuius* nell' ultima malattia;

4° la "zakāh " o elemosina legale dovuta dal defunto;

5° la " fiṭrah " (elemosina per la fine del digiuno);

3° la " kaffārah " o espiazione dovuta dal defunto per " ẓihār " o per omicidio;

7° la " kaffārah " dovuta per infrazione del digiuno;

8° quella da lui dovuta per violazione dei doveri del culto;

9° il voto (" naḏr ") da lui emesso e non soddisfatto.

Ci limitiamo a queste categorie, rinviando a Ḫalīl chi voglia conoscere le altre.

---

[146] *Muwaṭṭa'*, III, 232; Ḫalīl, l. c., 39, 40; Dardīr–Dasūqī, IV, 389; Ibn Lubb ap. Wanšarīsī, XIII, 448–449; Dimašqī, II, 60.

[147] Ḫalīl, l. c., n. 46; Dardīr–Dasūqī, IV, 392; Zurqānī, VIII, 191; Nawawī, II, 263; Clavel, II, n. 726.

[148] Ḫalīl, l. c., n. 46; *Inst.*, II, 22, § 3; *Digest.*, *de leg.*, I, 80; 35, 2, 73 § 5, 88 pr., § 1–2; *Novell.*, 119, c. 11.

SEZIONE III. — Revoca delle disposizioni testamentarie ("ruǵū' 'ani 'l-waṣiyyah").

§ **32.** Di regola [149] « colui che ha diritto di testare ha il diritto di revocare la sua disposizione ». Si legge nel " ḥadīṯ ": « Diceva Ibn 'Umar al-Ḫaṭṭāb: ognuno può mutare quel che gli pare nel testamento, sia che si tratti di affrancamento o di altre disposizioni. 'Ā'išah diceva: scrivete nel vostro testamento: qualora la morte mi sorprenda prima che io abbia mutato il mio testamento... ».

La revoca può essere totale o parziale, ma non si estende mai agli affrancamenti contenuti nell' atto, che sono irrevocabili [150] nel limite del terzo disponibile.

La revoca può essere fatta dal testatore in qualunque momento, e anche sul letto di morte, sia espressamente, sia tacitamente (*voluntas defuncti ambulatoria est usque ad mortem*).

La revoca espressa risulta da una dichiarazione precisa di volontà del disponente.

La revoca tacita si desume da ogni atto dal quale risulti in modo non equivoco la mutata volontà del testatore e, per esempio, da ogni atto per cui egli dispone in altro modo della cosa di cui aveva già disposto, o ne alteri o ne modifichi la qualità o la sostanza [151].

Varrebbe perciò **revoca** della disposizione l'alienazione della cosa legata, o la sua trasformazione per modo che perda il nome con cui prima veniva indicata; per esempio, la emancipazione, anche condizionale od a termine, dello schiavo legato. « E così anche, dice Ḫalīl, se (il testatore) miete il raccolto, se tesse il filo, se adopera il metallo d'argento, se macella l'animale, se taglia il pezzo di stoffa... ».

---

[149] Ša'rānī, *Kašf*, II, 52; Nawawī, II, 278; Ibn 'Āṣim, v. 1310, 1381; *Cod. Egiz.*, a. 544–546; Mayyārah, II, 218; Clavel, II, n. 736; Wilson, *Dig.*4, n. 291–293.

[150] L'antica Scuola medinese estendeva la revoca anche agli affrancamenti; la questione è controversa nel diritto posteriore (Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 218).

[151] *Mud.*, XV, 10–12; *Muwaṭṭa'*, III, 229 sg.; Ḫalīl, h. t., n. 16–22; Dardīr-Dasūqī, IV, 382; Ibn 'Āṣim, v. 1381; Mayyārah, l. c.; Nawawī, II, 278; *'Amaliyyāt*, p. 534; Sachau, 227; Ibn Rušd, ap. Wanšarīsī, XIII, 450; *Projet Algér.*, a. 417–421; *Cod. Egiz.*, a. 544. Quid se il testatore si è obbligato nell'atto stesso a non revocare la sua disposizione ? La questione è vivamente controversa; cf. Tasūlī, II, 295; *'Amaliyyāt*, p. 534. L'opinione prevalente nega ogni effetto all'obbligo di non revocare, perchè è una clausola contraria alla natura dell'atto.

Non si presume invece la revoca se il testatore dà in pegno la cosa legata, perchè, secondo i Malichiti, oppignorare non è alienare; il pagamento del debitore fa carico agli eredi [152].

Quando il testatore [153] lega una cosa ad una persona, poi la stessa cosa ad un'altra persona, senza revocare il primo legato, tale legato non s'intende annullato; i due legatari concorrono per parti uguali nel legato, il quale, se non è divisibile, diventa loro proprietà comune.

Non si presume la revoca:

1° se il testatore fa dei restauri all'immobile legato, ed anche se lo demolisce interamente, purchè assieme all'edifizio sia stata legata anche l'area sulla quale sorge l'edifizio; in caso di demolizione il legato s'intende ridotto al terreno;

2° se costruisce sul terreno legato; in questo caso il terreno colle costruzioni diventa proprietà comune degli eredi (per il valore delle costruzioni) e del legatario (per il valore del terreno) [154].

SEZIONE IV. — Acquisto del legato.

§ **33.** La disposizione testamentaria è una promessa (" 'idah ") sospesa ad una condizione, cioè la morte del testatore. Se il testatore muore senza averlo revocato, il legato è dovuto (" wāǵib ", " lāzim " = obbligatorio) [155], cioè diventa definitivo (*dies legati cedit*) e fa carico alla successione. Ma il legato, come ogni liberalità, non si acquista dal beneficato o legatario se non quando egli l'abbia accettato, tacitamente od espressamente, dopo la morte del testatore.

Onde la conseguenza che il legato decade se il legatario non è più in vita il giorno in cui si apre la successione; così ad esempio, il legato fatto al nascituro diventa caduco se il feto non nasce vivo o non

---

[152] *Secus* gli Sciafiiti: *Minhāǵ*, II, 478.

[153] *Mud.*, XV, 69; Ḫalīl, l. c., n. 18; Dimašqī, II, 60. Dottrina comune a tutte le scuole. *Contra* Ibn Lubb ap. Wanšarīsī, XIII, 451–452.

[154] La costruzione sul terreno legato importerebbe revoca del legato, secondo gli Sciafiiti.

[155] Ibn 'Arafah (Mayyārah, II, 216); Ibn Abī ad-Dunyā ap. Wanšarīsī, XIII, 446; *Projet Algér.*, a. 424–427; Raḥḥāl ad Mayyārah, II, 218, l. 3 dal b.; Tasūlī, II, 293, l. 1: " taǵibu ka-dayn ".

nasce vitale e generalmente negli altri casi, se il legatario premuore al testatore [156].

L'accettazione del legatario deve esser dichiarata dopo l'apertura della successione, cioè quando il legato è dovuto (*dies legati cedens*). Sarebbe inefficace un'accettazione preventiva, ossia emessa prima della morte del *de cuius* (e così il rifiuto), perchè questi può mutar volontà fino alla morte, e perchè non si può accettare (o rifiutare) quanto non si è ancora acquistato. Lo schiavo legatario può accettare senza l'autorizzazione del padrone.

Se il legatario muore prima di aver ricevuto notizia del legato o di aver potuto dichiarare la sua decisione, egli trasmette al proprio erede la facoltà di accettare o di rifiutare. Se tra gli eredi alcuni accettano ed altri rifiutano, l'accettazione vale per gli eredi che l'hanno emessa, non per i rinunciatari.

Non si richiede accettazione:

a) se il legato è fatto a persona indeterminata (per esempio, i poveri);

b) nel caso di legato di libertà fatto ad uno schiavo, perchè lo schiavo non può rifiutare la libertà; un legato cosiffatto è valido anche senza accettazione o malgrado il rifiuto.

L'effetto dell'accettazione si retrotrae al giorno in cui si è aperta la successione, perchè fin da quel giorno il legato è dovuto [157]. Il legatario acquista, dal giorno della morte, non solo la cosa legata, ma anche i frutti maturati nel frattempo, fino a concorrenza del terzo disponibile [158]. Gli eredi rispondono quindi verso di lui dei frutti da loro percetti nel frattempo, e dei danni che fossero dovuti a loro colpa. Se però i frutti naturali prodotti dopo la morte del testatore sono dovuti al loro lavoro, gli eredi avranno il diritto di ritenerli, nonchè di ripetere i frutti provenienti dalla stessa causa e ancora pendenti.

---

[156] *Mud.*, XIII, 31, l. 6 dal b.; XV, 35, 73, 107 sg.; Ḫalīl, h. t., n. 5–7; Dardīr–Dasūqī, IV, 377; Ibn ʿĀṣim, v. 1378; Nawawī, II, 268; Tasūlī, II, 294; Dimašqī, II, 60; Mayyārah, II, 217; Van den Berg, 139; Clavel, II, n. 737; Wilson, *Dig.*[4], n. 294–297; *Cod. Egiz.*, a. 543, 546.

[157] La questione è controversa presso gli Sciafiiti: cf. Nawawī, II, 268; ed anche presso i Malichiti: *ʿAmaliyyāt*, p. 535.

[158] Se è legato, per esempio, un frutteto che vale 1000, somma uguale al terzo del patrimonio, e il prodotto del frattempo sia di 200, il legatario avrà cinque sesti più un terzo di sesto del fondo: Tasūlī, II, 294.

SEZIONE V. — Esecuzione ed interpretazione delle disposizioni di ultima volontà [159].

§ **34.** La interpretazione o la esecuzione delle disposizioni di ultima volontà può talvolta presentare qualche dubbiezza. Giova indicare alcune regole date in proposito dalle fonti malichite e sciafiite, premettendo che, nell'interpretare i legati, si deve seguire l'uso comune delle parole e non il senso classico o lessicografico. Così, ad esempio, se il testatore lega a qualcuno « il " ḍi'f " della quota di mio figlio », si dovrà intendere la parola " ḍi'f " nel senso di *doppio*, come vuole l'uso ordinario, o nel senso di *simile* o *equivalente*, come vorrebbe il dizionario ? Si dovrà intendere *doppio*, perchè è l'accezione comune della parola, e dare al legatario una doppia quota; così intendono Ḥanafiti e Sciafiiti, mentre i Malichiti professano due opinioni diverse [160].

a) Il legato della stessa cosa fatto a due persone determinate (legato *duobus conjunctim legatum*, *duobus re conjunctis*) appartiene per intero ad uno dei legatari, se l'altro era già morto al momento in cui è stato fatto il testamento o muore prima che la successione sia aperta. Se risulta però che era volontà del testatore di attribuire a ciascuno dei legatari una parte della cosa, il legatario superstite avrà solo la metà del legato. Quando il legato è fatto ad un nascituro, e invece di uno nascono due gemelli, il legato si divide per metà tra i due.

b) Il legato fatto ai parenti (" aqārib ") del testatore s'intende fatto a quei parenti che non sono suoi eredi, senza distinzione di sesso nè di età. Se è fatto ai parenti di una persona estranea alla famiglia del testatore, il legato si presume fatto a tutti i parenti di quella persona, compresi i suoi eredi. La ragione della distinzione è chiara, se si rammenti che è proibito di fare una liberalità per testamento ai propri eredi.

Nella parola *parenti* (" aqārib ") s'intendono compresi tanto quelli della linea materna quanto quelli della linea paterna. Secondo i Malichiti, se il testatore non ha espresso una volontà contraria, i

---

[159] Ḫalīl, h. t., n. 3, 21, 24, 25, 34, 36, 44, 45, 49, 50; Dardīr–Dasūqī, IV, 376, 384; 'Abd an–Nūr ap. Wanšarīsī, XIII, 456; Nawawī, II, 269–271; Dimašqī, II, 62; Van den Berg, 139; Clavel, II, n. 728 sg.; Wilson, *Dig.*[4], n. 287–289, 295; *Projet Algér.*, a. 418, 428, 434; *Cod. Egiz.*, a. 540, 550–553; Peltier, *Test.*, p. 33 sg.

[160] Dasūqī, IV, 398; Ḫalīl, XXXIX, n. 49.

parenti della linea paterna sono preferiti a quelli della linea materna, e, tra questi, non già i più prossimi al *de cuius*, ma i più poveri. Gli Sciafiiti non fanno distinzione ed ammettono ugualmente al legato tanto i parenti ricchi quanto i poveri.

c) Il legato fatto « ai vicini » dà luogo a qualche difficoltà. *Vicini* (" ǵīrān " pl. di " ǵār ") significa, in genere, nel diritto malichita, tutti coloro che abitano in prossimità del disponente, fino a quaranta case di distanza, da ambe le parti [161]. Nel caso speciale del legato, s'intende per « vicini » solo quelli immediatamente contigui e le mogli con loro conviventi.

d) Il legato di una « quota ereditaria » dà diritto ad una quota virile, cioè uguale a quella che spetterebbe ad un erede se la divisione avvenisse per capi.

e) Il legato « dell'usufrutto » o « dell'uso », a perpetuità o senza determinazione di tempo, s'intende fatto per tutta la durata della cosa.

f) Se il legato consiste in un numero di cose da prendersi tra altre della stessa specie (per esempio, « dieci pecore del mio gregge »), si dovrà eseguire integralmente il legato, anche se al momento della esecuzione non esista più nella successione che quel numero di cose che sono state legate.

Se, invece di una quantità o numero determinato, il legato consiste in una quota ideale (il terzo di un gregge, per esempio), e se una parte di quelle cose fosse perita, il legatario non avrà diritto se non ad una quota corrispondente di quanto è rimasto in essere; e nella specie al terzo di quanto è rimasto del gregge [162].

g) Quando il testatore ha legato una cosa determinata rispetto al genere (per esempio, una pecora), e non vi sia nella successione alcuna cosa di quella specie, si dovrà prendere sull'asse ereditario la somma necessaria ad acquistare una cosa di media qualità di quella specie, che sarà rimessa al legatario [163].

Se però il testatore avesse detto che quella cosa avrebbe dovuto prelevarsi da altre della stessa specie esistenti nella sua eredità, e non se ne trovi alcuna nell'asse ereditario, il legato sarebbe nullo. Così, per esempio, se ha detto: « Lego a Tizio una pecora del mio gregge » e non abbia mai posseduto un gregge.

---

[161] Dimašqī, II, 62.

[162] *Digest.*, *de leg.*, 3, 79 pr.

[163] *Digest.*, 33, 6, 3 pr.; *de leg.*, 1, 37 pr., 45 § 1, 110.

h) Quando si sono legate più cose ad una stessa persona, questa ha diritto a tutti i legati, purchè non siano tutti della stessa specie.

Se le cose fossero tutte della stessa specie e differissero solo rispetto alla quantità, sarebbe dovuto solo il legato di maggior valore, anche se primo per ordine di data.

i) Il legato di cosa altrui non è nullo, ma impone all'erede l'obbligo di acquistare la cosa e di consegnarla al legatario. Se il proprietario della cosa rifiuta di venderla per il prezzo medio offerto, l'erede dovrà offrire un terzo di più. Qualora il proprietario, per desiderio di maggior lucro, persista nel suo rifiuto, la somma offerta, cioè il prezzo aumentato del terzo, dovrà essere rimesso al legatario, invece dell'oggetto dovuto. Se il proprietario, per capriccio o per malanimo, rifiuta di venderla a qualunque prezzo, il legato sarà considerato ineseguibile, e quindi nullo (cf. *Instit.*, II, 20, § 4).

SEZIONE VI. — Dell'esecutore testamentario ("waṣī").

§ **35.** L'esecutore testamentario[164] è la persona incaricata dal disponente di pagare i suoi debiti, di restituire i depositi, di consegnare i legati ed anche di esercitare la tutela sui figli minorenni del disponente. Quando non gli è deferita la tutela, egli ha carattere di mandatario incaricato di curare che le disposizioni del testatore abbiano effetto[165]. Si chiama "wiṣāyah" l'ufficio del curatore o tutore testamentario e "waṣī" colui che ne è incaricato.

L'esecutore testamentario dev'essere pubere e *sui iuris* ("rašīd"), godere buona fama di perizia negli affari e di probità.

Può essere esecutore testamentario anche la donna libera o schiava.

L'esecutore testamentario può rifiutare l'ufficio. Questo rifiuto è irrevocabile, secondo i Malichiti.

L'esecutore testamentario, il quale ha accettato l'ufficio, può revocare la sua accettazione prima della morte del testatore; dopo

---

[164] Ḫalīl, XXXIX, n. 58–61; Dardīr–Dasūqī, IV, 401; Saḥnūn e Ibn Rušd, ap. Wanšarīsī, XIII, 455; *'Amaliyyāt*, 537, 541; Nawawī, II, 279–282; Ša'rānī, II, 97; Sachau, 190 § 22, 237 § 22; Van den Berg, 140; Wilson, *Dig.*4, n. 164–166, 171, 175–190.

[165] Ve ne è esempio molto antico nel testamento di 'Abd Allāh b. Mas'ūd (m. 32 H.): Ibn Sa'd, III, 1°, 112, l. 15 sg.

avvenuta la morte, non può revocare la sua accettazione senza giusti motivi [166]. Egli deve esercitare personalmente il suo ufficio, nè può sostituirsi altra persona senza giusti motivi.

Se i poteri dell'esecutore testamentario non sono determinati, per esempio, se sia istituito colle parole: « Nomino il tale a mio esecutore testamentario », senz'altro, egli si presume investito del mandato generale di liquidare tutti gli affari de *de cuius* [167], di pagarne i debiti, di consegnare i legati, ed anche della tutela dei minorenni, nel qual caso egli ha tutti i poteri del tutore.

Se invece i suoi poteri sono stati determinati, egli potrà fare solo gli atti indicati nel suo mandato [168].

Se il testatore ha istituito due o più esecutori testamentari, si presume che siano stati nominati congiuntamente. Non potranno quindi agire separatamente, salvo che il testatore ne abbia loro dato la facoltà.

L'esecutore testamentario deve conto del suo mandato e, specialmente, è tenuto a provare che ha erogato i valori a lui affidati nel modo prescritto dal testatore [169]. Egli risponde, tanto verso gli eredi che verso i legatari e creditori della successione, solo del suo dolo o dell'abuso dei suoi poteri. Se ha una condotta irregolare o si dimostra impari all'ufficio, per incapacità od altre ragioni, il giudice è tenuto a revocarlo. Se sia anche incaricato della tutela, risponderà secondo le regole ordinarie di questa [170].

I poteri dell' esecutore testamentario cessano :

1° colla esecuzione degli incarichi a lui affidati ;

2° ovvero collo spirare del termine o l'avverarsi della condizione risolutiva stabilita dal testatore.

---

[166] La questione è però controversa: '*Amaliyyāt*, p. 541.

[167] Non comprende tuttavia l'amministrazione dei " waqf " costituiti dal *de cuius*: '*Amaliyyāt*, 537. La nomina in questa forma sarebbe nulla per gli Sciafiiti: Nawawī, II, 282.

[168] « Ogni esecutore testamentario è mandatario . . . »: Ibn Rušd ap. Wanšarīsī, XIII, 455.

[169] '*Amaliyyāt*, 541 in f., 542.

[170] Abū Sāliḥ ap. Wanšarīsī, XIII, 454.

LIBRO XVI

DIRITTO GIUDIZIARIO

TITOLO I.

Preliminari.

CAPITOLO I.

Teoria sociologica dei giuristi [1].

§ **1.** La società si fonda sulla natura dell'uomo: l'uomo è un essere debole, limitato nelle sue facoltà, illimitato nei suoi bisogni, cui occorre, ad ogni momento, l'aiuto degli altri uomini. Da ciò una naturale inclinazione che lo porta a ricercare la società dei suoi simili ed una divisione, non meno naturale, del lavoro comune, necessario a provvedere alle necessità di ciascuno. Ma, allo stesso tempo, v'ha nell'animo di ogni uomo un cumulo di appetiti e di passioni, un egoismo cieco e violento, per cui l'individuo è tratto a far suo tutto ciò di cui può impadronirsi, a sacrificare al proprio interesse ed al proprio godimento i diritti e gl'interessi degli altri.

Vi sono quindi due forze elementari insite nella natura dell'uomo: il bisogno innato che ogni uomo ha degli altri, per cui la convivenza sociale è un fatto naturale e necessario, e l'egoismo non meno innato, per cui ogni individuo è l'avversario e può divenire l'oppressore e il nemico di ogni altro.

---

[1] Māwardī, 203; Rāzī, II, 302, 303; Ibn Nuǵaym, II, 202 nota 5, p. 97–98; I, 118, 157–159; *Radd al-muḥtār*, IV, 1; *Maǵallah*, a. 1; Ġazālī, *Iḥyā'*, III, 156 sg.; Ibn Ḫaldūn.

Queste due forze sono in perpetuo contrasto, ond'è che Dio ha dato una legge ad ogni società e vi ha posto un'autorità legittima per rendere possibile la convivenza degli uomini; di qui l'origine dello Stato, o piuttosto del potere politico, in ogni comunione civile.

Custode dell'ordine giuridico è lo Stato, o piuttosto la Comunità musulmana, rappresentata dal suo Capo legittimo o " Imām ". Lo Stato o Principe è il potere che impedisce agli appetiti individuali di soverchiarsi a vicenda ed assicura così l'unità e la perpetuità dell'ordine sociale. Ogni autorità viene da Dio [2], e specialmente il potere supremo: ma è la sua necessità a giustificarlo e a renderlo legittimo; il potere sovrano si fonda sulla utilità generale, è condizione della vita civile, poichè nessuna associazione d'individui può esistere senza una regola, e la regola è inutile senza un potere che la faccia osservare.

« Gli uomini, dicono i giuristi, non possono far a meno gli uni degli altri nelle cose necessarie alla vita; essi sono, per esempio, fornai, falegnami, mugnai, coltivatori, e tra questi sorgono, inevitabilmente, contestazioni; è dunque necessario che vi sia qualcuno per risolvere queste contestazioni e che questo qualcuno sia costituito per autorità del Capo dello Stato » [3].

I rapporti creati dalla convivenza sociale costituiscono la materia di quella parte della Legge divina (" šarī'ah ") che, come noi già sappiamo, si chiama " mu'āmalāt " *negotia*, *transactiones*, e comprende, oltre al diritto civile e commerciale, anche l'ordine dei giudizi (" qaḍā' ") corrispondente al nostro diritto giudiziario, civile e penale [4].

È di questo appunto che dobbiamo ora occuparci.

CAPITOLO II.

Dell' arbitrato (" taḥkīm ") [5].

§ **2.** A nessuno è lecito farsi giustizia da sè, tranne alcuni casi eccezionali, indicati dalla Legge; quando il diritto è violato o insorge contestazione, le parti hanno due mezzi di risolvere il conflitto: pos-

---

[2] *Cor.*, III, 25.

[3] Cf. Tāwudī, I, 14; Tasūlī, I, 14; Mayyārah, I, 9.

[4] Tornauw, p. 87, n. 1.

[5] Abū Dāwūd, III, 206; Ḫalīl, XXXV, n. 14–16; Dardīr–Dasūqī, I, 200; Van den Berg, 209 nota.

sono cioè costituire un arbitro (" ḥakam ") oppure ricorrere all'autorità legittima (" ḥākim ").

§ **3.** L'arbitrato è la più antica forma di giudizio nell'Arabia antica ed è tuttora in pieno vigore tra le tribù beduine; l'Islām non solo lo ha conservato, ma lo ha favorito, come mezzo efficace di diminuire le liti.

Il compromesso ha il carattere di una transazione per cui le parti, rinunciando a far valere i loro diritti per le vie legali, ne rimettono la soluzione ad un terzo.

Ne deriva che solo le persone che possono transigere, cioè coloro che sono *sui juris*, possono consentire ad un arbitrato.

L'arbitro dev'essere pubere, sano di mente, musulmano. È controverso tra i giuristi se si possa nominare arbitro uno schiavo, una donna, un impubere dotato di discernimento, una persona che sia parte in causa [6].

L'arbitro è un giudice scelto dalle parti; l'atto che lo costituisce ha quindi il carattere di una convenzione privata, che non può spiegare la sua efficacia se non relativamente ai diritti che appartengono alle parti e di cui queste possono disporre, ma non rispetto ai diritti dei terzi, e meno ancora alle questioni che appartengono all'ordine pubblico.

Si possono deferire all'arbitrato le vertenze relative agli interessi patrimoniali delle parti, od ai risarcimenti pecuniari dovuti per i delitti di sangue; non possono invece essere materia di arbitrato le questioni penali punite con pena determinata dalla Legge " ḥadd ")[7], cioè la fornicazione, la calunnia, l'omicidio ecc., che sono di ordine pubblico, nè le questioni di stato (filiazione, affrancamento, patronato, disconoscimento di prole mediante il " li 'ān "), perchè, in questi casi, il lodo arbitrale, che trae la sua efficacia dal consenso delle parti, verrebbe a spiegare i suoi effetti anche nei rapporti dei terzi che non hanno acconsentito all'arbitrato [8].

Concluso che sia il compromesso, le parti non possono recederne prima della sentenza; il recesso di una delle parti non impedirebbe all'arbitro di giudicare e non osterebbe alla validità della sentenza. Le parti possono però, di comune accordo, revocare il compromesso;

---

[6] Ibn Farḥūn, I, 47, l. 10 sg.; Ḫalīl, XXXV, n. 16.
[7] Zurqānī, VII, 129–130; Dardīr, IV, 125; Ḫalīl (Seignette), 1425.
[8] *Mud.*, XII, 147; Ibn Farḥūn, I, 46, l. 15 sg.; Ḫalīl, XXXV, n. 15.

il lodo che l'arbitro pronunciasse, nonostante la revoca, sarebbe nullo [9].

L'arbitro deve attenersi alle regole generali del rito o scuola professata da lui e dalle parti [10].

Il lodo arbitrale non può essere impugnato se non quando abbia violato quelle regole generali, o quando sia manifestamente iniquo [11].

L'arbitro ha solo facoltà di decidere, ma egli non ha il potere di fare eseguire la sentenza, che dev'essere sempre omologata dal giudice, al quale spetta anche la esecuzione.

Il diritto malichita conosce anche un'altra forma di arbitrato: quello obbligatorio imposto, in certi casi, ai coniugi; di questo abbiamo detto trattando del matrimonio (Lib. V, § 40) [12].

CAPITOLO III.

Dei giudizi.

§ **4.** L'arbitrato non è che un mezzo eccezionale rimesso alla volontà degl'interessati. Il modo normale in cui, sorta una vertenza, se ne deve ottenere la risoluzione, è di ricorrere all'autorità legittima, al Principe (" Imām "), e di provocarne il giudizio [13].

La giurisdizione del Principe viene promossa mediante l'azione (" da'wà ", " muṭālabah "), la quale si distingue dal diritto (" ḥaqq ") in quanto è il mezzo giuridico mediante il quale taluno reclama il soddisfacimento di un diritto o ne tutela il godimento [14].

Per ciò stesso l'azione è volontaria; di regola, nessuno può essere costretto ad agire in giudizio, perchè « il diritto gli appartiene » e spetta a lui decidere se sia il caso di farlo valere. A questa regola i Ḥanafiti si attengono senz'altro, come il diritto romano [15], e non

---

[9] Ibn Farḥūn, I, 46, l. 2 dal b.; 47, 1–2; Ḫalīl, l. c., n. 27 (4, e nota 77).

[10] Māzarī ap. Ibn Farḥūn, I, 47, 5.

[11] Ibn Farḥūn, 1, 47, l. 1–2, 5.

[12] Cf. *Cor.*, IV, 39; Ibn 'Āṣim, v. 448; Mayyārah, I, 195; Ḫalīl, IX, 90; cf. Abū Yūsuf, 124.

[13] Tornauw, p. 58–60; Van den Berg, 207.

[14] Ḥamawī, II, 42, n. 2–4.

[15] « L' attore è colui che non può essere costretto a proporre la sua domanda in giudizio, il convenuto è colui che può esservi costretto ». *ad-Durr al-muḫtār*, VI, 372–373; *Radd al-muḫtār*, IV, 580; cf. *Cod.* III, 7 (*ut nemo invitus agere vel accusare cogatur*); *Digest.*, 44, 4, 5 § 6.

ammettono quindi che taluno possa essere costretto a comparire in giudizio per provare che ha un diritto contro un tale e, in difetto di questa prova, a liberare l'attore da ogni pretesa contro di lui [16].

I Malichiti sono di parere contrario: un Malichita può intentare azione ad un altro Malichita al solo fine di provocarlo a proporre tutte le ragioni o diritti che possa avere contro di lui e di esaurire ogni eventuale controversia: questa azione, che dal suo scopo è detta *dirimente* (" qaṭ' an-nizā' "), è speciale alla Scuola malichita [17].

§ **5.** al-Qarāfī definisce l'azione (" da'wà "): « la richiesta (" ṭalab ") d'una cosa determinata o di quanto è dovuto da [una persona] determinata o l'affermazione (" iddi'ā' ") di quanto ha per conseguenza una di queste due (cose) » [18].

Riprendiamo la definizione. L' azione è :

1° la richiesta d'una cosa determinata, ad esempio: « questa veste, questo determinato mobile è mio », « mi è stato rubato » ;

2° o di quanto è dovuto da una persona determinata, ad esempio: « Tizio mi deve cento per ragione di mutuo », « egli mi deve cento per ragione di un " salam " » ;

3° o l'affermazione di quanto ha per conseguenza una di queste cose (cioè la prestazione di una cosa o di una somma determinata). Ad esempio, una donna dice: « Tizio mi ha ripudiata »; « mio marito Tizio ha abiurato la fede », affermazione che ha per conseguenza che la donna acquista il diritto di disporre di sè e di ripetere il dono nuziale.

§ **6.** L'azione si fonda sull'*interesse*, cioè sulla utilità o valore. Non basta un'utilità qualunque; l'interesse deve avere una entità tale che se ne possa tener conto, cioè un " ġaraḍ ṣaḥīḥ ". Sarebbe derisoria la domanda che avesse per oggetto un chicco di grano, un verme, un dattero e altri oggetti di valore infimo o tale che non si possa valutare [19].

---

[16] Ibn Nuġaym, I, 397; *ad-Durr al-muḫtār*, IV, 580; cf. *Cod.*, VII, 14, 5; V, 56, 4.

[17] Zurqānī, II, 18, l. 15 dal b.

[18] *P. C. T.*, a. 467; Ibn Nuġaym, II, 5. Pei Ḥanafiti l' azione è « la domanda giuridicamente ammissibile emessa dinanzi ad un giudice e avente per scopo la pretesa d'un diritto verso un'altra persona (*ad-Durr al-muḫtār*, VI, 370); « è la domanda d'un diritto fatta a colui il quale ha il potere di soddisfarla (*Radd al-muḫtār*, VI, 377).

[19] Qarāfī ap. Ibn Farḥūn, I, 40; Mayyārah, I, 19, 2 ; Tasūlī, I, 28, 15 dal b.; *C. T.*, a. 3, 137, 853.

L'interesse dev'essere *legittimo*, e cioè non rappresentare una causa o fine illecito, quale sarebbe, per esempio, la mercede di un'azione turpe o criminosa [20].

L'interesse dev'essere *attuale*: in altri termini, non si può chiedere una decisione avente per scopo di conservare un diritto futuro [21]. Si ammette però l'esame a futura memoria [22].

§ **7.** Prima di seguire il procedimento nelle sue varie fasi, sembra opportuno indicare i principî generali che dominano questa materia:

1. Tutti i Musulmani sono uguali dinanzi alla Legge, tanto dinanzi alla Legge civile quanto, e più specialmente, alla Legge penale [23]: « le pene determinate si debbono applicare al nobile (šarīf) ed all'umile (waḍī'); . . . . Disse (il Profeta): coloro che vi hanno preceduto (cioè gli antichi popoli) sono periti perchè applicavano le pene agli umili ed esimevano quelli di condizione superiore: giuro per Colui che ha l'anima mia nelle sue mani che se Fāṭimah (sua figlia) avesse fatto ciò (si trattava di un furto), le avrei tagliato la mano » [24].

2. Questa uguaglianza si applica anche ai rapporti dei Musulmani e non Musulmani, quando compaiono dinanzi al "qāḍī". « Il giudice, dice Ḫalīl, deve trattare ugualmente le parti che compaiono dinanzi a lui, anche se uno sia Musulmano e l'altro miscredente ». Egli deve farli sedere ambedue, dar loro ugualmente la parola a turno, ascoltare le loro ragioni colla stessa attenzione, e giudicarli con uguale imparzialità [25].

3. Il giudizio è sempre pubblico [26]; sono vietate, a pena di nullità della sentenza, le comunicazioni o informazioni segrete del giudice con una delle parti, i giudizi a porte chiuse [27]. Se, per necessità, il giudice deve tenere udienza in casa sua, « egli deve aprire le porte,

---

[20] Cf. Tāwudī, I, 30 in f., 31 pr.

[21] Ibn Farḥūn, I, 119, 6 dal b.

[22] Ibn Farḥūn, I, 119, ult.; 120, 1–10; 121, 9 sg.

[23] Cf. Ibn Nuġaym, II, 10; cf. Ġazālī, *Iḥyā'*, II, 45; Sachau, 702.

[24] Buḫārī, *ḥudūd*, n. 11; Tasūlī, IV, 295.

[25] Cf. Ḫalīl, XXXV, n. 31; Abū Dāwūd, III, 218–219; Buḫārī, *maẓālim*, n. 1; Māwardī, p. 68; Ibn Farḥūn, I, 34, 38, 13 dal b.; *Muwaṭṭa'*, III, 178 e Zurqānī, *ad loc.* Secondo gli Sciafiiti il non Musulmano deve sedere a un posto inferiore a quello del Musulmano: Sachau, 703; cf. Snouck Hurgronje, ZDMG, 53 (1899), 160.

[26] « al–ḥukm lā yakūnu illā bi–'l–i'lān; Ibn Farḥūn, I, 34, 14; cf. *ib.*, 28; Tasūlī, I, 22, 21; Ḫalīl, XXXV, n. 20.

[27] Ibn Farḥūn, I, 34, 3 dal b.

per modo che tutti vi abbiano libero accesso, senza impedimento » [28]. Di regola, le udienze debbono esser tenute nei luoghi ove maggiore è la frequenza del pubblico, e perciò si consiglia la moschea come sede del tribunale, come quella che è accessibile a tutti e da tutti frequentata.

4. Il tribunale malichita (" maǵlis aš-šar' ") si compone sempre di un giudice unico; un giudizio collegiale sarebbe ragione di nullità. Le varie forme di scabinato, di giuría, di assessorato, note alla legislazione europea, sono rimaste sempre ignote al diritto islamico puro [29].

5. Il procedimento è identico nelle materie civili e nelle penali [30]; l'azione pubblica è ignota; vi supplice l'azione popolare o l'iniziativa dell'autorità politica nei casi che interessano l'ordine pubblico od in cui manchi l'interessato. Anche l'istituzione del " muḥtasib " risponde in parte a questo ufficio, ma ormai essa è una reminiscenza storica. Attualmente al Marocco il " muḥtasib " è una specie di edile: « Le Mohtaceb ou Commissaire des marchés est le chef responsable de la Communauté des Corps et métiers. Sa jurisdiction s'étend à la ville et à sa banlieue immédiate » [31]. A Fez troviamo una specie di ministro pubblico, incaricato di difendere gli assenti ed i pupilli [32]. Ma questi sono casi isolati. Alle materie di interesse pubblico (vedove, orfani, cause pie) supplisce, in parte, l'ufficio del " qāḍī ", cui quegl'interessi sono specialmente raccomandati.

6. La Giustizia è gratuita; nè il " qāḍī ", nè il " muftī ", possono esigere nulla dalle parti (cf. *Cor.*, II, 184): le sportule, i diritti fiscali ed altri abusi, così frequenti nelle nostre leggi europee, sono ignoti al diritto musulmano, almeno in teoria [33].

7. Le azioni del diritto musulmano sono tutte in buona fede [34]; il diritto musulmano ignora la nullità di forma.

---

[28] Ibn Farḥūn, I, 28.

[29] 'Iyāḍ ap. Ibn Farḥūn, I, 18; Mayyārah, I, 12, 12; Tasūlī, I, 18, 13 dal b.; Sachau, 696 e le osservazioni di Snouck Hurgronje, ZDMG, 53 (1899), 156; si può istituire più di un giudice, ma non prescrivere che giudichino alla unanimità, perchè ciò impedisce, in caso di dissenso, l'esercizio di quel prudente arbitrio (" iǵtihād "), che ha il giudice nelle questioni controverse.

[30] Cf. Van den Berg, 206; *ad-Durr al-muḫtār*, VI, 401.

[31] Amar, p. 120.

[32] Cf. Tasūlī, II, 90.

[33] Cf. *Cor.*, II, 184 e la formula con cui si terminano i consulti " aftūnā ma'ǵūrīn " e simili: cf. *Muwaṭṭa'*, IV, 38; Van den Berg, 208; Goldziher, *Ueber eine Formel . . . in den muhamm. Fetwâs*, ZDMG, 53 (1899), p. 645 sg.

[34] Ġazālī, *Iḥyā'*, II, 45.

§ **8.** I giuristi malichiti distinguono gli elementi essenziali del giudizio (" arkān al-qaḍā' " lett. «colonne del giudizio») nel modo seguente:

1° il giudice (" qāḍī ");

2° l'oggetto o materia del giudizio (" al-maqḍī fīhi "), parte che comprende le questioni relative alla giurisdizione ed alla competenza ;

3° la legge secondo cui si deve giudicare (" al-maqḍī bihi ");

4° la parte contro la quale (" al-maqḍī 'alayhi ") e quella in favore della quale (" al-maqḍī lahu ") avviene la decisione;

5° il modo o forma in cui avviene il giudizio (" kayfiyyat al-qaḍā' "). Ritroviamo qui un'applicazione del metodo ordinario dei nostri giuristi: concetto dell'istituto; soggetto; oggetto; forma.

Le linee generali di questa divisione sono logicamente esatte. Infatti gli elementi necessari alla esistenza di un giudizio si presentano in questo modo:

1° che un diritto od interesse sia leso;

2° che si sappia a chi l'interessato deve rivolgersi per ottenerne la tutela;

3° che le parti possano far valere le loro ragioni e discuterle dinanzi a chi deve pronunciarsi in merito;

4° che intervenga una decisione del giudice;

5° finalmente che quella decisione sia eseguita.

SEZIONE I. — Il Giudice (" qāḍī ") [35].

§ **9.** Quel sacerdozio che l'Islām non ebbe, la Chiesa sacerdotale del Giudaismo e del Cristianesimo, è sostituito nell'Islām da un sacerdozio laico, i " fuqahā' " o giureconsulti, sacerdozio che certo non è per nulla comparabile al nostro, poichè non ha cura d'anime, non ufficio culturale, non conferimento di sacramenti, e non costituisce una Chiesa, che l'Islām non ha e che ripugnerebbe al suo spirito. Tuttavia i giureconsulti compiono nell'Islām funzione analoga a quella che in altre società è devoluta al sacerdozio: poichè il Diritto altro non è che la parola divina, quale si trova nel Libro sacro e nella " Sunnah " del Profeta; il Diritto (" fiqh ") fa parte della scienza religiosa, è,

---

[35] Juynboll, 22–38; Qasṭallānī, I, 19; Goldziher, II, 40, 390; Kremer, *Ideen*, 428.

anzi, con la Teologia, la scienza religiosa per eccellenza (" al-'ilm "); studiare il diritto, insegnarlo, applicarlo è opera altamente meritoria, uguale, se non superiore, alla guerra santa (" ǵihād "). E i cultori del diritto, i quali conservano la tradizione della parola sacra e ne fanno osservare i precetti, sono in effetto « i successori dei Profeti » [36]. Gli uni hanno per ufficio di dichiarar la Legge, sono interpreti tecnici, e questi sono i "muftī" (*prudentes*); altri l'applicano e la fanno osservare, le danno effetto obbligatorio nei casi particolari, e questi sono i " qāḍī ". Il " muftī " è, rispetto al " qāḍī, " come l'interprete, un organo di trasmissione, il quale ha per ufficio di comunicare al giudice quanto a lui risulta esser detto dal Legislatore divino [37].

Il Profeta fu naturalmente il primo " muftī " di quella Legge Divina di cui era stato l'Apostolo [38].

Lui vivente e dopo la sua morte alcuni dei principali Compagni [39] dichiararono la Legge. Tra questi si annoverano anche i primi Califfi, non già in questa loro qualità, poichè è questione di scienza, ma solo in quanto Compagni, cioè i più autorevoli testimoni del pensiero e della vita del Profeta [40].

Il " qāḍī ", come il " muftī ", è l'interprete della Legge divina; però, a differenza del " muftī ", non ha il compito di dichiararla, ma di applicarne i precetti nelle materie temporali.

Il Profeta fu il primo e supremo giudice della Comunità Musulmana finchè visse [41]; dopo di lui i primi Califfi esercitarono personalmente l'ufficio di giudicatura come uno dei più essenziali attributi del principato [42]. Coll'estendersi dell'impero, moltiplicati gli affari, essi dovettero affidare quell'ufficio ai loro luogotenenti, i quali esercitavano l'*Imperium* in loro vece nei paesi di conquista, cumulando l'ufficio di governatori, generali e giudici. È assai probabile tuttavia che ben presto l'ufficio di giudicatura sia venuto a distinguersi dagli altri,

---

[36] Ibn Farḥūn, I, 8; Mayyārah, I, 3, l. 10 sg.; I, 10, 26; Buḫārī–Qasṭallānī, I, 5, 153–224; Muslim–Nawawī, I, 4; Buḫārī, *'ilm*, n. 1–2.

[37] Mayyārah, I, 8, 3 dal b.; Tasūlī, I, 16, 4 dal b.; Ibn Farḥūn, 1, 55, 7 dal b.; 56, 5 dal b.; 70, 9 sg.; 57, 3 sg.

[38] Buḫārī, *aymān*, n. 30 (Juynboll, IV, 275); *ḥudūd*, n. 26.

[39] Vedi le enumerazioni dei Compagni, primi interpreti della Legge, in Ya'qūbī, II, 157.

[40] Cf. Zurqānī, ad *Muwaṭṭa'*, IV, 9.

[41] Buḫārī, *aḥkām*, n. 11 e *pass.*, *ḥudūd*, 26.

[42] Cf. *Muwaṭṭa'*, III, 176 e Zurqānī, *ad loc.*

ma su queste origini mancano dati sicuri [43]. La Tradizione musulmana, con poca verisimiglianza, vuole che 'Umar sia stato il Giudice supremo "Qādī al-quḍāh" di Abū Bakr [44]. Già sotto 'Umar si parla di "qāḍī" istituiti a Damasco, ad al-Baṣrah e in altri luoghi [45]. Sotto 'Uṯmān si fa cenno di "qāḍī" a Medina ed in altre città principali [46]. Secondo una versione diffusa, Šurayḥ, nominato da 'Alī, sarebbe stato il primo "qāḍī" nell'Islām. Mālik sostiene invece che il primo "qāḍī" sia stato istituito all'epoca degli Ommiadi, e precisamente da Mu'āwiyah, nella persona di 'Abd Allāh ibn Nawfal [47]. Comunque sia di ciò, sotto gli Ommiadi l'istituto appare in pieno sviluppo [48] ed abbiamo una vera e propria magistratura. Ma questa magistratura non sarà però mai cosa continua.

Anche dopo la costituzione di questa classe speciale di magistrati, l'ordinamento giudiziario non muta essenzialmente nei suoi concetti fondamentali. Capo e rappresentante supremo del potere giudiziario è il Califfo [49], il solo a rigore che potrebbe amministrare la Giustizia come rappresentante della Comunità musulmana. Al di sotto di lui, la giurisdizione è inerente a tutti coloro che possiedono ciò che i Romani chiamavano l'*Imperium*: il Wazīr con pieni poteri ("wazīr at-tafwīḍ"), che è il luogotenente del Principe, gli Amīr o Governatori di provincia, i Comandanti di esercito ecc. hanno la giurisdizione [50] nei luoghi o per gli uffici a loro affidati.

Vi sono inoltre numerose giurisdizioni speciali, varie secondo i tempi ed i paesi [51], la cui sentenza ha lo stesso valore delle sentenze emanate dal giudice, nei limiti della loro competenza.

§ **10.** Ogni forma di giusdizione fa capo al Principe ("Imām"); è in suo nome e per sua delegazione che la giustizia viene amministrata. Ma quegli cui questo ufficio è specialmente devoluto è il "qāḍī".

---

[43] Gottheil, *The History of the Egyptian Cadis as compiled by* Muh . . . ibn Ya'qūb al-Kindī, Paris, 1908. Preface; Caetani, *Ann.*, vol. IV (a. 21 H.), § 255 sg.

[44] Caetani, *Ann.*, a. 11 H., § 200.

[45] Kremer, *C. G.*, I, 96–97, 159; Caetani, *Ann.*, a. 18 H., § 202. Vedi però Wellhausen, *Reich*, I, 17.

[46] Ibn al-Aṯīr, III, 150; Kremer, *C. G.*, 111–112.

[47] Tasūlī, I, 14.

[48] Kremer, *C. G.*, 163, 182, 183.

[49] *Muwaṭṭa'*, III, 176 e Zurqānī *ad loc.*; Ḫalīl, XXXV, n. 1; Tasūlī-Tāwudī, I, 14, 6 sg.

[50] Cf. Ibn Farḥūn, I, 15, l. 18 sg.

[51] *Mud.*, XII, 146; Ibn Farḥūn, I, 14, 10 dal b.; 15, l. 1–17.

« Giudice (" qāḍī ") è quegli che giudica, secondo la Legge divina (" šar' "), in rappresentanza (" niyābah ") del Principe (" Imām ") » [52].

« L'ufficio di giudicatura (" qaḍā' "), dice Ibn 'Arafah, è una qualità legale, la quale importa, in colui che ne è rivestito, [il potere] di proferire sentenze legalmente esecutorie, anche se in materia d'idoneità o d'inabilitazione [a deporre in giudizio], ma non [di decidere in materia] che riguarda gli interessi generali dei Musulmani » [53].

Il " qāḍī " è proposto specialmente all'amministrazione della giustizia [54]. Altri dignitari dello Stato musulmano possono trovarsi nel caso di giudicare i litigi, ma questa funzione non è essenziale ed essi la esercitano solo per occasione di altri uffici di cui sono incaricati. Il solo " qāḍī " è, nell'Islām, il rappresentante della funzione giudiziaria [55]; anzi le sentenze capitali, nei casi previsti dalla Legge, debbono essere pronunciate dal giudice; è questo un principio di separazione dei poteri.

La giurisdizione è l'ufficio proprio del " qāḍī "; tutto ciò che si riferisce alla politica o governo (" siyāsah 'āmmah "), alla divisione del bottino, alla difesa delle frontiere, agli attentati contro la pace interna è estraneo alle sue attribuzioni [56].

Anche il potere esecutivo, cioè il potere di far eseguire coattivamente la sua sentenza, non è essenziale al concetto di giurisdizione ed alla pienezza del potere del " qāḍī ", come si vede nei casi in cui il giudice non abbia facoltà di eseguire, secondo il mandato che lo nomina, o, vivendo sotto un tiranno, non abbia il potere di far eseguire le sue decisioni. Egli è giudice, ed il suo ufficio è esaurito, quando *jus dixit*. « Il giudice (" ḥākim "), in quanto giudice, non ha altro [ufficio] che di pronunciare (" inšā' " porre in essere) [il giudicato]; quanto al potere di esecuzione, questo è un di più che si aggiunge alla sua qualità di giudice, poichè talvolta gli vien data facoltà di eseguire, e altre volte ciò non è compreso nei suoi poteri » [57].

---

[52] Ibn 'Āṣim, v. 14; cf. Muḥammad aš-Šaybānī, *Ġāmi'*, 95.

[53] Ḫalīl, XXXV, not. 1; Mayyārah, I, 9; Bannānī, VII, 123; Tasūlī, I, 14.

[54] Peretié, *Organisation Judic. au Maroc*, RMM, XIII, 1911, p. 509 sg.; Pouyanne, *Propr. foncière en Algérie*, p.171–173; Tilley, *Rép. de Législ. Algérienne*, art. Kadi; Ph. Vassel, *Ueber Marokkanische Process-Praxis*, *Mitteil. SOS*, 1902, V, 2. Abteil., p. 170; Juynboll, §§ 6–7.

[55] Cf. Buḫārī, *aḥkām*, n. 12 (ed. Juynboll, IV, 388).

[56] Cf. Qarāfī ap. Ibn Farḥūn, I, 13, 3 sg.

[57] Qarāfī, l. c.

§ **11.** Nessuna funzione è più importante, nessuna più meritoria, e per la sua utilità sociale e perchè interpreta e conserva la Parola divina. Dio stesso, nel Corano, istituisce questo ufficio, quando prescrive a David di essere suo vicario e al Profeta di giudicare secondo il Suo Libro [58]. Il "qāḍī" veramente degno di questo nome, cioè colui che non riceve l'ufficio nè a scopo di lucro, nè per ambizione, ma solo per fare osservare la Parola di Dio ed applicarne i precetti, è veramente « un mediatore tra il Creatore e le Creature, affinchè siano da queste osservati i precetti e le leggi contenute nel Libro (sacro) e nella "Sunnah" » [59].

È obbligo tassativo per chi ne è richiesto, di assumere quell'ufficio, quando manchi sul luogo altra persona ugualmente capace di adempierlo ("farḍ kifāyah"), ed è lecito al Principe di costringerlo, anche coi mezzi coercitivi, se rifiuti [60].

Tanto più grave è la responsabilità di chi assume quell'incarico. Nessun ufficio è più pericoloso per l'anima [61]: « Di tre "qāḍī", dice il "ḥadīṯ," due andranno al fuoco eterno, uno sarà salvato », perchè è raro che chi esercita quell'ufficio riesca sia ad evitare gli errori od a salvarsi dalle tentazioni, cui è esposto. Il pio Musulmano ha sempre professato una viva ripugnanza ad accettare la funzione giudiziaria [62] e la dottrina permette di sottrarsi, anche colla fuga, all'esercizio di quelle funzioni, purchè altre persone siano in grado di assumerle o sia escluso il pericolo di abbandonarle in mani meno degne. Quando il celebre Saḥnūn fu nominato "qāḍī", i suoi amici gli dissero: «Avremmo preferito vederti nel tuo sudario piuttosto che vederti assumere le funzioni di "qāḍī" » [63].

§ **12.** Il "qāḍī" è nominato dal Principe o Capo della Comunità musulmana, ch'egli supplisce e rappresenta quale suo delegato ("nā-'ib") nell'esercizio della funzione speciale di giudicare, che è attributo del Sovrano [64]. L'atto che lo nomina può essere verbale o scritto [65].

---

[58] *Cor.*, XXXVIII, 25; IV, 106; Mayyārah, I, 3, 9, l. 8, 10, 11; Tāwudī-Tasūlī, I, 14; Ibn Farḥūn, I, 9-12; Ḫalīl, XXXV, n. 5.

[59] Ibn Ṭalḥah, ap. Ibn Farḥūn, I, 8.

[60] Van den Berg, 208.

[61] Abū Dāwūd, III, 215; Buḫārī, *aḥkām*, n. 16; *Muwaṭṭa'*, III, 240; Ibn 'Āṣim, v. 10 e 13; Mayyārah, I, 8, 6 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 9; Ḫalīl, XXXV, n. 5.

[62] Ibn Sa'd, IV, II, 31, l. 13 sg.; Ibn Quṭaybah, *'Uyūn*, I, 87, 1.

[63] Amedroz, *The office of Kadi in the Ahkam Sultaniyya*, JRAS, 1910, pp. 774 sgg.

[64] Ibn 'Āṣim, v. 14; Mayyārah, I, 10; Tasūlī, I, 15, 8 dal b.

[65] Tasūlī, I, 14.

In mancanza di un potere legittimo e in caso di necessità, il "qāḍī" può essere istituito dai notabili della Comunità musulmana, cioè da « coloro che possiedono la scienza, la conoscenza (pratica) e la probità ('adālah) » necessarie per potere bene scegliere, prendendo nel loro numero chi abbia i requisiti necessari [66].

È controverso se il "qāḍī" sia un semplice mandatario personale del Principe, oppure un delegato, incaricato di esercitare in sua vece una parte dei suoi poteri sovrani. La dottrina prevalente è per quest'ultima soluzione [67]. Per conseguenza si decide che il "qāḍī" non cessa dalla sua funzione per la morte del Principe che lo ha nominato, perchè il Principe non lo ha incaricato di curare un suo interesse privato, ma l'interesse pubblico di tutti i Musulmani [68].

§ **13.** Si richiede nel "qāḍī" che sia [69]:

1° musulmano: il miscredente ("kāfir"), cioè il non musulmano, è incapace di essere giudice, perchè il Corano non vuole che l'infedele eserciti superiorità sul Credente [70] e perchè, chiudendo con pertinacia gli occhi alla verità, cioè, all'Islām, dimostra una immoralità ("fisq") continuata che lo rende indegno di esercitare la giustizia;

2° sano di mente, non solo, ma anche abbia una mente matura e riflessiva, esercitata a discernere la verità;

3° di sesso maschile: le donne sono escluse dagli uffici di giudicatura, non solo per la debolezza mentale e morale del loro sesso ("nāqiṣāt 'aql wa dīn"), ma perchè possono esercitare una certa seduzione, sempre nociva alla retta giustizia [71];

4° libero: lo schiavo, il semilibero, lo *statuliber* ("mudabbar", "mukātab"), ed anche l'affrancato non possono essere giudici, poichè, giuridicamente, chi non è padrone della propria persona non può esercitare autorità sugli altri, e moralmente, perchè il libero si adatta difficilmente a subire l'autorità di chi gli è inferiore;

---

[66] Māzarī, ap. Ibn Farḥūn, I, 16, 6 dal b.

[67] Cf. Zurqānī–Bannānī, VII, 128.

[68] Ibn Farḥūn, 1, 46, l. 14 sg.; Ḫalīl XXXV, n. 10.

[69] 'Iyāḍ, ap. Ibn Farḥūn, I, 18, 2 dal b.; 19 per *tot.*; 20, l. 6 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 15–16; Mayyārah, I, 11, 10 dal b.; Tāwudī–Tasūlī, I, 18; Ḫalīl, XXXV, n. 1, 4; Māwardī, *Aḥkām*, pp. 107 sg. (Enger); cf. Van den Berg, 206; Amedroz, op. cit., JRAS, 1910, pp. 761 sg.

[70] *Cor.*, IV, 41, 140.

[71] Cf. *Cor.*, IV, 38.

5° pubere (" bāliġ "), perchè l'impubere non può avere il discernimento necessario;

6° che possegga la integrità morale (" 'adālah "), cioè quella moralità ineccepibile che si richiede nel testimonio idoneo [72];

7° l'integrità fisica, nel senso che non dev'essere cieco, nè sordo, nè muto; queste infermità sarebbero ragione di nullità della nomina, se preesistessero, e ragione di rimozione dall'ufficio, ove occorressero dopo. Invece, gli altri difetti fisici (claudicazione, mutilazioni ecc.) non hanno importanza.

I precedenti requisiti sono *essenziali*, cioè tali che la loro mancanza sarebbe ragione di nullità della nomina del " qāḍī " [73].

Altri sono semplicemente *desiderabili* (" mustaḥabb "), o *raccomandati* (" mandūb "), cioè tali che è preferibile che il " qāḍī " li possegga, ma senza che il loro difetto impedisca di nominarlo a quell'ufficio [74]. È desiderabile che il " qāḍī " sia benestante, libero da debiti, di buona famiglia; è desiderabile che conosca bene la legge positiva (" fiqh ") ed il " ḥadīṯ " che ne è la fonte, senza essere precisamente un dotto in queste materie. È certo che là dove esiste un " muǵtahid ", un dottore eminente nella Legge, non sarebbe permesso di nominarne un altro; ma, siccome ormai i " muǵtahid " non esistono più, è necessario adattarsi alle cicostanze, sotto pena di rinunciare a quella funzione sociale essenziale che è l'amministrazione della giustizia, e contentarsi di nominare anche i " muqallid " (i pedissequi), modesti seguaci di una scuola, da cui non si esige altro che non quel grado di scienza giuridica consentito dalla tristezza dei tempi, grado assai modesto, se crediamo ai lamenti degli scrittori, dal 5° secolo dell'Egira in poi, sulla decadenza degli studi giuridici in seno all'Islām. Solo non è permesso di nominare giudice un ignorante.

§ **14.** L'esercizio della funzione giudiziaria, come tutte le funzioni che si riferiscono alla propagazione della Legge (insegnamento del diritto, consulto giuridico " fatwà "), dovrebbe di regola essere gratuito. E difatti nei primordi dell'Islām l'ufficio di " qāḍī " non era

---

[72] Cf. *Cor.*, IV, 140.

[73] I requisiti pel " muftī " sono identici a quelli del " qāḍī ", salvo per quanto riguarda la integrità fisica, che nel " muftī " non è richiesta. Ibn Farḥūn, I, 55, 7 dal b.; p. 70, 9 sg.

[74] Ibn Ša's, Māzarī ed altri ap. Ibn Farḥūn, I, 19–21; 22, 1–6; 23, l. 7 sg.; Ibn 'Āṣim, v. 17; Mayyārah, I, 11, 12 ult., 13 e Raḥḥāl *ad loc.* 12–13; Tasūlī, I, 17, 19, l. 12 sg.; 20, l. 11 sg.; 22, 38, 8 dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 6.

rimunerato ed era considerato assai oneroso; il celebre Ibn Ḫaldah, giudice a Medina, era stato ridotto a povertà dalle sue funzioni, e si diceva a Medina, proverbialmente: « Più povero del " qāḍī " » [75].

Questi tempi aurei non durarono a lungo e presto si ammise che il " qāḍī " possa ricevere un assegno fisso (" rizq ") sull'erario (" bayt al-māl "), quando ne abbia bisogno per vivere [76].

Ciò non impedisce ai giudici di arricchirsi in ogni modo; le storie sono piene di lamenti sulla avidità e la corruzione dei " qāḍī ". Già Ibn Sa'd (l. c.) scriveva: « Oggi i " qāḍī " sono divenuti governatori (" wulāh ", cioè capi politici), tiranni e re (" mulūk "), e possiedono rendite, terre, commerci e ricchezze ».

Giurisdizione del " qāḍī ".

§ **15.** Il " qāḍī " è competente « in ogni specie di diritti », senza distinzioni di valore nè di materia [77]; come il magistrato romano, egli ha la piena giurisdizione civile e criminale, salvo quelle limitazioni o quei maggiori poteri che sono espressi nell'atto che lo istituisce o che risultano dalle consuetudini speciali del tempo o del luogo in cui esercita il suo ufficio. Ad esempio, il Principe può, nominando un " qāḍī ", interdirgli di giudicare in certe materie civili o criminali, perchè la scuola, cui il " qāḍī " appartiene, li risolve in modo contrario alla consuetudine locale ed agli interessi generali cui in quel momento è necessario provvedere; abbiamo esempi di ciò in Egitto, in Spagna, nel Maġrib [78].

Oltre alla giurisdizione civile e penale il " qāḍī " ha varie altre attribuzioni [79]:

1° egli rappresenta *ex officio* gli assenti, cioè coloro che non sono presenti nel luogo (" ġā'ib ") o di cui è stata dichiarata l'assenza (" mafqūd ");

---

[75] Ibn Sa'd V, 206, 20.

[76] *Mud.*, XIV, 224; Buḫārī, *aḥkām*, n. 17 (ed. Juynboll, IV, 390); Ibn Farḥūn, I, 24, 5 dal b.

[77] *Mud.*, XVI, 84; Ibn Farḥūn, I, 70, 13, 6 dal b. e sg.; 14, 1–4; Ḫalīl, XXXV , n. 12 e nota 38.

[78] Cf. Zurqānī, VII, 128.

[79] *Mud.*, XI, 7; XIII, 75 pr.; Abū Dāwūd, III, 220 sg.; Zurqānī, VII, 1; Abū Yūsuf, 115; *Digest.*, 2, 1, 1; Ibn Farḥūn, I, 70, 3 dal b.; 71, 1 sg.; I, 32, 5 dal b.; 129, 15 sg. dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 22; XV, n. 10–11; cf. Van den Berg, 209; Zeys, I, § 130.

2° è il protettore nato degl'incapaci; a lui spetta il dovere di dare tutore o curatore ai minorenni orfani, ai prodighi, ai deficienti, un curatore alle successioni vacanti, di emancipare i pupilli, di esercitare o di sorvegliare le amministrazioni pupillari [80];

3° sorveglia l'amministrazione dei beni " waqf ", costituiti a beneficio di una determinata discendenza (" mu'aqqab ") [81];

4° vigila l'esecuzione degli atti di ultima volontà (" waṣāyā ") e la divisione delle successioni;

5° è il " walī " o curatore matrimoniale delle donne che non hanno parenti prossimi;

6° ha la sorveglianza delle prigioni e deve assicurarsi, mediante visite periodiche, delle condizioni dei detenuti;

7° a lui spetta la nomina e la sorveglianza dei notai (" šāhid " e " 'adl "); uno dei suoi primi atti, assumendo l'ufficio, è di istituire un'inchiesta sul notariato del luogo, e di rimuovere dalle loro funzioni i notari riconosciuti indegni od incapaci [82].

Questi uffici non possono dal " qāḍī " essere delegati ad altri; egli deve accudirvi personalmente.

§ **16.** Il personale del Tribunale è nominato dal " qāḍī " stesso. Egli nomina l'usciere (" 'awn ", " ḥāǵib ", detto anche " rasūl " = *viator*, quando viene incaricato di portare i messaggi del giudice e le citazioni), il portiere (" bawwāb "), lo scrivano o segretario (" kātib "), che corrisponde, in parte, al nostro cancelliere, l'informatore (" muzakkī ") incaricato delle indagini sulla capacità dei testimoni, l'interprete (" turǵumān "), gli attuari o tabellioni (" šuhūd ", " 'udūl ") incaricati di assistere all'udienza per prendere atto delle dichiarazioni delle parti e delle sentenze del giudice. Questi ultimi, come lo scrivano o segretario (" kātib "), non possono essere " ḏimmī ". In tutti si richiede l'integrità perfetta (" 'adālah ") [83].

Delegazione della giurisdizione.

§ **17.** Il " qāḍī " non può delegare la giurisdizione, qualora non ne abbia avuto facoltà nell'atto che lo nomina. Si ritiene tuttavia, ed è opinione prevalente, che, anche nel silenzio dell'atto di nomina, il

---

[80] Cf. Ibn Nuǵaym, I, 159, 3 sg.

[81] Per la storia cf. Amedroz, op. cit., JRAS, 1910, pp. 791–92, 795 (" waqf " pubblici).

[82] Cf. per la storia Amedroz, JRAS, 1910, pp. 779 sg. e p. 794.

[83] Ibn Farḥūn, I, 26 per *tot.*; 27 pr.; Ḫalīl, XXXV, n. 21, 23.

" qāḍī " possa nominare un sostituto (" nā'ib "), se il territorio sottoposto alla sua giurisdizione sia talmente ampio che non possa bastarvi da solo [84]. Egli può anche delegare la cognizione di certe determinate materie (per esempio: gli affari relativi ai matrimoni o alle successioni) a persone di speciale competenza, senza che si richieda per ciò speciale autorizzazione [85].

I poteri del sostituto (" nā'ib ") sono quelli stessi del " qāḍī " che lo ha nominato. Se il " qāḍī " non era autorizzato a nominarlo, il sostituto non avrà altro potere che d'istruire gli affari e di sottoporli al " qāḍī ", il quale solo può dare la formula esecutoria ai provvedimenti ed alle decisioni del sostituto, salvo che, nel nominarlo, il " qāḍī " gli abbia conferito facoltà più ampie [86].

Il sostituto rappresenta la persona del " qāḍī "; è cioè nelle condizioni di un mandatario personale, quando il " qādī " non aveva potere di nominare un sostituto, e il suo ufficio cessa colla morte o la rimozione del " qāḍī ". Sarà il contrario se il " qāḍī " era autorizzato a darsi un sostituto [87].

Competenza.

§ **18.** La competenza del " qāḍī " è determinata dal domicilio; le applicazioni di questa regola sono numerose: il " qāḍī " di un certo luogo non può fungere da curatore matrimoniale per una donna che non appartenga alla sua giurisdizione [88]; il " qāḍī " di Cordova non può dare tutore ad una persona la quale risieda ad Almeria; solo il " qāḍī " di Almeria ha competenza tanto per costituire il tutore quanto per vigilarne l'amministrazione [89].

Il " qāḍī ", il quale si trovi fuori della sua giurisdizione, non può fare nessun atto relativo al suo ufficio, per esempio, ricevere una deposizione contro una persona residente nel luogo da lui dipendente (opinione prevalente [90]).

---

[84] *Digest.*, 2, 1, 5, 16–17; *Cod.*, III, 1, 5.

[85] Ibn Farḥūn, I, 45, 4; Tasūlī, I, 33, 18; Ḫalīl, XXXV, n. 9; Bāǵūrī ap. Snouck Hurgronje, ZDMG, 53 (1899), 157; cf. Sachau, 696.

[86] Ibn Farḥūn, I, 14, 4; 103, 9; Tasūlī, I, 74, 7 dal b.

[87] Ibn Farḥūn, I, 46, 6; Ḫalīl, l. c., note 34–35.

[88] Ḫalīl, XXXV, n. 78; cf. Ḥamawī, I, 395 (?), nota 3.

[89] Ibn al-Ḥāǵǵ ap. Wanšarīsī, XIII, 12.

[90] Ibn 'Āṣim, v. 92; Mayyārah, I, 48; v. anche Ibn Farḥūn, I, 103, 5-9; 119, 8 sg.

Nelle azioni immobiliari sono due le opinioni :

a) la competenza viene determinata dal *locus rei sitae*, quando il convenuto risieda anch'egli in quel luogo (dottrina di Ibn Māǵišūn, di Saḥnūn e di Ibn Kināna h);

b) la competenza è determinata dal domicilio del convenuto (Muṭarrif, Aṣbaġ, Ibn al–Qāsim): *actor sequitur forum rei* [91].

In materia di obbligazioni (crediti ecc.) [92] l'azione si può proporre sia nel luogo di residenza del debitore, sia in qualunque altro luogo in cui il creditore trovi il suo debitore, qualora esista, nel luogo, una autorità competente (*ubi te invenio, ibi te convenio*).

Se nel luogo esistano due giurisdizioni di eguale competenza, la scelta spetta al convenuto.

Nelle cause miste, cioè quelle in cui una delle parti non è musulmana, il "qāḍī" è competente di regola, perchè «la dignità dell'Islām» attrae a sè, per ragioni di superiorità, la causa anche degli Infedeli.

Invece, se la causa si svolge tra non Musulmani, il "qāḍī" non è competente.

Il "qāḍī" deve astenersi dal giudicare in tutti i casi in cui non potrebbe comparire come testimone nella causa [93], cioè :

a) se sia parente od affine (padre, figlio, marito) di una delle parti, o se una di queste sia suo amico intimo o famigliare; così pure se sia in causa un suo nemico personale (dottrina prevalente) [94];

b) quando sia posto in causa, sia come attore, sia come convenuto; in questo caso egli deve rinviare la causa ad altro giudice e comparire personalmente o farsi rappresentare da un procuratore, per discutere la propria causa [95] ;

c) quando abbia interesse nella causa; per esempio: se una delle parti è suo debitore, o se il fatto lo riguardi, ad esempio: se il ladro ha commesso il furto in casa sua [96] ;

d) quando nella causa sia interessato un suo parente, un suo schiavo, un suo liberto.

---

[91] Ibn ʿĀṣim, v. 26–27; Ḫalīl, XXXV, n. 79 e nota 237; Ibn Farḥūn, I, 71, 12 sg.; Mayyārah–Raḥḥāl, I, 21; Dasūqī, IV, 146; Bannānī, VII, 155; Tāwudī–Tasūlī, I, 31; cf. *Novell.*, 69, c. 1, 2; *Cod.*, III, 18, 1, § 3, 13, 2.

[92] Ibn Farḥūn, I, 72, l. 2; Mayyārah, I, 21, 22 e Raḥḥāl, *l. c.*; Tasūlī, I, 31; Dasūqī, *l. c.*

[93] Ibn Farḥūn, I, 69.

[94] Ibn Farḥūn, I, 69, 20 dal b.; 70, 5; 72, 3 dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 54, 56 (3).

[95] Ibn Farḥūn, I, 69, 4 dal b.; Zurqānī, VII, 143, 144.

[96] Ibn Farḥūn, I, 70, l. 3; Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 32.

In tutti questi casi egli deve rinviare l'affare al suo supplente (" nā'ib ") o ad un altro magistrato; e la sentenza ch'egli pronunciasse, malgrado il divieto, sarebbe suscettibile di annullamento o di riforma.

§ **18bis.** Il " qāḍī " deve osservare certe norme di condotta e di vita che sono ritenute essenziali al decoro dell'ufficio di giudicatore (" ādāb al-qāḍī ") [97].

Egli deve astenersi dal ricevere doni, salvo che dagli stretti parenti, come i figli, gli zii ecc., e solo nei casi in cui ciò sia prescritto dalla consuetudine. « I doni, diceva Rabī'ah, sono la via che conduce alla corruzione (" rišwah ") ». « I doni estinguono la luce della sapienza ».

Non deve assistere ai banchetti, salvo in occasione di nozze, perchè in questo caso l'assistervi è obbligo religioso per ogni musulmano, quando vi sia invitato, il banchetto essendo un mezzo di dare pubblicità al matrimonio.

Deve astenersi dal contrarre mutui e dagli affari in genere, salvo quelli strettamente necessari, nè deve avere un rappresentante notoriamente incaricato di trattare i suoi affari, e per il quale si avrebbero naturalmente le compiacenze che si avrebbero per il " qāḍī " stesso [98].

Non deve avere per familiari persone di dubbia fama.

Non deve dar consulti (" fatwà ") nelle materie che possono dar luogo a contestazione dinanzi al suo Tribunale, cioè negli affari patrimoniali e d'interesse privato. Invece gli è permesso dar consulti nelle questioni rituali e in quelle relative al culto, ed anche negli affari patrimoniali che non appartengono alla sua giurisdizione o non sono di sua competenza.

Giova qui ricordare la celebre epistola di 'Umar ibn al-Ḫaṭṭāb ad Abū Mūsà al-Aš'arī, suo " qāḍī " ad al-Kūfah, considerata dagli scrittori come fondamento del diritto giudiziario [99]:

---

[97] Ibn Farḥūn, I, 24, 25, 30, 6 dal b.; Mayyārah, I, 15, 2, 28 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 38; Ḫalīl, XXXV, n. 25–26; cf. Amedroz, l. c. (JRAS, 1910, p. 787–791); Sachau, 703 (cf. Snouck Hurgronje, ZDMG, 53 (1899), 160).

[98] Gli Sciafiiti raccomandano al " qāḍī " di non trattare affari personalmente quando gli sia possibile di trovare chi lo rappresenti: Snouck Hurgronje, l. c.

[99] Ǵāḥiẓ, *Bayān*, I, 169 (Cairo, 1311–1313); Mubarrad, *Kāmil*, I, 9 (Cairo, 1308); Ibn Qutaybah, *'Uyūn*, ed. Brock., pag. 87; testo ap. Māwardī, ed. Enger, p. 119–121; Ibn Farḥūn, I, 22; Tasūlī, I, 30, 5 dal b.; Margoliouth, *Omar's Instructions to the Kadi* (JRAS, 1910, p. 307 sg.); traduzione in De Slane, *Prolégom.*

« In nome di Dio ecc. La giudicatura (" qaḍā' ") è (l'applicazione sia) di un precetto preciso (del Corano), (sia), di una sunnah (= regola tradizionistica) praticata. Cerca di comprendere, quando (un affare) è portato dinanzi a te, poichè non giova il parlar d'un diritto che non ha validità. Uguaglia (= tratta ugualmente) la gente nel tuo tribunale e nel tuo contegno, affinchè l'altolocato non abbia a sperare nella tua parzialità, nè il debole a disperare della tua giustizia. La prova incombe a chi afferma (= all'attore), e il giuramento a chi nega. La composizione amichevole è lecita tra la gente, tranne una composizione che renda lecito ciò che è illecito, o illlecito ciò che è lecito. Che una decisione da te pronunciata il giorno innanzi non t'impedisca, se tu hai consultato te stesso e sia stato guidato sulla buona via, di tornare alla verità (o alla giustizia: " ḥaqq "), poichè il vero (o il giusto) non può essere distrutto da nulla. Sappi che è meglio ritrattarsi per tornare nel giusto, che persistere nell'ingiustizia (" bāṭil "). Applicati a ben comprendere ciò che si agita dubbio nel tuo petto e per cui non v'ha nè (testo del) Corano nè Tradizione (" Sunnah "). Apprendi i casi analoghi e simili, quindi applica l'analogia a quella materia e segui quella (decisione) che è più grata a Dio e più vicina a giustizia (" ḥaqq "), a tuo giudizio. Assegna a chi reclama un diritto assente (cioè la cui prova o il cui oggetto non è nel luogo del giudizio (?)) un termine fisso, dopo di che, se avrà prodotto la sua prova (" bayyinah "), otterrà quanto gli è dovuto, altrimenti tu crederai lecito pronunciare contro di lui. I Musulmani sono ideonei (" 'udūl ") come testimoni, salvo colui che abbia subíto la flagellazione in virtù di una pena legittima (" ḥadd "), o contro il qualc sia provato aver egli deposto il falso, o che sia sospetto per ragioni di patronato o di parentela. Dio si è riservato ciò che in voi è occulto e vi ha tutelati mediante la prova (cioè esige, prima della condanna, che sia stabilito il delitto mediante le prove esterne). Guardati dal (mostrare) la noia, il fastidio e dal mostrarti seccato dei litiganti, nei casi ove si tratti di giustizia, per cui Dio concede rimunerazione e si accumulano i meriti. Poichè colui che ha il suo intimo in pace con Dio, Dio pone la pace fra lui e gli uomini; e colui che si adorna per il mondo, (assumendo) ciò che Iddio sa non essere in lui, Iddio lo confonderà. Saluti ».

---

d'Ibn Khaldoun, I (Notices et Extraits, XIX, 449); Gottheil, *Hist. Egypt. Kādīs*, p. VII.

Seguiamo il testo del Margoliouth, modificando in più luoghi la sua traduzione.

§ **19.** Ufficio proprio del " qāḍī " è di giudicare secondo la Legge, quale risulta dal Corano e dalla " Sunnah " [100].

Qual'è la legge che deve applicare? La questione si presenta diversamente secondo che si tratti di uno dei dottori che per la loro dottrina sono riconosciuti Maestri e Capiscuola (" muǵtahid ") [101] o di coloro che non possono aspirare a tanta eminenza, e sono semplicemente *pedissequi* (" muqallid ").

Il giudice, quando sia un " muǵtahid ", dovrà giudicare secondo il Corano e la " Sunnah ", cioè le norme tratte dai detti e dall'agire del Profeta, preferendo sempre quei detti del Profeta che sono confermati dagli atti, poi le norme tratte dai detti dei Compagni del Profeta, se sono unanimi, e, in caso di divergenza, i detti cui siano conformi gli atti; e finalmente le parole dei " tābi'ūn ", quando siano concordi tra loro (" iǵmā' ", accordo unanime o le norme che si traggono dall'" iǵmā' " della Comunità musulmana).

Mancando l' " iǵmā' ", il giudice ricorrerà all'analogia (" qiyās "), dopo consultati i competenti [102].

Comunque sia, il giudice non deciderà mai senza fondarsi sui testi o sull'analogia, che sono le basi legittime del ragionamento giuridico, e, solo in casi di eccezione, gli sarà lecito trarre, da quelle fonti, deduzioni che si applichino al caso proposto [103].

Ma ciò che è permesso al " muǵtahid " non è lecito al giudice ordinario o pedissequo (" muqallid "), che non ha nè può avere l'autorità necessaria per interpretare direttamente le fonti supreme della Legge, cioè il Corano e la " Sunnah ".

Il " muqallid " deve attenersi alla dottrina insegnata da Mālik, quale risulta dalla *al-Mudawwanah*. Quando si abbiano due testi contradditori di Mālik, il giudice si atterrà al più recente, ed in caso d'incertezza, darà la preferenza alla versione trádita da Ibn al-Qāsim.

In mancanza di testo formale e se la questione sia controversa nella giurisprudenza, il giudice si atterrà alla dottrina prevalente (" mašhūr " = notoria) nella Scuola; gli è vietato di seguire un'opinione isolata (" šāḏḏ " = singolare, rara) per autorevole che sia; a maggior ragione sarebbe peccato grave pel giudice decidere le questioni controverse secondo la sua impressione personale od a favore della

---

[100] Cf. *Cor.*, IV, 61.
[101] Cf. Ibn Farḥūn, I, 48, l. 5 sg.
[102] Ibn Farḥūn, I, 47, 13 dal b., 48.
[103] Cf. Tasūlī, I, 20, 4 sg.

parte per cui ha maggior propensione (questione *pro amico*). Il giudice non deve giudicare se non a ragion veduta e dopo una matura ponderazione dei motivi [104].

Si loda nel giudice la disposizione a chiedere consiglio ai dotti [105], gli si raccomanda (altri ne fa un dovere) sia di far assistere dei giureconsulti (" muftī ") all'udienza per consultarli nei casi più difficili, sia di chiedere il loro parere anche fuori dell'udienza, ma senza seguire ciecamente quanto gli viene suggerito, decidendo solo secondo il parere che a lui, in coscienza, sembri meglio applicabile al caso [106].

§ **20.** Costretto ad attenersi alla dottrina della sua Scuola, il Giudice malichita non può, a pena di nullità, applicare il sistema di una Scuola diversa [107].

Vi sono esempi di limitazioni anche più rigorose [108]: a Cordova era prescritto al " qāḍī ", all'atto della sua nomina, di attenersi alla dottrina malichita, qual'è insegnata da Ibn al-Qāsim. Saḥnūn imponeva ai " qāḍī " da lui nominati di seguire il sistema della scuola malichita di Medina, senza occuparsi delle opinioni professate dai Malichiti dell'"Irāq o di altra parte del mondo musulmano [109].

Si intende che queste restrizioni si applicano ai giudici ordinari, ai " muqallid ", quali sono ormai tutti i " qāḍī ". Se si trattasse di un " muǵtahid ", quella condizione sarebbe nulla, e anzi, secondo alcuni, sarebbe ragione di nullità della nomina del giudice, poichè il giudice deve decidere secondo quanto a lui pare giusto e conforme alla Legge divina, e non secondo l'insegnamento di questo o quel maestro [110].

Ed anche pei " muqallid " si può concedere maggiore latitudine, quando la necessità lo richieda [111].

---

[104] Ibn Farḥūn, I, 19, l. 9; 49, l. 3; 50, 3–4; 52, 10; 53, 1; 54, 6 e 24; 56, 4; Ḫalīl, XXXV, n. 3 e nota 9; n. 58 (3), e nota 185; Ḫiršī–'Adawī, VII, 140; Dasūqī, IV, 116; Zurqānī–Bannānī, VII, 124; Tasūlī, I, 16, 7–9; 20, 5 sg.; 21, 3–9; 22, 6; *'Amaliyyāt*, p. 6–7, 41; 'Ilayš, I, 51, 53–56, 58–59. Sull'ordine di autorità dei dottori in caso di conflitto v. Tasūlī, I, 20, 17; 'Ilayš, 1, 63; Nawawī, 61 sg.

[105] *Cor.*, III, 153; Buḫārī, *i'tiṣām*, n. 13; *Mud.*, VI, 14; Ḫalīl, *l. c.*, n. 6.

[106] Ibn Farḥūn, I, 30, 4 dal b. e 31, 1; Mayyārah, I, 26; Ḫalīl, XXXV, n. 24 e nota 66.

[107] Ḫalīl, XXXV, n. 56.

[108] Per la storia della questione alcuni cenni sono in Amedroz, op. cit., JRAS, 1910, p. 785–787.

[109] Cf. Ibn Farḥūn, I, 48, 2 dal b.

[110] Ṭurṭūšī, ap. Ibn Farḥūn, I, 17, l. 16 sg.; 18, l. 1–16; 48, l. 9.

[111] Cf. Bannānī, VII, 124.

§ **21.** I "qāḍī" sono sottoposti alla vigilanza del Principe ("Imām"), dei Gran Qāḍī ("Qāḍī al-quḍāh", "Qāḍī al-ǵamā'ah"), nei paesi ove questa istituzione esisteva [112]. Tale vigilanza è, o dovrebbe essere, accurata e rigorosa, perchè si tratta di un interesse pubblico di prim'ordine.

Non si deve però dare facile ascolto ai reclami ed alle accuse contro i "qāḍī"; le denunzie dovranno sempre essere oggetto di un'accurata indagine da parte di un consiglio di giuristi a ciò delegati dal Principe, con potere di rivedere la sentenza di quel giudice e di riformarla, quando ne sia il caso. La rimozione del "qāḍī" può anche essere la conseguenza di quelle indagini [113].

Il "qāḍī" può anche essere rimosso dall'ufficio:

a) per immoralità ("fisq"), concetto che comprende, come sappiamo, tutte le forme di contravvenzione non solo alla legge etico-religiosa dell'Islām, ma anche al decoro ("murū'ah"). Solo è controverso se il "fisq" sia ragione di ritenere cessate *ipso jure* le funzioni del "qāḍī" o se si richieda un atto formale del Principe che lo rimuova. Prevale nella dottrina la seconda opinione [114];

b) per la volontà del Principe che lo ha nominato, perchè il rappresentante può essere sempre revocato da colui che lo ha incaricato di rappresentarlo [115].

La rimozione del "qāḍī" non ha effetto se non dal giorno in cui egli ne ha ricevuto la notizia, sicchè sono valide le sentenze da lui proferite fino al giorno in cui gli è stata notificata la rimozione [116].

Il "qāḍī" può cessare dalle sue funzioni per dimissione volontaria: «È questo il caso delle dimissioni date dal mandatario, dice al-Māzarī; infatti il "qāḍī" è il vicario ("nā'ib") del Principe che lo ha nominato, è il mandatario che lo rappresenta, ed a lui si applicano perciò le regole del mandato. Il "qāḍī", il mandatario, il tutore sono nella condizione di chi ha donato (o concesso) le sue utilità ("manāfi'" = servizi); chi ha donato una cosa determinata fino ad un certo termine è obbligato in virtù della sua donazione *ipsis verbis* ». La dimissione del "qāḍī" è quindi ammissibile, salvo i diritti dei terzi [117].

---

[112] Ibn Farḥūn, I, 65, 5 dal b.; 67, l. 2 dal b.; Tasūlī, I, 36.
[113] Ibn Farḥūn, I, 66, 1; 67, 5.
[114] Ibn Farḥūn, I, 66, 18 dal b.
[115] Mayyārah, I, 10, l. 18; Ḫalīl, XXXV, n. 18 e nota 55.
[116] Ibn Farḥūn, I, 66, 2 dal b.
[117] Cf. Ibn Farḥūn, I, 66, 7.

La nomina del " qāḍī " è nulla:

1° se manchi di uno dei requisiti considerati essenziali (libertà, sanità di mente, integrità di certi organi ecc.);

2° se ha ottenuto l'ufficio mediante corruzione (" rišwah ") [118];

3° se è stato nominato da un Principe cui manchi la idoncità o rettitudine (" 'adālah ") legale [119].

SEZIONE II. — Ordine e forma dei giudizi.

§ **22.** Il giudizio si apre colla citazione (" da'wà "), cioè colla domanda diretta al giudice. La citazione viene trasmessa a cura del giudice. Anticamente questi consegnava il suo anello o sigillo (" ṭābi' ") al messo (" rasūl " = *viator*), incaricandolo di far comparire il convenuto. Più tardi il giudice si limitò a mandare l'usciere, se il convenuto è sul luogo [120], ovvero, se si trovi in luogo vicino, a scrivergli intimandogli di comparire. Se le vie non sono sicure o il convenuto si trovi ad una certa distanza (60 miglia = 120 chilometri, o più) [121], il giudice scrive ad una autorità del luogo, incaricandola, secondo i casi, di tentare una conciliazione, o di far pagare al convenuto quanto deve, o d'istruire la causa, e di farne relazione al giudice per i suoi ulteriori provvedimenti [122].

§ **23.** Il " qāḍī " tiene udienza tutti i giorni, tranne i venerdì ed i giorni festivi, nel luogo a ciò destinato ed anche nel proprio domicilio; i primi " qāḍī " giudicavano alla porta della loro casa ed anche per via [123]. Si preferisce tuttavia che tenga udienza nella moschea, come già solevano gli antichi " qāḍī ", perchè luogo più accessibile a tutti, e si consiglia di tenerla nel cortile del tempio, per non turbare il raccoglimento del luogo [124].

Le ferie giudiziarie sono ignote al diritto musulmano.

---

[118] Tasūlī, I, 18, 6 dal b.

[119] Ibn Farḥūn, I, 17, l. 2.

[120] Cf. Amar, 126: « L'assignation est donnée verbalement par l'une quelconque des parties à l'autre, dans la rue, sans aucune formule sacramentelle ».

[121] Cf. *Digest.*, 27, 1, 13, § 2.

[122] Ibn 'Āṣim, v. 31–34; Ibn Farḥūn, I, 27; 37, 9 sg.; 38, l. 4; Mayyārah, I, 24 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 32, 33, l. 2–4.

[123] Buḫārī, *aḥkām*, n. 10.

[124] Ibn Sa'd, V, 206, 13; VI, 212, l. 4; Buḫārī, *aḥkām*, n. 18 (ed. Juynboll, IV, 391); Ibn 'Āṣim, v. 18; Tāwudī–Tasūlī, I, 22; Ibn Farḥūn, I, 28; Mayyārah, I, 13 in f., 14; Ḫalīl, XXXV, n. 19–20, e nota 58.

Le udienze sono pubbliche; il " qāḍī " deve scegliere le ore più comode per il pubblico, cioè non troppo presto la mattina nè troppo tardi la sera, e non prolungare troppo le udienze, per evitare un eccesso di fatica che potrebbe indurlo a non dare ad ogni affare tutta l'attenzione che richiede [125]. Deve inoltre astenersi dal giudicare, quando, per cause fisiche o morali, egli senta di non avere la necessaria serenità e limpidezza di mente [126].

Il " qāḍī " ha, naturalmente, quello che da noi si chiama la polizia dell'udienza; può (o secondo altri *deve*, per tutelare nella sua persona il decoro della giustizia) infliggere una pena discrezionale (" ta'dīb ") a chi gli manca di rispetto all'udienza, a chi ingiuria i testimoni od un " muftī " od una delle parti, o tenta di intimidirli. Deve reprimere la parte che trascende in ingiurie contro l'avversario ed infliggere al testimone mendace una pena corporale da applicarsi in pubblico.

Gli atti offensivi pel giudice commessi fuori dell'udienza non possono essere da lui puniti in quel modo, perchè sarebbe giudice e parte [127].

Gli affari vengono chiamati per ordine di precedenza, cioè secondo l'ordine in cui le parti si sono presentate all'udienza.

Alcune cause hanno però la priorità sulle altre [128], e sono:

a) quelle che interessano i viaggiatori di passaggio;

b) gli affari urgenti, cioè quelli in cui sia da temere il deperimento della cosa o che esigono un pronto provvedimento.

Quando non esistono titoli speciali di preferenza, si estrae a sorte tra i nomi delle parti presenti, secondo la regola insegnata dal " ḥadīṯ " per i casi dubbi [129].

§ **24.** Tanto l'attore quanto il convenuto debbono comparire personalmente [130]. È tuttavia permesso di farsi rappresentare da un mandatario *ad litem* (" wakīl " o " wakīl al-ḫiṣām "), anche mediante compenso. Saḥnūn permette la costituzione di un mandatario solo per motivi legittimi, e cioè:

---

[125] Ḫalīl, l. c., n. 20; Tasūlī, I, 22, 7 dal b.

[126] Tasūlī, l. c.; Ḫalīl, l. c., n. 28.

[127] Ibn 'Āṣim, v. 48–49; Ibn Farḥūn, I, 36, 3; 38, 6; Mayyārah, I, 31, 32; Tasūlī, I, 44; Ḫalīl, XXXV, n. 8, 24, 30.

[128] Ibn 'Āṣim, v. 28; Ibn Farḥūn, I, 35, 4 dal b.; Mayyārah, I, 22; Ḫalīl, XXXV, n. 22 e 32.

[129] Buḫārī, *šahādāt*, 30 (ed. Krehl, II, 163); cf. Zurqānī, VIII, 139, 140.

[130] Van den Berg, 213 e n. 1.

a) al malato;
b) alle donne che non si mostrano in pubblico;
c) a chi fa parte del personale del Tribunale;
d) a chi sta per mettersi in viaggio;
ma l'opinione prevalente non ammette queste restrizioni e dà facoltà di costituire un procuratore a chi lo desideri [131].

Non si può dar mandato *ad litem* a più d'un procuratore, quando il mandato contiene il potere di ammettere o negare la domanda avversaria, per non ingenerare dubbio con la molteplicità dei mandati [132].

Se l'azione è diretta contro una fondazione pia, una moschea e simili, il " qāḍī " costituisce un procuratore a rappresentare l'ente morale [133].

Il " qāḍī " può non ammettere un mandatario noto per il suo spirito litigioso e la sua pervicacia [134].

Il mandato può essere speciale per un certo affare, od essere generale, cioè risultare dal potere dato al mandatario di rappresentare il mandante nelle liti in genere od in un certo genere di liti [135].

Il mandato *ad litem* non si presume, bensì deve essere espresso; il padre, fratello o tutore di una donna maritata non possono agire contro il marito di questa, in base a pretese sevizie esercitate contro la moglie [136].

Il mandato *ad litem* deve contenere la facoltà per il mandatario di confessare (" iqrār ") o di negare (" inkār ") la domanda rivolta contro il suo rappresentato, e può essere respinto dalla parte avversa, qualora non enunciasse quei poteri [137].

Il mandato è efficace anche se la lite sia iniziata qualche tempo dopo la sua data (non più di sei mesi) [138], e può valere anche per più

---

[131] Ibn ʿĀṣim, v. 227, 880; Mayyārah, I, 131; Zurqānī, VII, 141; Ibn Farḥūn, I, 137, 1; 138, 15 dal b.

[132] Ibn Farḥūn, I, 135, 2.

[133] Ibn Farḥūn, I, 139, 17.

[134] Ibn Farḥūn, I, 135, 4 dal b.

[135] Cf. Ibn Farḥūn, I, 120 in f.; 121, 1–3; 137, 4; 139.

[136] Ibn Farḥūn, I, 124, 2 dal b.

[137] Ibn ʿĀṣim, v. 283; Mayyārah, I, 133, 134; cf. Raḥḥāl, *ad loc.*; cf. Ibn Farḥūn, I, 135, 3 sg. Si esclude il mandato conferito da un tutore nell'interesse del suo pupillo, poichè il tutore non ha la facoltà di conferirlo: cf. Ibn Farḥūn, I, 135, 21 sg.

[138] Ibn ʿĀṣim, v. 285; Mayyārah, I, 134 in f., 135; 139, 8; Ibn Farḥūn, I, 121 ult.; 122, 1–3; 135 ult.; 136, 1–4.

cause, quando sia concepito in termini generali, e non limitato ad un affare speciale.

Il mandato è sempre necessario, quando una persona agisce *in jure* a nome di un'altra, ed il " qāḍī " deve verificarne accuratamente l'autenticità prima di ammettere il procuratore a discutere [139].

È quindi controverso nella dottrina se taluno può presentarsi come *negotiorum gestor* nell'interesse di un assente. I giuristi sono su ciò discordi; alcuni l'ammettono indistintamente (Ibn al-Qāsim), altri lo rifiutano senz'altro (Muṭarrif); una dottrina autorevole distingue :

a) si può ammettere, come rappresentante di un assente, il padre o il figlio di lui, i quali possono star in giudizio, anche senza mandato e far valere tutti i diritti spettanti al loro congiunto;

b) gli altri parenti potranno far accertare e conservare i diritti dell'assente, ma non stare in giudizio per lui;

c) invece il terzo estraneo, senza mandato, non può agire per un assente anche per conservarne i diritti.

Un'altra scuola vuole che il " qāḍī " costituisca, in questi casi, un rappresentante d'ufficio per tutelare gli interessi dell'assente (Saḥnūn, Ibn al-Māǵišūn, Aṣbaġ) [140].

S'intende che la controversia cessa, se l'interveniente senza mandato abbia un interesse proprio nella causa dell'assente, come coerede, comodatario, creditore pignoratizio, moglie dell' assente [141].

Si accettua anche il caso dell'*actio popularis*, quando uno *de populo* porta un'azione in giudizio nell'interesse pubblico [142].

Il mandato *ad litem* può essere gratuito o mediante compenso. È controverso soltanto il *pactum de quota litis* [143].

Il mandato *ad litem* si estingue :

a) per la morte del mandante, salvo che la morte avvenga quando la causa è già molto inoltrata e quasi sul punto di essere decisa, nel qual caso gli eredi non possono revocare il procuratore [144];

b) colla fine dell'affare speciale per il quale è stato conferito [145];

---

[139] Cf. Ibn Farḥūn, I, 130, 4 sg.

[140] Mayyārah, I, 139; Ḫalīl, XXXV, n. 80; Bannānī, VII, 156; Ibn Farḥūn, I, 122, 3; 123 *per tot.*, 124.

[141] Mayyārah, I, 139, 5 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 125, 3 sg.

[142] Ibn Farḥūn, I, 125, 5 dal b.

[143] Ibn Farḥūn, I, 138, 4 dal b.

[144] Ibn Farḥūn, I, 137, 5.

[145] Ibn Farḥūn, I, 137, 16.

c) colla revoca da parte del mandante, la quale però non ha effetto sugli atti anteriori di procedura [146], nè può avvenire quando il procuratore sia intervenuto tre volte all' udienza.

§ **25.** Se la parte citata non compare o rifiuta di comparire personalmente o per mandatario, senza legittimo motivo, il "qāḍī" ordina quelle misure coercitive che possono costringere il renitente a comparire (apposizione di sigilli alla sua casa o bottega o alle altre cose di cui a lui importi avere la libera disposizione), ed anche pene corporali, cioè quaranta frustate [147].

Se è latitante (e per esempio, se sia nascosto in casa sua), il "qāḍī" lo fa citare alla porta della sua casa, proclamando tre volte la citazione, per mezzo del banditore, e quindi, se persiste a non presentarsi, dà corso al giudizio [148].

Il giudizio contumaciale è ammesso dal diritto malichita [149], tanto in via civile che in via penale [150].

È solo controverso se il "qāḍī" sia tenuto a riservare al contumace il diritto di produre le sue ragioni contro la sentenza quando sarà comparso, come dovrebbe riservarlo in favore di un assente ("irǵā' al-ḥuǵǵah li-l-ġā'ib") [151], ovvero se debba costituire al contumace un rappresentante d'ufficio per modo da dare alla sentenza carattere definitivo [152]. L'opinione prevalente è per quest'ultima soluzione: si supponga, per esempio, che un socio chieda la divisione e che l'altro socio sia contumace o scompaia durante l'istanza: il giudice, dopo la citazione, costituirà un procuratore incaricandolo di rappresentare il latitante nella divisione [153].

Invece quando il convenuto, dopo di avere ad arte protratto il processo ("aladda fī 'l-ḫiṣām"), scompare *in limine sententiae*, quando sono state esaurite le prove testimoniali e la discussione, il giudice dà

---

[146] Cf. Ibn Farḥūn, I, 137 in f.; 138, 1.

[147] Ibn 'Āṣim, v. 35; Ibn Farḥūn, I, 41, 6; 130, 2; Mayyārah, I, 24; Tasūlī, I, 33, 2 dal b.; 34 *per tot.*; cf. *Digest.*, 42, 1, 53.

[148] Ibn Farḥūn, I, 116 pr.

[149] *Mud.*, V, 137 in f., 138; erroneamente affermano il contrario Michaux-Bellaire et Aubrin, RMM, XVIII, p. 71.

[150] *Mud.*, XVI, 85 in f., 86 pr.; Ibn Farḥūn, I, 103, 6; 104, 4 sg.; 112, 18 sg.; 116, 2 sg.; 118, 2 dal b.; 119, 1–3; 130, 16 dal b.; 134 *per tot.*

[151] *Mud.*, XIV, 172 *per tot.*, 186, 112; XIII, 124.

[152] Ibn Farḥūn, I, 75, 3 sg.; cf. I, 73, 9 sgg.; 74, 6 dal b.; Tasūlī, I, 34, 11 dal b.; Mayyārah, I, 33.

[153] Cf. Tasūlī, I, 34, 9 dal b.

corso alla sentenza, dichiarando il fuggitivo precluso da ogni mezzo d'impugnarla [154].

La procedura contumaciale [155] non differisce da quella indicata per gli assenti, cioè i non presenti (" ġā'ib "):

1° nelle cause *immobiliari* (rivendicazione) il giudice prende atto delle allegazioni e prove dell'attore e aspetta la comparizione del contenuto;

2° nelle cause relative *ai crediti* ed altre obbligazioni il giudice, constatata la contumacia, procede alla istruzione della causa, mediante l'esame delle prove prodotte. Esaurita l'istruzione, il giudice, prima di pronunciare la sentenza, dirige al contumace l'interpellazione finale (" i'ḏār "), intimandogli di comparire o di farsi rappresentare entro un certo termine, spirato il quale deferisce al creditore istante il *giuramento purgatorio* (" yamīn al–istibrā' ", detto anche " yamīn al–qaḍā' " = giuramento di soluzione), mediante il quale il creditore afferma di non avere mai ricevuto, ne ceduto, nè estinto il credito, e di essere tuttora creditore. Prestato il giuramento, si procede alla esecuzione sui beni mobili od immobili del contumace.

La sentenza contumaciale non può essere impugnata dall'assente, salvo adduca a sua giustificazione una causa di forza maggiore che gli abbia impedito di presentarsi in tempo debito (tempesta di mare, incursioni nemiche nel territorio che avrebbe dovuto attraversare). Se prova che il debito non esisteva a suo carico, otterrà la revoca della sentenza contumaciale e potrà rinvedicare la cosa venduta a suo danno, mediante restituzione del prezzo al compratore. Se la cosa è perita o è stata trasformata, il contumace potrà farsi indennizzare dal preteso creditore, che ha ricevuto il prezzo di vendita.

§ **26.** Prima della discussione il giudice è tenuto ad esortare le le parti a conciliarsi, quando siano persone ragguardevoli o parenti stretti, ovvero quando tema, dal prolungarsi della lite, il sorgere di inimicizie e contese gravi, od anche quando, per la complessità della causa e la gravità delle questioni proposte, sia difficile giungere ad una equa soluzione.

---

[154] Ibn 'Āṣim, v. 50–51; Mayyārah, I, 33; Tasūlī, 1, 34 pr.

[155] Ibn 'Āṣim, v. 878–891; Ibn Rušd, ap. Ibn Farḥūn, I, 74, 1; Tasūlī, 1, 34, 9 dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 73–75; cf. Ibn Farḥūn, I, 117 *per tot.*

Invece, quando il buon diritto di una parte appaia evidente, il giudice si asterrà da ogni tentativo di conciliazione e deve dar corso al processo [156].

SEZIONE III. — Istruzione della causa.

§ **27.** Il giudice dà la parola per primo all'attore (" mudda'ī "). In caso di dubbio sulla qualità di attore, si ricorre alla sorte [157].

§ **28.** Sa'īd ibn al-Musayyab definisce l'attore: « colui che afferma l'esistenza (di un fatto), convenuto colui che lo nega ». Ibn 'Abd al-Barr (ap. Ibn Farḥhūn I, 97) ne ripete la definizione: « Colui che chiede qualche cosa è sempre attore, colui che si limita a negare è sempre convenuto » [158].

Questa definizione è imperfetta: vi sono casi frequenti in cui non basta sapere chi domanda e chi nega per determinare chi sia l'attore e chi il convenuto. Bisogna, oltre a questo elemento puramente esterno, esaminare di quale natura sia l'affermazione o la negazione, cioè se l'affermazione, o la negazione, sia di tale natura da aver bisogno di conferma o di prova, o se colui che l'enuncia ne sia dispensato. Qui è tutta la dottrina delle prove.

« Attore è quegli la cui affermazione non è confermata da nessuna regola (" aṣl ") o consuetudine (" 'urf "), convenuto è quegli la cui affermazione è confermata da regola o da consuetudine » [159].

Questa definizione ha bisogno di essere chiarita da qualche esempio pratico:

Tizio reclama un credito da Caio; siccome ognuno si presume libero da obbligazione, finchè non si provi che è obbligato, Tizio asserisce un fatto che non ha per sè nessuna regola o presunzione di diritto, e che ha bisogno di essere provato: egli è attore. Caio, contro il quale si prova l'esistenza di una obbligazione, dice di avere pagato o di avere restituito quanto doveva consegnare; egli asserisce un fatto

---

[156] Ḫalīl, XXXV, n. 53 e 62; Ibn Farḥūn, I, 31, l. 4 dal b.; 32, l. 1–5; Tasūlī, I, 36, 3 sg.

[157] Buḫārī, *šahādāt*, n. 30; Ibn 'Āṣim, v. 28, 30; Mayyārah, I, 23, 1–6; Tasūlī, I, 31, 32; Ḫalīl, XXXV, n. 13, 32, 34.

[158] Ibn 'Āṣim, v. 20–22; Mayyārah, I, 15, 16–17; Tāwudī–Tasūlī, I, 24 in f., 25; Ḫalīl, XXXV, n. 34, 36 e note 105–106; cf. *Digest.*, 22, 3, 2; 3, 21; 10, 3, 2 § 1; Rāzī, VI, 788, 9 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 107, 2 sg. – 108, 1.

[159] Ibn 'Āṣim, v. 20–21; cf. Ḫalīl, l. c., n. 36; Ibn Farḥūn, I, 104 ult. – 105 pr.

che non è confermato da nessuna regola o consuetudine, cioè che non si presume; egli è attore, in quanto afferma e deve provare quanto dice.

Tizio rivendica un tale come suo schiavo; questi sostiene di essere libero. La regola di diritto è che ognuno si debba presumere libero finchè non si dimostri il contrario: Tizio è dunque attore, il preteso schiavo è convenuto, perchè non ha nulla da provare.

Due coniugi hanno fatto divorzio e sono in lite circa la divisione delle suppellettili che si trovano nel domicilio coniugale. Il marito reclama, ad esempio, lo specchio ed i cosmetici; egli è attore, e la moglie convenuta, perchè quelle cose si presumono, per consuetudine appartenere alle donne, ed al marito spetta dimostrare la sua pretesa. La moglie reclama le armi; toccherà a lei assumere la parte di attore, perchè le armi sono ad uso degli uomini, ed il giudice le attribuirà al marito, finchè la donna non abbia dimostrato che, in realtà, quelle cose sono sue.

Un macellaio ed un conciatore di pelli rivendicano la proprietà di una pelle che non è in possesso di nessuno dei due; il conciatore sarà attore e il macellaio convenuto, perchè la consuetudine attribuisce la pelle al macellaio.

Un soldato ed un professore reclamano la proprietà di una lancia; il soldato assumerà la parte di convenuto, perchè la presunzione è in suo favore, ed al professore spetterà la parte di attore, cioè l'onere di provare che la lancia è sua, giacchè le armi non sono ordinariamente ad uso degli studiosi.

Un pupillo, giunto alla maggiore età chiede al suo ex-tutore la restituzione del patrimonio pupillare; il tutore afferma di averlo restituito. Il pupillo, nella specie, sarà convenuto ed il tutore sarà attore, perchè il pupillo può invocare il principio generale che impone al tutore, il quale restituisca il patrimonio pupillare, di procurarsi una prova pubblica della restituzione (*Cor.*, IV, 7); finchè quell'atto non sia esibito, il pupillo ha per sè la presunzione che la restituzione non sia stata fatta; la prova della restituzione incombe dunque al tutore, il quale nella specie è attore, secondo le regole della procedura islamica.

Non sempre però la posizione è così chiara: il marito di una schiava sostiene che il padrone di questa lo ha ingannato, dandogli per moglie una donna non libera; il padrone nega; chi sarà l'attore, e chi il convenuto? Il padrone può invocare la presunzione di buona fede, poichè il dolo non si presume, e sarà dunque convenuto, secondo Saḥnūn. Dall'altro lato il marito può invocare la presunzione che in

generale nessuno sposa volentieri una schiava, e che, essendo questa una eccezione, richiede di essere provata, ed è questa l'opinione di Ašhab [160].

Caio paga una somma a Sempronio; Caio reclama il danaro qualche tempo dopo; Sempronio pretende di averlo ricevuto in rimborso di un mutuo da lui fatto a Caio. Caio invece pretende di averlo pagato a titolo di mutuo a Sempronio. Chi sarà l'attore e chi il convenuto? in altri termini chi avrà l'onere della prova ? Questione in cui le presunzioni sono uguali da una parte e dall'altra e che infatti divide la dottrina in due opinioni contrarie [161]. E forse a questo caso Saḥnūn alludeva dicendo: « Quando assunsi l'ufficio di " qāḍī ", credevo fosse facile distinguire tra le parti chi fosse l'attore e chi il convenuto. Appunto nel primo affare che si presentò dinnanzi a me fui molto imbarazzato a distinguerlo ».

Ma, salvo questi casi eccezionali, si può ritenere come regola direttiva che l'attore (" mudda'ī "), nella procedura musulmana, è colui che, affermando un fatto, non può invocare nessuna presunzione di diritto in suo favore ed è tenuto perciò a fare la prova di quanto afferma, o, come dice Ḫalīl: « colui che allega un fatto di cui manchi la prova » (XXXV, n. 34); convenuto (" mudda'à 'alayhi ") è colui che può prevalersi di una regola o presunzione di diritto per rigettare l'onere della prova sul suo avversario [162].

§ **29.** Per questo motivo colui che è in possesso assume sempre la parte di convenuto, perchè il possesso è presunzione di diritto [163].

Dalla decisione a chi appartenga il possesso provengono le conseguenze in cui si concretano gli effetti del possesso e la sua tutela giuridica [164]: il possesso dal titolo; cioè:

colui che è in possesso non ha nulla da provare [165]; a lui basta opporre il fatto del suo possesso ed aspettare che l'altra parte provi il diritto: « Colui che rivendica una cosa deve fornire la prova della sua azione, senza che colui, il quale possiede come proprietario, sia costretto a dire in qual modo abbia acquistato la cosa » [166].

---

[160] Cf. Ibn Farḥūn, I, 105.
[161] Cf. Ibn Farḥūn, I, 106, 20 dal b.
[162] Cf. Ibn Farḥūn, I, 105.
[163] Cf. *Digest.*, 43, 17, 1 § 3; 6, 1, 9.
[164] Cf. *Digest.*, 41, 2, 35.
[165] Cf. *Digest.*, 43, 17, 1 § 3.
[166] Ibn 'Āṣim, v. 1251; Mayyārah, II, 172; *Maǵallah*, a. 1758; Zurqānī, III, 127; *C. T.*, a. 571, e fonti *ibid.*; Ibn Farḥūn, I, 141, 9 dal b.

È questione controversa, dice l'*at–Tawḍīḥ* citato da az–Zurqānī (III, 127) se si possa esigere da chi è in possesso che specifichi la causa del suo possesso. Ibn Abī Zamanīn dice che non si può esigere, altri dicono che si può. Altri distinguono: se l'attore non ha provato la causa della proprietà ch'egli dice di avere, al possessore non si può richiedere che determini la causa del suo possesso, altrimenti sì. Ibn al–Qaṭṭān e Ibn al–'Attāb dicono che « non si può richiedere al possessore di specificare la causa del suo possesso, a meno che egli non sia persona conosciuta per la sua violenza e prepotenza, e che abbia il potere di compiere un atto di usurpazione ».

Si vede quanta importanza abbia per il giurista islamico il determinare, fin dall'inizio del procedimento, chi sia l'attore e chi il convenuto. « Distinguere chi sia nelle condizioni di attore, chi sia il convenuto, riassume in sè tutto il giudizio » [167]; infatti da questa determinazione dipende tutto il corso del procedimento: chi deve fare la prova, chi deve prestare il giuramento, qual'è l'indole della causa, come deve procedere il giudice. « Colui che sa distinguere chi è attore, chi è convenuto, sa come deve giudicare », diceva Sa'īd ibn al–Musayyab, uno dei giuristi medinesi più antichi [168].

Quando manchi uno dei criteri precedenti, e rimanga dubbio sulla determinazione dell' attore e del convenuto, si ricorrerà alla sorte [169].

Il fatto del possesso può però essere incerto fin dall'inizio della lite. Avviene infatti spesso che si contenda sul possesso medesimo, quando ognuna delle parti pretenda di esserne in possesso e sostenga di essere stata turbata dall' altra.

In diritto romano la decisione di questa controversia preliminare era oggetto di una azione che giustamente si chiamava *pregiudiziale*, in quanto doveva precedere necessariamente la risoluzione della controversia relativa al possesso medesimo [170]. I Ḥanafiti chiamano questi giudizi " at–tanāzu' bi–'l–aydī " « controversie circa il possesso » e danno, a questo proposito, alcuni precetti che riassumeremo.

Di regola, il possesso deve essere provato, come qualunque altro fatto, da chi lo allega [171].

---

[167] Ibn 'Āṣim, v. 19; cf. Ibn Farḥūn, I, 104, 3 dal b.
[168] Cf. Tasūlī, I, 24; Mayyārah, I, 15.
[169] Ḫalīl, XXXV, n. 34.
[170] Gai., IV, 160; *Inst.*, IV, 15 § 7.
[171] *Maġallah*, v. 1754; *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 124.

Quando si tratti di cose mobili, possessore è quello che detiene la cosa.

Quando la controversia ha per oggetto degli immobili, il possesso può risultare senz'altro dai termini in cui è proposta l'azione: chi dice ad un altro: « tu mi hai tolto ingiustamente quella cosa », oppure: « Io ho comprato tal cosa da te » confessa implicitamente che l'altra parte ne è in possesso.

Se non risulta dai termini dell'azione, il possesso si dovrà desumere dalle circostanze di fatto. « Il possessore, dice l'*al-Magállah* (v. 1679), è quello che detiene effettivamente una cosa determinata o del quale risulti ch'egli dispone della cosa, come ne dispone un proprietario ».

« Il possesso del bosco, dice l'*al-Bazzāziyyah* (II, 340) [172], risulta dal fatto del taglio delle piante e dalla vendita del legname senza opposizioni .... Se i testimoni dicono, nella controversia relativa al possesso di una casa di abitazione: " noi abbiamo visto i suoi servitori e le sue bestie entrare in quella casa ", ciò non basterebbe a provare il possesso, finchè essi non attestino ch'egli abitava in quella casa ... ».

Il possesso è attribuito, naturalmente, a colui che ne fornisce la prova. La prova si può fornire anche mediante un testimonio idoneo, ma è preferibile averne due [173].

Nel caso in cui nessuna delle parti riesca a provare il possesso che pretende di avere, si deferisce il giuramento alle due parti e si attribuisce il possesso a quella che lo presta; se ambedue lo prestano, la questione rimane insoluta, e la cosa in litigio è affidata ad un sequestratario incaricato di conservarla fino alla decisione della lite [174].

Nei casi di turbativa di possesso, avviene spesso che tanto l'una quanto l'altra delle parti reclami per il possesso e si consideri come turbata: l'individuo, cui il vicino impedisce di fare cosa sul suo fondo che rechi danno a sè, può considerarsi come turbato nell'esercizio di un legittimo possesso e assumere la veste di attore, anzichè di convenuto [175].

§ **30.** La domanda dell'attore è orale (" maqāl "), se si tratta di una causa semplice o di poco valore.

---

[172] Cf. *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 93.
[173] Ibn 'Āṣim, v. 1259, 1262.
[174] *Maġallah*, a. 1755; Ibn Farḥūn, I, 279.
[175] Gai., IV, 160; *Inst.*, IV, 15 § 7; Windsch., I, p. 490.

Se l'affare è complesso, o di una certa importanza per il suo valore, la domanda dell'attore deve essere posta per iscritto, per meglio precisare le questioni proposte al giudice e la pretesa dell'attore, ed allora si chiama " tawqīf " (*libellus*) [176] e risponde alla nostra comparsa conclusionale. Il " tawqīf " determina la domanda dell'attore, il quale non può più mutare il titolo nè il valore.

Il giudice assegna al convenuto un termine per rispondere e gli dà copia delle conclusioni dell' attore, se il convenuto le domanda.

Come si è detto, la procedura in massima è orale, in pratica si svolge mediante una serie di atti scritti o dichiarazioni delle parti, fatte innanzi ai notari (" 'udūl "), come gli *affidavit* della procedura inglese. In origine la domanda dell'attore e la risposta del convenuto prendevano forma di memorie o appunti che il giudice compilava per conservare ricordo di quanto era esposto dalle parti; e la traccia delle loro origini orali si conserva nel nome (" maḥḍar ") [177]. La dichiarazione fatta innanzi ai notari era sottoposta al " qāḍī ", il quale vi apponeva il sigillo e la data e la conservava presso di sè [178].

§ **31.** Colla comparsa delle parti dinnanzi al " qāḍī " la causa è impegnata ed avviene una specie di *contestatio litis*, la quale produce effetti legali importanti:

a) La promozione della lite impedisce la decadenza del diritto che ne è oggetto. È regola delle donazioni che, se il donatario non prende possesso della cosa donata, ed avvenga nel frattempo la morte del donante, la donazione diventa caduca [179]. Questa decadenza non avviene se egli abbia promosso la lite [180];

b) La parte che è comparsa personalmente all'udienza per tre volte non ha più facoltà di costituire procuratore e deve continuare a presentarsi di persona. Il procuratore comparso per tre volte all'udienza non può più rassegnare il mandato, nè essere revocato dal suo mandante, salvo sempre, nell'uno e nell'altro caso, il consenso della parte avversa o la esistenza di legittimi motivi (malattia, assenza

---

[176] *Inst.*, IV, 17 § 2; Ibn 'Āṣim, v. 56, 58, 60, 62, 63; Ibn Farḥūn, I, 41, 7; Mayyārah, I, 33, 5 dal b.; 35, 36; Tasūlī, I, 50, 10 dal b.; 51, 13 dal b.; 52, 15 dal b.; 53; per formule di " tawqīf " o " maqāl ": Tasūlī, I, 50, 6 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 140, 3.

[177] Ibn Farḥūn, I, 140, 7 dal b.

[178] Ibn Farḥūn, I, 140, 19 dal b.

[179] Ḫalīl, XXXIII, n. 9, nota 25.

[180] Cf. *Mud.*, XV, 86, l. 5 sg.

necessaria, dolo del procuratore ecc.), che debbono essere corroborati dal giuramento della parte che li allega [181].

§ **32.** La domanda dell'attore [182] deve essere tale per la sua forma che, se il convenuto l'ammettesse senz'altro, si potrebbe su quella fondare la sentenza. Deve essere quindi:

1° Formale, cioè contenere un'affermazione precisa di diritto. Esempio: «Mi sono dovuti cento dīnār, e non già: « credo (o ritengo) che mi siano dovuti ».

2° Precisa, cioè determinante quanto al suo obietto. Se si tratti di azione immobiliare, si dovranno precisare la natura, la ubicazione, i limiti ed estensione del fondo; se di obbligazioni, la somma o quantità, e la qualità dei valori o cose reclamati; ad esempio: « Io debbo avere cento dīnār muḥammadiyyah » e non già «Mi è dovuta una somma » oppure « cento »; se di azione per ingiurie o calunnie (" qaḏf "): « Il tale mi ha ingiuriato in tale e tale modo », «Mi ha calunniato, affermando sul conto mio tale e tale fatto » [183].

A queste regole fanno eccezione i casi in cui, per la natura stessa del fatto, non sia possibile una maggiore precisione [184]. Per esempio, se si tratti di un conto da liquidare, e l'altro dica: «Mi è dovuto il saldo, ma non posso per ora indicare quanto »; così se si tratti di un furto, di una omissione, di un fatto colposo, basterà precisare il fatto. Analogamente se si tratti di un fondo e non si possa precisare esattamente la quota spettante all'attore. « Non si può ammettere la prova di un fatto negativo » [185].

§ **33.** Il giudice può respingere *de pleno* una domanda evidentemente infondata e vessatoria [186]. Si supponga che un mendicante, noto per la immoralità della sua condotta, pretenda aver fatto un deposito di valore presso una persona onorevole e facoltosa e voglia deferire il giuramento; è evidente che ha per scopo di estorcere danaro

---

[181] Ibn ʿĀṣim, v. 282, 292, 293; Mayyārah, I, 133, 136–137; Raḥḥāl, *ibid.*, 137; Ibn Farḥūn, I, 43, l. 12; 46 ult., 47, 1; 136, 4; *ʿAmaliyyāt*, p. 95.

[182] Ibn Farḥūn, I, 35, 13; Ibn ʿĀṣim, v. 23–24, 186–193; Mayyārah, I, 17, 4 dal b.; 18 *per tot.*; 34, 3 dal b.; Tāwudī–Tasūlī, I, 27–28; 29, 12 sg.; 47, 10 dal b.; 133, 8 dal b.: Ḫalīl, XXXV, n. 35 e 50; Ibn Farḥūn, I, 108, 109, 110, 111, 112, 113 *per tot.*; 142, 9 dal b.; Zurqānī–Bannānī, VII, 136–137; cf. Van den Berg, 220–221.

[183] *ad–Durr al–muḫtār*, IV, 580; VI, 377–382.

[184] Cf. *P. C. T.*, a. 467; *ad–Durr al–muḫtār*, VI, 381, 386; IV, 583, 585.

[185] Ibn Nuǵaym, I, 351, 352.

[186] Van den Berg, 213; *P. C. T.*, a. 474.

dal convenuto, il quale si rassegnerà a dare una piccola somma per evitare quello che è agli occhi dell'Orientale un grave danno.

Questi ed altri ricatti della stessa specie sono senz'altro respinti dal "qāḍī", secondo una dottrina di al-Laḫmī, che riunisce il consenso generale e che ar-Raḥḥāl dice di aver avuto occasione di applicare [187].

Il diritto musulmano non conosce le eccezioni pregiudiziali; a queste supplisce in parte la facoltà data al giudice di respingere l'azione, quando sia chiaramente inammissibile, perchè contraddetta dalle regole più notorie nell'uso comune.

Fra queste ragioni d'inammissibilità v'ha la prescrizione dell'azione reale, dopo dieci anni di pacifico godimento da parte del possessore attuale: « l'azione proposta non sarà udita, dice Ḫalīl, cioè non se ne terrà conto dal giudice nè sarà accolta la prova che l'attore adduce, sia essa orale o scritta » [188].

È ugualmente inammissibile l'azione diretta contro un pupillo o un incapace (" safīh "), per gli atti di commercio da lui posti in essere [189]; l'azione di rapina diretta contro una persona d'insospettabile moralità [190]; l'azione di paternità promossa da una persona notevolmente più giovane del preteso figlio [191];

3° Inoltre la domanda dell'attore dovrà enunciare la causa su cui si fonda l'azione (vendita, matrimonio, delitto ecc.), ad esempio: « Ho venduto tal casa a Tizio ed egli me ne deve dare il prezzo »; « Ho contratto matrimonio con Tizio ed egli mi deve il dono nuziale promesso »; « Ho depositato tale oggetto presso Tizio ed egli me ne deve la restituzione »; « Tizio ha ucciso colposamente mio fratello e mi deve il prezzo del sangue ». Se si tratta di diritto ereditario, dovrà precisare il decesso del suo autore ed il titolo per il quale la eredità gli è stata deferita. Non importa che enunci tutte le condizioni necessarie per la validità dell'atto o contratto, perchè l'atto giuridico si presume valido.

Se l'attore non indica la causa, il giudice, e se questi non lo fa, il convenuto, può esigere che la precisi, poichè, senza ciò, il giudice non può sapere se si tratti di causa lecita od illecita. Se l'attore rifiuti di

---

[187] Cf. Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 21, 1–18; Ibn 'Āṣim, v. 31.

[188] Ḫalīl, XXXV, n. 218 e n. 220; Ḫiršī–'Adawī, VII, 153; Mayyārah, I, 19, 6; Ibn Farḥūn, I, 111, 16 dal b.; cf. Tasūlī, I, 29, 3.

[189] Tasūlī, I, 29, 6; Ibn Farḥūn, I, 115, 2; 120, 20 sg.

[190] Ibn Farḥūn, I, 111, 3 dal b.

[191] Loc. cit.

rispondere, o non sappia indicare la causa, la domanda viene respinta senz'altro, nè il convenuto ha obbligo di rispondere.

§ **34.** Posto di fronte alla domanda dell'attore, il convenuto è invitato dal giudice a rispondere ammettendo o negando quanto viene da lui richiesto [192].

La risposta deve essere precisa. Una risposta evasiva od equivoca, ad esempio: « Non credo di dover nulla », « Tu non hai diritto verso di me », « Io non sono sicuro di quanto egli afferma », non sarebbe sufficiente, senza giuramento. Salvo questo caso, egli deve rispondere negando od ammettendo la domanda ed il titolo, o causa, asserito dall'attore, per esempio: « Io non devo nulla per causa di vendita », « Io non devo nulla per il preteso mutuo ». Se invece non risponde, o risponde in modo vago od evasivo, può essere costretto a dare risposta chiara, mediante l'arresto personale ed anche una pena afflittiva (" ta'dīb ") rimessa alla discrezione del giudice. Se, nonostante ciò, persista nel silenzio o nell'equivoco, si considera quale confitente e il giudice dà sentenza in favore dell'avversario, deferendo a questo un giuramento suppletorio, secondo Aṣbaġ, od anche senza onere di giuramento, come vuole Ḫalīl ed una dottrina molto autorevole.

S'intende che non sempre si deve procedere con questo rigore. Non è reticente o confitente il convenuto che dica, per esempio: « Io non intendo di rispondere finchè l'attore non abbia enunciato definitivamente tutte le sue pretese » oppure: « Non risponderò finchè non avrò un procuratore che risponderà per me » oppure, trattandosi di un procuratore: « Ho bisogno, prima di rispondere, di consultare il mio mandante », « Ho bisogno di qualche giorno per esaminare questo conto ». È naturale, in questi casi, che il giudice dia la proroga necessaria che sarà la più breve possibile [193].

Se il convenuto possiede in nome di altri, può ottenere di essere posto fuori di causa, nominando la persona per la quale egli possiede; così pure se la cosa appartiene ad un " waqf ", perchè la condanna

---

[192] Ibn 'Āṣim, v. 54, 55, 57, 62, 63; Ibn Farḥūn, I, 35, 6 dal b.; 36, 2–3; 39, 8; 139, 4 dal b.; 142, 17 dal b., 143, 1–2, e 13 sg.; Tasūlī, I, 46, 20 e 9 dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 36 e 49; Mayyārah, I, 34 e Raḥḥāl, *ibid.*; Tasūlī, I, 29, 15; 46, 9 dal b.; 51, 13 dal b.

[193] Cf. Tasūlī, I, 47, 11 sg.; Ibn Farḥūn, I, 143, 8; 144, 12 sg.; cf. *ibid.*, I, 145, 5–14.

ottenuta contro di lui non potrebbe essere opposta a colui a nome del quale egli possedeva [194].

In alcuni casi, ove anche un terzo può essere interessato oltre al possessore attuale, si richiede anche l'intervento di quel terzo [195]. Quando la rivendicazione abbia per oggetto una cosa pignorata, debbono intervenire in causa tanto il debitore quanto il creditore pignoratizio; così, quando è una cosa locata o commodata, si richiede la presenza del proprietario o del locatario o commodatario; se si tratta di cosa venduta, e rimessa al compratore, tanto questi quanto il venditore debbono essere presenti al giudizio.

Se il compratore, invece di chiamare in causa il suo autore, accetta di sostenere la lite da solo e si lascia condannare, senza chiamare in causa il suo autore fino al termine del processo, egli perde il suo regresso contro il venditore, perchè dicono gli autori malichiti, egli non può, dopo aver sostenuto la bontà del titolo che gli è trasmesso e la proprietà legittima del suo autore, esercitare un'azione di garanzia che implica che quel titolo era difettoso [196].

Il convenuto, il quale ha cominciato col negare assolutamente l'esistenza delle obbligazioni a suo carico e poi, quando l'obbligazione è stata provata, voglia dimostrare di essersi liberato, non sarà ammesso a provare la liberazione, per la contraddizione che esiste tra le due affermazioni da lui emesse. Per esempio, il depositario, che all'inizio della lite ha negato assolutamente l'esistenza del deposito, non può, provato che sia il deposito, dimostrare di averlo restituito [197].

SEZIONE IV. — Della prova.

Confessione "iqrār" [198].

§ **35.** Di fronte alla domanda dell'attore può avvenire che il convenuto confessi senz'altro. Il processo è allora finito: « " aqarra

---

[194] Tasūlī, I, 46, 13 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 145, 16; Ḫalīl, XXXV, n. 212–213; Zurqānī, VII, 222; così i Ḥanafiti: l'azione reale non può essere promossa che contro il possessore: *Radd al-muḥtār*, VI, 383.

[195] *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 26.

[196] *'Amaliyyāt*, 285; Mayyārah, II, 174.

[197] Ibn 'Āṣim, v. 194–195; Mayyārah, I, 90; Raḥḥāl, *ibid.*, 91; *'Amaliyyāt*, 273–274, *per tot.*; Ḫalīl, XXXV, n. 51; Ibn Farḥūn, I, 114, 4 dal b.; 118, 13; 141, 6; cf. *Cod.*, IV, 3, 13 in f.; *Novell.*, 18, c. 8.

[198] *C. T.*, a. 476, 477, 480–490; Van den Berg, 215; Zeys, II, p. 19 sg.; Luciani, 83 sg.

al-ḫaṣm fa-'rtafa'a an-nizā' ", *confitente reo, tollitur disceptatio* » dicono i giuristi [199]; all'attore non rimane che far prendere atto della confessione dai notai addetti al Tribunale, ed al giudice di conformarsi a quella nella sua decisione.

L'" iqrār " è pertanto il primo e miglior mezzo di prova [200].

La confessione (" iqrār ") giudiziale richiede nel confitente la capacità di obbligarsi (" mālik bi-amrihi " = *sui juris*), il che è naturalmente presupposto in tutti coloro che possono stare in giudizio [201].

La confessione può essere espressa o tacita: se un individuo, contro cui viene elevata una pretesa, non risponde, benchè interpellato dal giudice o dall'altra parte, il silenzio vale confessione [202].

La confessione deve essere precisa, cioè corrispondere esattamente alla domanda; una risposta ambigua o equivoca o indiretta non vale confessione. Se a chi gl'imputa un certo fatto, il convenuto risponde: « Supponiamo che io l'abbia fatto, e che perciò ? », o a chi gli chiede cento, il convenuto risponde: « Ed anch'io debbo avere cento », non si potrà dire che egli abbia confessato, perchè in sostanza si è limitato ad opporre ad un'affermazione un'altra affermazione. « Ogni qualvolta la confessione appaia ambigua, le cose rimangono nelle stesse condizioni » [203].

Sarebbe diverso il caso se a taluno che dica: « Tu mi devi dieci », il convenuto rispondesse: « Non so se siano dieci o cinque »; qui è vera e propria confessione di debito, salvo a determinare l'ammontare preciso, che potrebbe anche essere dieci, se l'attore prova che quella era la somma dovuta, ma che in ogni caso sarà di cinque.

I casi in cui la confessione presenta un tutto inscindibile sono, naturalmente, i più controversi nella dottrina. Eccone un esempio: il convenuto riconosce di dover mille « per valore di vino » o altra causa illecita: gli uni, con al-Qarāfī, decidono che la confessione è nulla, perchè le parti di cui si compone la proposizione: « devo mille per valore di vino » non si possono scindere; altri ritengono, con Ḫalīl, che le due parti siano separabili, perchè la frase « devo mille » non è

---

[199] Mayyārah, I, 20, 9; 34, 3.

[200] Ibn 'Āṣim, v. 1398 sg.; Mayyārah, II, 225 sg.; Ḫalīl, XXXV, 37, 39; 'Ilayš, II, 281 sg.; Zurqānī, VI, 91; Ibn Farḥūn, I, 139, 3 dal b.

[201] Ibn 'Āṣim, v. 1398.

[202] Ḫalīl, XXXV, n. 49.

[203] Tasūlī, I, 46, 1 sg.

necessariamente legata all'altra « per valore di vino » e quindi decidono che la confessione è valida per mille.

Un altro esempio: l'attore afferma: « Ti ho prestato dieci » oppure « Ti ho dato in deposito dieci »; il convenuto risponde: « Ho ricevuto i dieci in restituzione di un mutuo che ti avevo fatto ». Anche qui l'interpretazione non è concorde: l'opinione prevalente dà la prevalenza all'affermazione dell'attore e interpreta la risposta come confessione di debito, perchè colui che ha pagato deve essere creduto quando precisa per qual titolo egli ha pagato, nè vale che l'altro, pur ammettendo il pagamento a lui fatto, pretenda che esso è stato fatto per altra causa; invece al-Mattīṭī con altri sostengono che non si può considerare come confessione di debito quella della persona che, senza negare di avere ricevuto la somma, dice di averla ricevuta in quanto gli era dovuta, perchè le due parti di questo discorso sono connesse l'una con l'altra, per modo da non potersi arbitrariamente separare.

La confessione validamente emessa non lascia più adito a discussione: il giudice deve avvertire il confitente delle conseguenze della sua confessione e, se egli vi persiste, l'attore ne prende atto mediante testimoni [204], dopo di che al giudice non rimane altro che pronunciare la sua sentenza in base a quella; la confessione fatta dinanzi al giudice non può essere impugnata dopo la sentenza [205].

§ **36.** Se invece di confessare senz'altro, il convenuto risponde contestando la domanda contro di lui diretta, il giudice invita l'attore a far la prova di quanto afferma [206], in virtù della regola del " ḥadīṯ ": « La prova incombe a chi afferma, il giuramento a chi nega » (" inna al-bayyinah 'alà man idda'à, wa al-yamīn 'alà man ankara ", *onus probandi incumbit ei qui dicit, non ei qui negat*) [207].

---

[204] Cf. la formula di " iqrār ": Tasūlī, I, 50, 2 dal b.; 51, 1–2; Ibn Farḥūn, I, 140, 2.

[205] Ḫalīl, *l. c.*, n. 39 e 64; Tasūlī, I, 45 ult.

[206] *Mud.*, XI, 7; *C. T.*, a. 467, 571; Ibn 'Āṣim, v. 24; Mayyārah, I, 19 in f., 20; Ḫalīl, XXXV, n. 37, 40; Tasūlī, I, 46, l. 18; Ibn Farḥūn, I, 142, 3 dal b.; formula di risposta negativa dal convenuto: Ibn Farḥūn, I, 140, 3–8.

[207] Buḫārī, *šahādāt*, n. 20; Ibn Māǵah, II, 28; Ibn Sahl sostiene che le espressioni del " ḥadīṯ " sono " shāhidāka aw yamīnuhu ": Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 19 ult.; Tasūlī, I, 29, 17; cf. Ḫalīl, XXXV, not. 106; Margoliouth (JRAS, 1910, p. 318) sostiene che la regola deriva dalla Mišnāh: « Chi vuol trarre (qualcosa) dal suo vicino ne deve la prova (" rāyāh "; vocabolo che significa documento o prova testimoniale) ».

Chi afferma un fatto ne deve somministrare la prova; la regola è assoluta e si applica senza eccezione di persona: « Anche se l'attore sia il più pio degli uomini (per esempio), Abū Bakr o 'Umar, e richieda al convenuto, supponendo che questi sia il più immorale degli uomini, un solo dirham, non gli si deve credere sulla parola, ed egli è tenuto a provare quanto dice » [208].

Questa regola si applica tanto al convenuto quanto all'attore. Quando il convenuto oppone una eccezione alla domanda dell'attore, le parti si invertono, e spetta al convenuto far la prova di quanto asserisce: *reus in excipiendo fit actor* [209].

Quando l'attore ha fatto la prova, il convenuto deve provare la liberazione; altrimenti rimane obbligato [210].

§ **37.** I termini per la produzione della prova sono rimessi al prudente arbitrio (" iǵtihād ") del giudice [211]. È consuetudine tuttavia, in materia di crediti, che il giudice conceda alle parti otto giorni, poi sei, poi quattro, poi un ultimo termine di tre giorni, in tutto ventuno giorni; in materia immobiliare o successionale, il termine è di quindici giorni, poi di otto, poi di quattro, più in ultimo di tre giorni, in tutto trenta giorni. I tre giorni ultimi sono concessi in omaggio al precedente coranico (XI, 68), nel racconto relativo al Profeta Ṣāliḥ. I termini possono essere congiunti, nel senso che il giudice può assegnare, fino da principio, il termine massimo risultante dall'addizione dei termini parziali. Quando i testimoni si trovano a grande distanza, si possono assegnare anche tre mesi.

§ **38.** Quando la domanda dell'attore appaia ben fondata, e, per esempio, s'egli abbia presentato una prova o un principio di prova, il convenuto che nega deve la cauzione di comparizione (" ḍamān al-waǵh ") [212]. Una dottrina, che tuttavia non è prevalente, vuole che il convenuto dia sempre questa cauzione, anche se l'attore non abbia presentato prove.

---

[208] Qarāfī, ap. Tasūlī, I, 29.

[209] Van den Berg, 221; Morand, p. 283; Houdas ad Ibn 'Āṣim, nota 10; *C. T.*, a. 468, 473.

[210] Cf. *Mud.*, XIII, 51; Tasūlī, I, 384; cf. Māwardī, trad. Ostrorog, p. 20: " al-'āriḍ lā yaṯbutu illā bi-dalīl ".

[211] Epistola di 'Umar, v. questo Libro, p. 570; Ibn 'Āṣim, v. 64, 65, 70–71, 75–78; Mayyārah, I, 36–38 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 54, 59, 61; Ibn Farḥūn, I, 141, 16; formula del decreto del " qāḍī " per assegnare i termini: Tasūlī, I, 54.

[212] Amar, 127; *C. T.*, a. 1757.

Se non trova cauzione, il convenuto può anche essere arrestato, se l'altro afferma sotto giuramento che può presentare senza ritardo le prove della sua domanda [213].

§ **39.** Il convenuto deve la cauzione *judicatum solvi* nei seguenti casi:

a) quando l'attore ha prodotto un solo teste idoneo (equivalente ad una semiprova), chiedendo un rinvio per completare la prova, il convenuto deve dar cauzione (" ḍamān ") per il debito reclamato, il che equivale in sostanza alla *cautio judicatum solvi* [214];

b) quando il convenuto oppone l'eccezione di pagamento o di liberazione, e chiede termine per provare la sua eccezione, egli deve dare cauzione per la somma reclamata [215];

c) quando chiede un termine per impugnare la prova testimoniale contro di lui prodotta [216];

d) il debitore condannato, che chiede una breve proroga per pagare, può ottenerla, dando cauzione [217].

Dei mezzi di prova [218].

§ **40.** Si chiama prova (" bayyinah " o " ḥuǵǵah ", al plurale " ḥuǵaǵ " = *documenta*) tutto ciò che una parte invoca sia per respingere una domanda diretta contro di essa, sia per accertare un fatto in proprio favore [219].

I mezzi di prova sono due:

a) i testimoni; la scrittura non è che una varietà della prova testimoniale, mancando la quale si ricorre alle presunzioni legali, e finalmente:

b) al giuramento.

---

[213] *Mud.*, 12, 137; Ibn 'Āṣim, v. 267–270; Mayyārah, I, 128; Tasūlī, I, 54, 6 dal b., 55; Ḫalīl, XXXV, n. 202.

[214] *Mud.*, XIII, 26, 122 in f., 123; Ibn 'Āṣim, v. 266; Mayyārah, I, 127; Ḫalīl, XXXV, n. 201; XVIII, n. 23.

[215] Ḫalīl, XXXV, n. 198, 200.

[216] Ḫalīl, l. c., n. 199, 200.

[217] Ibn 'Āṣim, v. 272; Ibn Farḥūn, I, 141, 16 sg.

[218] Cf. Amar, 117 sg.; Morand, *Projet*, IV, *Des Preuves* (art. 710–788), p. 484 sg.; F. Marneur, *Essai sur la théorie de la preuve en droit Musulman*, Paris, Larose, 1910; Morand, p. 313 sg. (*De la Preuve*).

[219] Mayyārah, I, 33, 13 del b.

Della prova testimoniale " šahādah " [220].

§ **41.** Come in tutti i sistemi di diritto medioevale, così nel diritto islamico la prova testimoniale è la regina delle prove, la sola, se si accettua la confessione, che costituisca prova diretta e completa in ogni materia: la parola " bayyinah ", che significa « prova » in genere, si dice specialmente della prova testimoniale, come quella che è la prova per eccellenza [221].

« La testimonianza è un'informazione data intorno alla materia in litigio, allo scopo di far decidere (la lite) dal giudice con una sentenza definitiva » (Ibn 'Arafah). A questa definizione si può aggiungere quella data da ad-Dardīr: « La testimonianza è l'informazione data al giudice riguardo a quanto consta personalmente al testimone, affinchè la sentenza sia data secondo quella deposizione » [222].

I requisiti che si esigono nel testimone sono di due specie: fisici e morali [223].

È idoneo a deporre in giudizio come testimone il musulmano pubere, libero, sano di mente, di vita irreprensibile (" 'adl ") [224].

È dunque inabile ad essere testimone:

1° Chi non è musulmano, perchè il Corano (II, 282) esige dei testimoni « soddisfacenti » (" riḍà ") e non può dirsi tale chi non professi l' Islām [225].

2° L' impubere.

Per eccezione si ammette la deposizione degli impuberi (" ṣubyān ") in un caso speciale: quando, in occasione di gare di tiro a segno, corse od altri esercizi ginnastici, in cui siano adunati molti giovanetti, avvenga un omicidio o ferimento tra i ragazzi stessi, è lecito assumere la testimonianza dei giovanetti presenti.

---

[220] Morand, p. 321 sg.; *C. T.*, a. 554.

[221] In Francia, la massima « Lettres passent témoins » è consacrata solo nel secolo XVI (Ordonnance de Moulins 1566, art. 54); per gl'inconvenienti della prova testimoniale: cf. Declareuil: *Les Preuves judic. dans le droit fr.* (*Nouv. Rev. Histor. du Dr. Franç.*, 1898 e 1899).

[222] Cf. Ḫalīl, XXXV, nota 240; Mayyārah, I, 50; cf. Ibn 'Āṣim, v. 138.

[223] Argomenti: *Cor.*, V, 105 e II, 282.

[224] Ibn 'Āṣim, v. 101; Ḫalīl, XXXV, n. 81; Mayyārah, I, 50; Tasūlī, I, 82.

[225] *Mud.*, XII, 132; XIII, 6, 7; Ibn Farḥūn, I, 72 ult.; i Ḥanafiti ammettono anche i " ḏimmī " come testimoni nelle vertenze fra " ḏimmī ". Malichiti e Sciafiiti li escludono sempre.

Si richiede per la validità di questa speciale testimonianza [226] ;

a) che il minorenne chiamato a deporre sia libero, musulmano, di sesso maschile, dotato di discernimento, la quale ultima condizione si presume, quando il giovanetto abbia almeno dieci anni e non sia notoriamente dedito alla menzogna;

b) che non sia nemico di colui contro il quale depone, nè parente di colui pel quale depone ;

c) che i giovinetti assunti come testimoni siano almeno due;

d) che concordino tra loro sui fatti ;

e) che la loro testimonianza sia raccolta prima che i testimoni si siano separati, ad evitare il pericolo che altri possa aver loro suggerito quanto debbono dire ;

f) che nessun adulto, maschio o femmina, sia stato presente al fatto assieme ai giovinetti chiamati a deporre, perchè potrebbe aver influito sull'animo loro.

3° Chi non è sano di mente (il demente, l'imbecille, chi è soggetto a pertubazioni periodiche dell'intelligenza, l'interdetto per vizio di mente). È controverso se si debba considerare come inabile a deporre in giudizio l'interdetto per prodigalità, in quanto questa è assimilata al vizio di mente [227].

4° Lo schiavo, anche se schiavo *pro parte*, « perchè gli uffici religiosi, quali sono l'ufficio di giudicatura e quello di testimone non convengono allo schiavo » [228] in quanto implicano una certa autorità ed un potere di coazione, e all'uomo ripugna di essere costretto da chi è a lui inferiore [229].

5° Quegli a cui manca la " ʿadālah ", cioè quel grado di rettitudine o integrità legale ritenuta necessaria.

Questo concetto s'introduce gradatamente nella giurisprudenza. Nella dottrina più antica ogni musulmano viene ritenuto idoneo al cospetto della legge [230]. Nella giurisprudenza classica la integrità o rettitudine (" ʿadālah ") consiste nell'evitare i peccati gravi (bere

---

[226] Ibn ʿĀṣim, v. 143–145; Mayyārah, I, 72–73; Tāwudī–Tasūlī, I, 109–110; Ḫalīl, XXXV, n. 113–116.

[227] Ibn ʿĀṣim, v. 101; Mayyārah, I, 50–51; Tasūlī, I, 81 ult.; Ḫalīl, XXXV, n. 81, 82.

[228] Mayyārah, I, 51.

[229] Ibn ʿĀṣim, v. 101; Tasūlī, I, 82; Mayyārah, *l. c.*

[230] Cf. l'Epistola di ʿUmar ibn al–Ḫaṭṭāb, ap. Ibn Farḥūn, I, 23, l. 1–6, e cf. le discussioni posteriori, *ibid.*

vino, rubare, fornicare ecc.) ed anche, per quanto è possibile, i peccati minori o veniali, nonchè nell'astenersi in pubblico da quanto può ledere il decoro (" murū'ah ") [231].

« La " murū'ah ", dice Ibn Rušd, consiste nell'evitare i peccati gravi e guardarsi dai (mancamenti) lievi » [232].

Sicchè non possono essere testimoni:

a) gli eretici ed apostati (" murtadd ") [233];

b) i condannati per calunnia (" qaḏf ") contro una donna onesta [234]; si ammette però la riabilitazione per ravvedimento posteriore [235];

c) le persone di condotta immorale (" fāsiq "), cioè coloro che non tengono conto od apertamente contravvengono ai precetti della legge etico-religiosa dell'Islām (" fasaqa " *propr.* allontanarsi, deviare dal retto cammino) [235bis]; ed in primo luogo coloro che commettono od hanno commesso uno dei peccati puniti dalla Legge con pena determinata (" ḥadd ") [236], coloro che trascurano o violano i precetti religiosi [237], chi ha deferito o riferito il giuramento a suo padre od a sua madre, in una causa patrimoniale [238], chi presta danaro ad interesse;

d) coloro che mancano al decoro (" murū'ah ") [239]. Uno dei più antichi giureconsulti di Medina, Rabī'ah, maestro di Mālik, dichiara incapace di dare testimonianza « colui che nella sua condotta non si uniforma alla vita degli uomini probi (" 'udūl "), anche se non si possa precisare un fatto da cui apparisca la sua immoralità » [240].

La " 'adālah " è dunque un concetto astratto, come quello del *vir bonus*. Sicchè tutto ciò che lede la dignità della persona, che rende un uomo spregevole o diminuisce la considerazione in cui va tenuto,

---

[231] Juynboll, 316–318; *C. T.*, a. 267; Ġazālī, *Mustaṣfà*, I, 157.

[232] Tasūlī, I, 83, 2; cf. Ibn 'Āṣim, v. 102–103; Mayyārah, I, 51; Tasūlī, I, 181–182; Ḫalīl, XXXV, n. 81.

[233] Ḫalīl, l. c., n. 81.

[234] *Cor.*, XXIV, 4; Buḫārī, II, 149, n. 8; Muslim, I, 82–84; Nawawī, *ibid.*, I, 83; cf. *Digest.*, 28, 1, 18, § 1.

[235] *Mud.*, XII, 138; XIII, 8 in f.; VI, 43; *Muwaṭṭa'*, II, 196; *Cor.*, XVIII, 48; XLIX, 7.

[235bis] Cf. *Muwaṭṭa'*, II, 196; *Cor.*, XVIII, 48.

[236] Ibn 'Āṣim, v. 107–108; Ḫalīl, l. c., n. 81; cf. *Mud.*, XII, 143 in f.; XVI, 58; *Muwaṭṭa'*, IV, 194.

[237] Ḫalīl, l. c., n. 109.

[238] Ḫalīl, l. c., n. 109, 9.

[239] Van den Berg, p. 216.

[240] *Mud.*, XIII, 52.

diminuisce il suo decoro (" murū'ah ") e lo rende incapace di essere testimone. Così, ad esempio, l'essere dedito ai giuochi d'azzardo, l'assistere a convegni ove si odono delle cantatrici, il mangiar per la strada *coram populo*, l'andar scalzo in paesi ov'è costume di andar calzati, l'esercitare certi mestieri od arti (cantatrice, *praefica* " nā'iḥah ", conciatore di pelli, barbiere, prosseneta, meretrice, chi esercita la magia) [241].

Il concetto di integrità o moralità (" 'adālah ") del testimonio non è d'altronde un concetto rigido ed immutabile, e dipende dai tempi, dai luoghi, dalle circostanze: « La integrità (" 'adālah ") dice Abū Isḥāq aš-Šāṭibī, si considera in ogni tempo relativamente agli uomini (che vivono in quel tempo) e secondo il momento. La integrità dei Compagni del Profeta non è uguagliata dalla integrità dei Seguaci (" tābi'ūn " = la generazione vissuta dopo i Compagni); e la integrità dei Seguaci non è eguagliata da coloro che li hanno seguíti; e così ogni periodo in relazione a quello successivo, fino ai nostri tempi, E supponendo un periodo che sia affatto destituito da integrità (" 'adālah "), sarà necessario ammettere quello che più si avvicina, il quale sarà l'uomo integro di quel tempo. E così la integrità deve considerarsi in relazione ai luoghi; così l'uomo integro ("'adl ") nelle città e luoghi abitati (" ḥawāḍir ") non è l'uomo integro del deserto . . . » [242].

La integrità fisica si richiede nel testimonio nei casi in cui la infermità o vizio del corpo impedisca al testimone di constatare direttamente i fatti su cui è chiamato a deporre: il cieco non può deporre se non sui fatti che possono essere percepiti mediante l'udito o gli altri sensi, tranne la vista; il sordo può deporre intorno a ciò che ha veduto o altrimenti percepito, ma non intorno ai fatti che richiedono l'udito; il cieco e sordo non può essere testimone [243].

§ **42.** Il sesso influisce sulla capacità del testimone. Le donne sono incapaci di essere testimoni nelle questioni di stato (matrimonio, affrancamento, filiazione ecc.); sono invece ammissibili in tutte le questioni patrimoniali.

---

[241]. Cf. Buḫārī, *iġārah*, n. 17–18 (ed. Krehl II, 54); *Muwaṭṭa'*, IV, 218–220; *Mud.*, XII, 138; XIII, 3, 52; Buḫārī–Qasṭallānī, VIII, 400–403; Ġazālī, *Mustaṣfà*, I, 157; Ḫalīl, XXXV, n. 81; Dardīr–Dasūqī, IV, 148, 194; Tasūlī, I, 82; Mayyārah, I, 11.

[242] Mayyārah, I, 55.

[243] Buḫārī, *šahādāt*, n. 11; *Mud.*, VI, 43; Ḫalīl, XXXV, n. 82.

Al contrario esse sono ammissibili di preferenza ai testimoni maschi, quando si tratti di fatti di cui le donne sole possono avere conoscenza; così: la verginità, certi difetti degli organi muliebri, il parto, il primo vagito emesso dal neonato, criterio da cui dipende il giudizio sulla sua vitalità, sono fatti che possono essere attestati da due donne o più [244].

In tutti i casi in cui si ammette la testimonianza della donna, questa viene valutata per la metà di quella di un uomo; in altri termini la testimonianza di due donne equivale a quella di un testimone, maschio *propter imbecillitatem sexus* [245].

§ **43.** Oltre a queste cause d'incapacità, altre ve ne sono per cui la deposizione non si può accogliere, per la esistenza di motivi che rendono sospetta la imparzialità del testimonio [246].

Sono ragioni di ricusazione:

a) La parentela e l'affinità [247]: il figlio o la figlia, il genero non possono essere testimoni per il padre o suocero; il padre o madre per il figlio o genero; un coniuge per l'altro coniuge [248]; padre e figlio possono essere testimoni nella stessa causa; si discute solo se equivalgano ad un solo testimone (Aṣbaġ) ovvero se debbano valere come due testimoni (Muṭarrif e la dottrina prevalente) [249];

b) la inimicizia: concetto che comprende anche quell'animosità che deriva dalla differenza di fede, di setta, di razza o di partito (" ʿaṣabiyyah "); si può deporre in favore del proprio nemico, non contro di lui [250];

c) l'amicizia intima con la parte in favore della quale il teste depone [251];

d) l'avere un processo con una delle due parti in causa [252];

e) l'avere un interesse nella causa, nel senso che il teste possa volere, mediante la sua deposizione, procurare un vantaggio od evi-

---

[244] Ibn ʿĀṣim, v. 141; Mayyārah, I, 72, I. 12–15.

[245] *Cor.* II, 282; Buḫārī, *šahādāt*, n. 12; Ḫalīl, XXXV, n. 121 e note 376–377.

[246] *C. T.*, a. 374, 486.

[247] Van den Berg, 217; Ibn ʿĀṣim, v. 117, 118, 176; Mayyārah, I, 57–58, 85; Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 91; Ḫalīl, XXXV, n. 83.

[248] Così i Malichiti e i Ḥanafiti. aš-Šāfiʿī ammette la testimonianza fra coniugi, perchè sono indipendenti l'uno dall'altro nei rapporti patrimoniali.

[249] Ibn ʿĀṣim, v. 120; Mayyārah, I, 59; Tasūlī, I, 92; Ḫalīl, XXXV, n. 84, e nota 265.

[250] Ibn ʿĀṣim, v. 119; Ḫalīl, l. c., n. 97 e 109 (a) e nota 294.

[251] Ḫalīl, l. c., n. 85.

[252] Ibn ʿĀṣim, v. 119.

tare un danno a sè od a persona con cui ha interessi in comune. Così il tutore non può essere testimone per il suo pupillo, nè il debitore pel suo creditore, o reciprocamente, il socio in favore di un altro socio. Il vantaggio o interesse può essere anche puramente morale: così un testimone già condannato per calunnia, per fornicazione ecc., non può deporre contro chi è accusato della stessa colpa, perchè si sospetta ch'egli voglia far condannare quella persona per associarla alla nota d'infamia di cui egli stesso è colpito [253];

f) l'essere dipendente, salariato, della persona per cui si depone (salvo che il teste sia superiore ad ogni eccezione: " mubarriz ") [254];

g) la corruzione o il sospetto di corruzione [255].

Quando i testimoni affermano fatti contrari a quanto al giudice consta personalmente, egli deve rimettere la causa ad altro giudice e presentarsi a questo come testimone [256].

Quando si tratta di persone notoriamente malfamate, non si può procedere alla procedura di " tazkiyah ", e al giudice è vietato accettare la loro testimonianza, benchè consti a lui personalmente la verità dei fatti, perchè ciò si ridurrebbe a giudicare in base a quanto a lui consta, indipendentemente dalla prova allegata [257].

§ **44.** Come si vede, i requisiti necessari alla idoneità, o, come dicono gli Arabi, all'integrità (" 'adālah "), sono molteplici e rigorosi, ed è quindi necessario, prima che il testimone possa essere udito, che il giudice accerti se egli è « soddisfacente » (" riḍà "), secondo l'espressione coranica, mediante una indagine preliminare.

Per quest'aspetto il diritto islamico distingue, come il diritto romano, i testimoni d'intregrità o onorabilità perfetta e notoria (= " mubarriz ", *testes honestiores*, *integrae opinionis*), ed i testimoni ordinari (*testes vitiores*).

Il teste " mubarriz " è superiore ad ogni eccezione [258]; la sua testimonianza viene accolta senz'altra indagine sulla sua moralità, e può essere ricusata solo per due motivi:

---

[253] Ibn 'Āṣim, v. 119; Tasūlī, I, 91, 92; Ḫalīl, l. c., n. 85, 99 (1–2), 102, 105, 106.

[254] Ḫalīl, l. c., n. 85 e nota 274.

[255] Ḫalīl, l. c., n. 109 (b).

[256] Cf. Ibn 'Āṣim, v. 45–46.

[257] Ibn 'Āṣim, v. 107–108, 47; Tasūlī, I, 44.

[258] Ibn 'Āṣim, v. 104; Mayyārah, I, 52; Tasūlī, I, 83; Ḫalīl, XXXV, n. 110; Ibn Farḥūn, I, 146, 7 dal b.

a) l'inimicizia notoria tra lui e la parte contro cui depone, o il padre o il figlio di questo, « perchè le inimicizie si ereditano » (Tasūlī);

b) la parentela; tuttavia questo punto non è pacifico nella dottrina. Alcuni [259] ammettono che il " mubarriz " possa deporre anche in favore del fratello, se non esiste evidente motivo di sospetto; altri non lo ammettono [260].

Quando non sia *omni exceptione maior* [261], il testimonio deve subire una specie di processo o inquisizione, diretta ad accertare se egli abbia i requisiti voluti dalla legge; il giudice, prima di dichiararlo idoneo (" 'adl "), interpella la parte contro la quale il testimonio è prodotto, per chiedere se abbia qualche impugnativa contro il testimone.

§ **45.** Questo processo o indagine è detto " tazkiyah " = purificazione da " zakkà " = dichiarare puro, incensurabile; lo chiameremo processo di abilitazione.

La " tazkiyah " consiste nella dichiarazione di due o più testimoni incensurabili (" mubarriz ") di sesso maschile, i quali certifichino di conoscere bene il testimone, per lunga consuetudine, e di sapere che egli è " 'adl riḍà " retto e idoneo (" riḍà " = soddisfacente), tale che soddisfi a tutti i requisiti morali ed intellettuali richiesti in un testimone. È necessario che essi adoperino queste due parole o una di esse, poichè sono di rigore in omaggio al testo coranico [262].

Lo stesso si richiede per la dichiarazione di inabilità o inidoneità del testimone: è necessario cioè che due testimoni incensurabili, di sesso maschile, dichiarino di conoscere bene il testimone e di ritenere che egli non ha la idoneità massima a fungere da testimone [263].

Le donne non possono certificare la idoneità dei testimoni [264].

Oltre alla procedura pubblica di abilitazione (" tazkiyah ") il giudice può anche istituire un'indagine privata sulla moralità dei testimoni, mediante un informatore addetto al suo Tribunale, detto

---

[259] Ibn 'Āṣim, v. 116; Ḫalīl, XXXV, n. 84.

[260] Cf. Bannānī, VII, 161; Mayyārah, I, 57, e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 90, 5 sg.

[261] Questi testimoni si chiamano " mutawassiṭ " « di media categoria »: cf. Ibn Farḥūn, I, 146, 7 dal b.

[262] Ibn 'Āṣim, v. 111; Mayyārah, I, 52ª, 55 e Raḥḥāl, *ibid.*, 54; Tasūlī, I, 87–88; Ḫalīl, XXXV, n. 88, 92 e nota 279.

[263] Formola ap. Tasūlī, I, 85, 1 sg.; 87, 4.

[264] *Mud.*, XIII, 11; Raḥḥāl, l. c., 54; cf. però Tasūlī (I, 88 in f., 89), che è incerto.

«informatore (lett. certificatore) segreto» = "muzakkī as-sirr". I più recenti vogliono che gli informatori segreti siano due, per maggiore cautela [265].

§ **46.** Il giudice ha il più ampio potere di apprezzamento riguardo alla moralità o rettitudine (" 'adālah ") dei testimoni, anzi è questo il solo caso, secondo i Malichiti, in cui è lecito al giudice decidere secondo quanto a lui risulta personalmente, e non secondo la prova; non importa che la moralità del teste sia legalmente accertata; il giudice potrà nondimeno rifiutarlo, se a lui personalmente consti un motivo di ricusazione [266].

E viceversa, se a lui consta personalmente che il teste ha la idoneità necessaria, egli può dispensarlo dalla procedura di abilitazione [267].

In caso di conflitto tra le testimonianze a favore e quelle contrarie, quando siano della stessa data, si dovrà ritenere che il testimone non è idoneo. Diceva Saḥnūn: «Se quattro persone dichiarano che il teste è idoneo, e due dicono che non lo è, darò la prevalenza a quelli che sono per la inabilità perchè questi conoscono intorno alla realtà dei fatti ciò che non sanno gli altri» [268].

È controverso se il processo di abilitazione (" tazkiyah ") debba essere rinnovato, se il testimone si presenti in un'altra causa, dopo un certo tempo: nel Maġrib prevale la dottrina di Saḥnūn che la certificazione di idoneità deve essere rinnovata ogni volta che il testimone si presenti al Tribunale in una nuova causa, anche se abbia già subíto la stessa indagine breve tempo prima in un altro affare [269].

La idoneità o la inabilità del testimone si giudica secondo lo stato di fatto al momento in cui il teste viene a deporre dinnanzi al giudice, non secondo le condizioni in cui si trovava quando ha assunto la testimonianza od è venuto a notizia dei fatti su cui depone e ad esempio: «se quando il fatto è avvenuto in sua presenza, il testimone era schiavo o impubere o infedele, e quindi, al momento in cui depone su quel fatto, egli si trovi ad essere libero o pubere o musulmano, la

---

[265] Alcuni cenni sulla storia: Amedroz, JRAS, 1910, p. 794; *Mud.*, XV, 184; Ibn 'Āṣim, v. 112; Mayyārah, I, 54 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 87, 11 dal b.; 88, 8; Ḫalīl, XXXV, n. 91, 92.

[266] Ibn 'Āṣim, v. 42; Mayyārah, I, 53; Tasūlī, I, 43.

[267] Ibn 'Āṣim, v. 105–107; Tasūlī, I, 84 in f., 85.

[268] Tasūlī, I, 89; cf. Ibn 'Āṣim, v. 114; Mayyārah, I, 56; Tasūlī, I, 89; Ḫalīl, l. c., n. 94 e nota 290.

[269] Mayyārah, I, 56; Tasūlī, I, 89 in f., 90; Ḫalīl, l. c., n. 95 e nota 291.

sua testimonianza sarà valida, senza riguardo alle condizioni in cui si trovava quando il fatto è avvenuto. *Ex converso*, se al momento in cui ha deposto egli era libero o ritenuto tale, e poi venga ad essere rivendicato come schiavo, questa circostanza non varrà ad invalidare la sua testimonianza [270].

Se invece la sua testimonianza sia stata respinta dal giudice per ragione d'impubertà o di miscredenza ecc., il teste non potrà ripresentarsi come testimone, divenuto che sia pubere o musulmano, perchè è sempre la condizione in cui egli si trova al momento in cui compare dinnanzi al giudice che costituisce il criterio decisivo della sua capacità o della sua inabilità [271].

In un caso solo si fa eccezione alla regola, ed è per quanto riguarda il requisito della sanità di mente: il teste deve essere sano di mente tanto nel momento in cui assume la testimonianza od è presente al fatto, quanto nel momento in cui depone dinnanzi al giudice [272].

§ **47.** Questa indagine rigorosa sulla idoneità del teste non è sempre possibile, ed in questo caso, piuttosto che perdere le ragioni della giustizia per un eccessivo rigore, la dottrina decide che si possa rimettere alquanto dalle condizioni volute per la validità della testimonianza.

« Quando in un luogo non si trovino altro che persone non idonee (" 'adl "), si assumerà a testimone colui che presenta il minor grado d'inidoneità; ciò è necessario tanto nei giudizi quanto nelle altre materie, affinchè l'interesse (pubblico) non vada perduto, nè io credo che sia alcuno per contraddirci, perchè il precetto legale (" taklīf ") ha per condizione la possibilità (di attuarlo). I più recenti hanno seguíto questa regola, come si legge in Ibn Salmūn, nell'*al-Mi'yār* ed in altri; l'*al-Mazūniyyah* dice che si ammette, contro il ladro, la deposizione delle donne, dei ragazzi e dei pastori che lo hanno veduto, quando essi lo riconoscano e dicano: « quel tale è colui che noi abbiamo veduto mentre rubava la tal cosa o la rapiva » [273]; si cita, a questo proposito, una decisione analoga di Mālik, fondata

---

[270] *Mud.*, XVI, 67-68; Ibn 'Āṣim, v. 121; Mayyārah, I, 59-60; Tasūlī, I, 43; 83, 5; 94, 2.

[271] Ibn al-Qāsim, ap. Mayyārah, I, 60.

[272] Ḫalīl, XXXV, nota 244; Tasūlī, I, 93, 14 dal b.

[273] Cf. Tasūlī, I, 83, 18 sg.

appunto sulla impossibilità di procurarsi, in quel caso, una testimonianza avente i requisiti legali.

Su questo concetto si fondano le varie forme di prova testimoniale più o meno irregolari ammesse dalla dottrina:

a) la prova fatta *per turbam* (" lafīf ")[274]: " lafīf " significa una massa di persone, di ogni età e condizione (donne, ragazzi, adulti, non idonei a deporre (cf. Mayyārah, I, 40, 4 dal b.). Quando un gruppo di persone di sesso, età e condizione diversa, si presenta al giudice od ai notari per attestare un fatto avvenuto in pubblico o che è di pubblica notorietà (omicidio, possesso ecc.), questa prova si considera sufficiente; quando però nel numero vi siano persone incapaci di essere testimoni, sia per la loro immoralità notoria (giocatori, ubriaconi, mentitori notori ecc.), sia per la loro inimicizia contro l'altra parte, quelle persone dovranno essere escluse dal giudice, il quale terrà conto solo delle deposizioni degli altri, in quanto possono costituire un gruppo; sei di quelle costituiscono un testimonio idoneo (" 'adl "), dodici equivalgono a due testimoni e fanno prova. Così la pratica marocchina conosce la " mulkiyyah bi–'l–lafīf ", atto di notorietà comprovante il possesso attuale, certificato da dodici testimoni. Sull'ammissibilità della testimonianza *per turbam* (" šahādat al–lafīf ") in caso di omicidio, la dottrina ha lungo tempo esitato, ma ormai questa prova è ammessa [275]. L'atto di notorietà così comprovato si chiama " rasm lafīf ";

b) quando si tratta di fatti avvenuti durante il viaggio di una carovana (contratti conclusi fra compagni di viaggio, fatti di brigantaggio o di rapina commessi contro i viaggiatori ecc.), il giudice può ammettere ciò che si chiama la « testimonianza fondata sull'aspetto » (" šahādat at–tawassum "), cioè la certificazione di idoneità che i compagni di viaggio danno gli uni per gli altri, fondandosi sull'aspetto esterno o sull'impressione di onorabilità che essi hanno dei compagni, fondata sui soli criteri esterni, quali possono derivare da una convivenza passeggera [276].

§ **48.** Il dovere di dare testimonianza nell'interesse della verità è un dovere religioso [277], come lo è quello di prestarsi per chi è

---

[274] Amar, 81; Amar, nota a Wanšarīsī, AM, XII, 274, nota 3.

[275] Ibn 'Āṣim, v. 84; Mayyārah, I, 40 e Raḥḥāl, *ibid.*, 41; Tasūlī, I, 65–68; 118, 2–5. Forma dell'atto di notorietà per " lafīf ": Tasūlī, I, 65 ult.

[276] Ibn 'Āṣim, v. 84; Mayyārah, I, 41; 52, 3 dal b.; Raḥḥāl, *ibid.*, 41; Tasūlī, I, 68, 3 dal b.

[277] *Cor.*, II, 283; Rāzī, *ad loc.*, II, 557; Ṭabārī, *Tafsīr*, *ad loc.*

richiesto di attestare un fatto (" taḥammul "), salvo che si tratti di un atto illegale od illecito [278]; nessuno può rifiutarsi di dire quanto è a sua cognizione, se ne sia richiesto dal giudice [279].

Ma può il testimone presentarsi non richiesto per informare il giudice di quanto sa ? È questione controversa: in generale si considera come sospetto chi si presenta spontaneamente, e non chiamato, a denunciare un fatto, salvo che si tratti di una questione di ordine pubblico e di una violazione grave e continuata della legge; ad esempio, se si contrae un matrimonio tra persone tra cui esiste l'impedimento della fratellanza di latte, se il padrone, dopo emancipato lo schiavo, continui a trattenerlo in servitù, se i coniugi, dopo aver fatto divorzio, continuano a convivere maritalmente, la denuncia al giudice è non solo ammessa, ma considerata come un dovere [280].

Il testimonio non è tenuto a trasferirsi, quando la distanza che lo separa dal Tribunale ecceda le ventiquattro miglia (quarantotto chilometri); qualora si decida a farlo, avrà diritto alle spese di viaggio [281].

Il testimone non può chiedere nessun compenso per deporre su quanto è a sua conoscenza, anzi ciò sarebbe una ragione di incapacità.

Ma può egli chiedere un onorario per assumere la testimonianza (" taḥammul aš-šahādah "), cioè può prestarsi a constatare un fatto di cui interessi alle parti di conservare la prova ?

A questo quesito si riconnette la questione della liceità dell'onorario dei notari, i quali non sono altro che testimoni pubblici, autorizzati dal Principe ad assumere testimonianze per chi li richieda. L'onorario del notaro dipende dalle convenzioni delle parti, salvo che nel luogo vi sia una tariffa fissa alla quale il notaio dovrà attenersi; se non vi sia tariffa e le parti non abbiano convenuto un onorario, il notaio si ritiene aver fatto una liberalità [282].

§ **49.** La testimonianza dev'essere data personalmente da chi è tenuto a deporre, ma quando ciò non sia possibile, per esempio, quando

---

[278] Ḫalīl, XXXV, n. 145, e note 311, 443, 444; Mayyārah, I, 60; Tasūlī, I, 93, 16 dal b.

[279] Cf. *Cor.*, II, 283; IV, 34; V, 11, 105, 107; Buḫārī, *šahādāt*, n. 10. È questione controversa se sia lecito nascondersi per sorprendere una testimonianza (" šahādat al-istiġfāl "); cf. Buḫārī, *šahādāt*, n. 3; Mayyārah, I, 61.

[280] Ḫalīl, l. c., n. 99 (4) e n. 100.

[281] Ḫalīl, l. c., n. 146–148.

[282] Cf. Tasūlī, I, 93, 3 dal b.; 94, 3.

il testimone è morto o malato, quando si trovi a grande distanza, la sua deposizione può essere riferita, in suo nome, da chi è stato da lui richiesto a questo scopo e l'ha raccolta direttamente da lui. Può essere anche riferita da chi ha udito il teste deporre in questo modo presso un altro giudice. Il riferimento di testimonianza (" naql aš-šahādah ") dev'essere fatto da due testimoni idonei [283].

Il testimone non giura: « perchè o il testimone è idoneo (" 'adl "), cioè uomo retto e di moralità ineccepibile, e la sua testimonianza vale per la sua rettitudine; o non è uomo retto, e il suo giuramento non corrobora la sua testimonianza » [284].

La testimonianza dev'essere data in presenza della parte contro la quale viene emessa o dopo che questa è stata debitamente avvertita del giorno in cui il testimone dovrà deporre [285] e cominciare con le parole " ašhadu " = io attesto.

§ **50.** Il testimone deve affermare solo quanto a lui consta personalmente e che egli crede fermamente (" i'tiqād ") essere la verità; si considera mendace il testimone che scientemente depone su fatti che a lui non risultano direttamente, benchè possano trovarsi corrispondenti alla verità [286].

Tuttavia vi sono fatti che nessuno può attestare per certa scienza ed in cui si può solo esprimere la propria convinzione, quando sia fondata su motivi gravi e tali da indurre la persuasione. Chi è chiamato, per esempio, ad attestare la indigenza di un debitore, i maltrattamenti inflitti ad un coniuge, l'attitudine a bene amministrare (" rušd ") di un minorenne, di cui si chiede la emancipazione, la autenticità di una scrittura, potrà solo esprimere il suo convincimento intorno alla verità o realtà di quei fatti, fondandosi sulla lunga consuetudine avuta colla parte e sulle circostanze venute a sua notizia e che lo inducono a credere vero quanto afferma. Si dubita solo da taluni se basti, in questi casi, ch'egli affermi la sua convinzione o se debba anche specificarne e giustificarne i motivi [287].

---

[283] Ḫalīl, l. c., n. 155–158.

[284] Ibn Farḥūn, I, 41, 5 dal b.

[285] Cf. Ibn Farḥūn, I, 42.

[286] Cf. *Cor.*, II, 283; Tasūlī, I, 93, 10 dal b.; Bannānī, VII, 133; cf. *Cor.*, XXIV, 14.

[287] Ibn 'Āṣim, v. 152; Mayyārah, I, 77, e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 115, 116, 15; Ḫalīl, XXXV, n. 98.

Le stesse considerazioni hanno indotto la dottrina ad ammettere i testimoni *auricolari* (" šahādat as-samā' " = *testes ex auditu*) [288], i quali depongono, non intorno a quanto essi sanno direttamente, ma a quanto ad essi risulta per pubblica fama (" istifādah "), quando si tratta di fatti di cui, o per il lungo tempo decorso o per la loro indole stessa, non si possa dare la prova diretta. La pubblica notorietà può essere invocata come prova del matrimonio, del ripudio, dell'allattamento comune, in quanto è impedimento al matrimonio, della idoneità o meno di un testimone, del lungo possesso di un fondo, della costituzione di un " ḥubus " in epoca remota, nel brigantaggio (" ḥirābah "), nelle diffamazioni o calunnie (" qaḏf "), ed in altri casi enumerati nelle fonti.

In tutti questi casi basta, per far la prova, che due testimoni maschi, incensurabili, affermino la notorietà del fatto, purchè vi si aggiunga il giuramento della parte che si prevale della prova testimoniale; altri esige quattro testimoni [289].

La testimonianza deve essere precisa in quanto ai fatti su cui il testimone depone [290]. Non basta che il testimone dica che Tizio è creditore di Caio, se non precisa l'ammontare o l'oggetto del credito; ad esempio, egli deve dichiarare: « Attesto che il tale deve al tale un dīnār », « attesto che il tale ha depositato presso il tale una veste ». Altrimenti, se il convenuto nega, basterà che presti giuramento, perchè la domanda sia respinta. Non basta che i testimoni dicano: « Attestiamo che Tizio deve a Caio cento per valore di merce ch'egli ha comprato da Caio », se non aggiungono « e che Tizio ha ricevuto da Caio ». La testimonianza non basta a far prova, se i testimoni si limitano ad affermare: « Il tale ha cucito una veste per il tale », « ha confezionato tale oggetto per il tale », se i testimoni non aggiungono: « e glie l'ha consegnata cucita » o « dopo averla confezionata ». Se attestano l'esistenza di un mutuo, occorre non solo che dichiarino la quantità e specie della cosa mutuata, ma che dicano altresì che il mutuatario la ha ricevuta, perchè il mutuo si perfeziona bensì mediante il consenso,

---

[288] Ibn 'Āṣim, v. 177–185; Tasūlī, I, 125–129; 131, 7; Mayyārah, I, 85–88 e Raḥḥāl *ad loc.*, 85; Ḫalīl, l. c., n. 140, 142–144; formola dell'atto di notorietà: Tasūlī, I, 129–130.

[289] Ibn 'Āṣim, v. 187 sg.; Mayyārah, I, 50, 89–90; Tasūlī, I, 51, l. 8 sg.; 106, 14 dal b.

[290] Ibn 'Āsim, v. 187, 11; Tasūlī, I, 131, 15; 133, 5 dal b.; Tāwudī, I, 134, 5 dal b. *Quid*, se il testimone indica due somme diverse: « Tizio deve cento o centocinque » ? cf. Raḥḥāl, I, 89.

ma non crea obbligazione se la cosa mutuata non è stata effettivamente consegnata.

Finalmente, il testimone deve precisare il modo in cui è venuto a conoscenza dei fatti che attesta. Non basta che dica: « So che Tizio deve cento a Caio », ma deve aggiungere « che Caio gli ha prestato in nostra presenza » oppure « che Tizio ha confessato, in nostra presenza, di dovere a Caio ».

Quando la testimonianza presenti le lacune o le incertezze cui si è accennato, la dottrina è discorde sugli effetti che conviene attribuirle; secondo gli uni, la deposizione non ha valore; altri vogliono che se ne tenga conto fino al punto precisato dal testimone, non per il resto, il quale rimane oggetto di ulteriori indagini, come quello che non è provato; altri finalmente distingue: quando la parte non precisata forma un sol tutto con il resto, per modo che non si possa scindere, la deposizione intera è colpita di nullità; se invece le parti si possono separare, la deposizione varrà per quella parte che il testimone ha debitamente precisata [291].

Il testimone non può aggiungere nè mutare checchesia nelle deposizioni già fatte; ancora meno può retrattarle, salvo che adduca ragioni gravi, e purchè la sentenza non sia stata già pronunciata.

Proferita la sentenza, la retrattazione dei testimoni non ha alcun effetto, nelle cause civili; invece nelle cause penali, la retrattazione dei testimoni può avere influenza anche dopo la sentenza e finchè questa non sia stata eseguita. S'intende che il testimone può sempre spiegare quanto, nelle sue deposizioni, non è abbastanza chiaro, specificare quanto è troppo generico, aggiungere quelle delucidazioni che valgono a precisare la portata vera di quanto ha detto. Queste regole vanno intese con maggiore latitudine quando si tratta di un testimone di integrità esemplare (" mubarriz "), cui viene concesso di aggiungere o di modificare quanto ha deposto.

§ **51.** La parte contro cui si produce la prova testimoniale ne può chiedere copia, ed ha la più ampia facoltà di impugnare la idoneità (" 'adālah ") dei testimoni o di discutere la sostanza. Il giudice deve sempre comunicare al convenuto i nomi dei testimoni prodotti e chiedere se abbia qualche motivo di ricusazione, assegnando alla parte un termine conveniente per produrre quei motivi; l'attore, a sua volta, ha il diritto di conoscere i nomi dei testimoni prodotti dall'avver-

---

[291] *Mud.*, XVI, 83; Ibn 'Āṣim, v. 133–135; Mayyārah, I, 66–67 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 101–103; Zurqānī, VII, 162.

sario per impugnare quelli da lui prodotti. La istruzione segreta fatta dal giudice senza comunicare alle parti i nomi dei testimoni prodotti *hinc hinde* non avrebbe valore, salvo che motivi gravissimi giustifichino il segreto, ad esempio: se sia in causa una parte molto potente e assai temibile per chi osasse deporre contro di essa [292].

§ **52.** La prova testimoniale può essere impugnata e « cade », come dicono le fonti, quando risulta che il testimone è legato da parentela o affinità alla persona per la quale ha deposto, che è nemico della parte avversa, o per gli altri motivi d'incapacità del testimone, cui sopra si è accennato [293].

Diventa pure inefficace:

a) quando i testimoni dichiarino di aver errato circa la persona contro la quale hanno deposto [294];

b) quando la deposizione risulti falsa « e per esempio, se risulta essere vivo colui che i testimoni hanno detto essere stato ucciso » [295];

c) quando i testimoni si ritrattino, dichiarando di aver deposto contrariamente alla verità.

La responsabilità del falso testimone è molto grave al cospetto della legge religiosa [296] e della legge civile, e viene commisurata diversamente, secondo che si tratti di errore o di dolo propriamente detto [297].

In materia civile, il falso testimone è punito con una pena (" taʿzīr ") rimessa *ad arbitrium judicis* (" iǵtihād "), oltre al risarcimento dei danni verso la parte [298].

In materia penale, se l'accusato è incorso nella pena capitale, o nel taglione, il falso testimone è punito con pena severa, rimessa all'arbitrio del giudice, e deve inoltre il prezzo del sangue (" diyah ") [299]. In altri casi, le conseguenze sono diverse, secondo le varie specie: per esempio, in materia di ingiurie o calunnia (" qaḏf "), se l'impu-

---

[292] Ibn Farḥūn, I, 42, 5 dal b.; Tasūlī, I, 43, 11; 88, 1; Ibn Yūnus ap. Dasūqī, IV, 132–133; Ḫalīl, XXXV, n. 43, 46, 199.

[293] Cf. Mayyārah, I, 85; Tāwudī–Tasūlī, I, 124, 5 dal b.

[294] Ḫalīl, XXXV, n. 160.

[295] Ḫalīl, l. c., n. 161; Mayyārah, I, 85, l. 1 sg.

[296] *Cor.*, II, 177; IV, 134; XXV, 72; LXX, 33.

[297] Mayyārah, I, 67–68; Tasūlī, I, 102, 5 dal b.; 103, 16; 104, 1; Ḫalīl, XXXV, n. 163–184.

[298] Van den Berg, 218.

[299] Ḫalīl, XXXV, n. 161 e nota 480.

tato ha subíto la pena, i testimoni che si ritrattano sono puniti con pena discrezionale [300], ma non rispondono pecunariamente, « perchè la loro testimonianza non ha cagionato nè danno patrimoniale, nè la morte di alcuno » [301].

In materia di fornicazione (" zinā ") i testimoni a carico che si ritrattano sono puniti colla pena della calunnia (" qaḏf "), e debbono inoltre un risarcimento, se la sentenza è stata eseguita [302].

§ **53.** Qual'è l'effetto della prova testimoniale?

Nei riguardi del suo valore probatorio, la prova testimoniale si divide in varie specie o classi.

I. La prima è la testimonianza che fa piena prova, senza che sia necessario il giuramento della parte. Nelle questioni patrimoniali (" fī 'l-māl ") e nelle questioni di stato (affrancamento, ripudio, revoca di ripudio, matrimonio), nonchè nelle materie penali (omicidio, furto, tanto agli effetti civili che a quelli penali) questa prova è costituita da due testimoni idonei di sesso maschile, ovvero da un uomo e due donne [303]. Il giuramento della parte (" yamīn al-qaḍā' ") si esige solo quando sia in causa un defunto, un assente, un minorenne o altro incapace, come il " bayt al-mal ", i poveri e le cause pie [304].

Nelle cause di fornicazione, adulterio (" zinā "), sodomia si richiedono a far la prova legale, senza bisogno di giuramento delle parti, quattro testimoni oculari che abbiamo visto le parti in flagrante [305]. Nelle materie di cui generalmente solo le donne hanno notizia (la gestazione, la vitalità di un neonato, il parto, i mestrui, l'allattamento, i difetti degli organi muliebri) bastano a far la prova legale due donne aventi i requisiti di idoneità (" 'adālah "), cioè libere, musulmane, sane di mente ecc. [306].

II. La seconda categoria di prova testimoniale è la prova incompleta e semiprova che risulta dalla produzione di un solo testimonio idoneo, ovvero di due o più donne [307]. Per far prova completa

---

[300] Ḫalīl, l. c., n. 163.

[301] Dasūqī, IV, 184.

[302] Ḫalīl, l. c., n. 164.

[303] *Cor.*, II, 282.

[304] Ibn 'Āṣim, v. 138–139; Mayyārah, I, 69–70; Tasūlī, I, 104–106; Ḫalīl, XXXV, n. 120–121.

[305] *Cor.*, IV, 19; Buḫārī, *šahādāt*, n. 21; Abū Dāwūd, IV, 120, 145; Ḫalīl, XXXV, n. 117–119.

[306] *Mud.*, VI, 45; XII, 140; Ibn 'Āṣim, v. 141; Tasūlī, I, 106 in f., 107; Ḫalīl, l. c., n. 122.

[307] *Cor.*, II, 282.

essa deve essere corroborata dal giuramento della parte che la produce. Questa prova vale solo nelle questioni patrimoniali (mutuo, vendita ecc.), o in quelle che si possono riferire al patrimonio [308], per esempio, la facoltà risolutiva, il ritratto, la fidejussione, l'omicidio o ferimento colposo (che si risolvono in un risarcimento pecuniario), il furto (quanto agli effetti civili, non all'applicazione della pena); il matrimonio, che richiede di regola due testimoni, può essere provato anche mediante un solo testimonio o due donne, più il giuramento della parte, quando si tratti di una vedova la quale intende provare la morte del coniuge per ripetere la sua parte di successione; si può provare nello stesso modo la esistenza di una sentenza [309].

Non tutte le scuole ammettono questa specie di prova testimoniale, ed anche tra i Malichiti la scuola spagnuola la rifiuta [310].

Vi sono tre casi in cui la prova incompleta o semi-prova (costituita da un solo testimone, o due donne) fa sì che il giudice deferisca il giuramento, non già all'attore, ma al convenuto: sono questi i casi di ripudio, di affrancamento, e di calunnia o diffamazione (" qaḏf ") [311]:

a) quando una donna pretende che il marito l'ha ripudiata e produce un solo testimone, idoneo o due donne, il giudice deferisce il giuramento, non già alla donna, ma al marito; se questi giura negando di aver dato ripudio, l'istanza della donna viene respinta senz'altro; se rifiuta di giurare, viene detenuto, finchè si decida a prestare il giuramento; persistendo nel rifiuto, il matrimonio non viene sciolto, ma il marito non può costringere la donna a riprendere la vita in comune; secondo alcuni la moglie può ucciderlo ov'egli tenti di possederla con violenza;

ó) il secondo caso è quello dell'affrancamento: uno schiavo pretende di essere stato affrancato dal padrone, ma produce solo un testimone maschio o due donne: se il padrone contesta l'affrancamento, il giudice deferisce il giuramento, non già allo schiavo, ma al padrone; se questi giura, l'istanza è respinta: se rifiuta di giurare, viene detenuto per un certo tempo (un anno al massimo) e, persistendo nel rifiuto, viene riposto in libertà, ma lo schiavo rimane nella condizione servile;

---

[308] Ibn ʿĀṣim, v. 146–147; Mayyārah, I, 73–74, e Raḥḥāl, 74; Tāwudī–Tasūlī, I, 106, 110 in f.; 111; 112, 3; Ḫalīl, XXXV, n. 121, 124.

[309] Tasūlī, I, 112, 11 dal b.

[310] Ibn ʿĀṣim, v. 171–173; Mayyārah, I, 83, 84; Tasūlī, I, 123, 13 dal b.; 124.

[311] Cf. Mayyārah, I, 84.

c) la diffamazione (" qaḏf "): Tizio accusa Sempronio di averlo ingiuriato o diffamato, ma non ha che un testimonio o due donne; il giuramento viene deferito a Sempronio, il quale è prosciolto, se giura che i fatti allegati non sono veri; *quid*, se rifiuta di giurare? la soluzione è controversa [312].

Qual'è la ragione per cui, nei casi precisati, il giuramento, anzichè essere deferito all'attore, viene imposto al convenuto? Egli è perchè, qualora si desse alla moglie, allo schiavo, all'ingiuriato la facoltà di completare mediante un giuramento la semi-prova da essi prodotta, si offrirebbe loro un mezzo troppo facile di sottrarsi all'autorità del marito, del padrone, o di provare l'azione penale: deferendo invece il giuramento al convenuto, si offre a questi un mezzo facile ed equo di difendersi [313].

§ **54.** Valutazione della prova testimoniale.

Le testimonianze prodotte *hinc inde* si valutano dal giudice secondo il loro valore intrinseco; la parte che produce una prova superiore a quella dell'altra parte, ha causa vinta [314].

È ragione di prevalenza di una prova testimoniale non il *numero* dei testimoni, ma la loro *qualità*: « Tra due prove testimoniali, prevale quella costituita da testimoni di maggior rettitudine » (" 'adālah ") [315]. *Quid juris* se da un lato sia un testimone di probità esemplare (" mubarriz " = *omni exceptione maior*), e dall'altro due testimoni onorevoli (" 'adl ")? Muṭarrif dà la prelevanza ai due testimoni, Aṣbaġ al testimone *omni exceptione maior*, esigendo però in più il giuramento della parte. L'opinione dominante segue la dottrina di Muṭarrif, « perchè, dice Ibn Rušd, non tutti consentono nell'ammettere la prova fatta mediante un testimone, più il giuramento della parte, mentre i due testimoni costituiscono (per comune consenso) una piena prova [316].

Per la stessa ragione la prova fatta mediante due testimoni idonei prevale su quella fatta mediante un testimone, più il giuramento della parte, o mediante un uomo e due donne [317].

Tra due prove testimoniali quella che specifica, in modo preciso, il titolo o la causa o la data in cui è sorta l'obbligazione od in cui è

---

[312] Ibn 'Āṣim, nota 106; Tasūlī, I, 123, 3 dal b.

[313] Ibn 'Āṣim, v. 203; *'Amaliyyāt*, 119, l. 1 sg.

[314] Ḫalīl, XXXV, n. 186.

[316] Ibn 'Āṣim, v. 196-197; Mayyārah, I, 91; Raḥḥāl, *ad loc.*, 92; Tasūlī, I, 137.

[317] Ḫalīl, l. c., n. 187.

stata acquistata la proprietà, prevale su quella che non specifica questi particolari [318]. Ad esempio, due persone si contendono la proprietà di un oggetto; i testimoni dell'uno attestano che egli ne è proprietario; quelli dell'altra parte affermano, non solo che ne è proprietario, ma che lo ha acquistato mediante un determinato titolo di acquisto, per esempio, che l'ha comprato, o l'ha avuto per eredità, o che è nato in casa sua (trattandosi di schiavo o di animale); quest'ultima prova, *caeteris paribus*, preverrà sull' altra.

Quando non vi sia ragione di prevalenza tra le due prove e queste discordino solo nei particolari secondari, il giudice deve *combinarle o conciliarle*. In altri termini egli si atterrà alle parti essenziali in cui le due prove concludano, trascurando le divergenze particolari, quando non siano tali da influire sull'istanza. Questo modo di procedere si chiama " talfīq ", da " laffaqa " = cucire insieme [319].

Le testimonianze contraddittorie si conciliano, se ed in quanto sia possibile [320]; per esempio: Tizio afferma di aver consegnato cento dīnār a Caio dietro promessa di questi di consegnargli cento misure di grano; Caio dice che erano duecento dīnār per cento misure di grano; i testimoni addotti dalle due parti confermano il loro dire; il giudice deciderà che sono dovuti trecento per cento misure di grano, quando le due testimonianze si riferiscono a due convegni diversi, e si riterrà che vi siano due " salam " diversi; mentre, se le testimonianze si riferiscono ad un solo ed unico convegno, si dovrà comparare le due e ricercare se vi sia ragione di preferire l' una all' altra.

Finalmente, quando le due prove testimoniali sono equivalenti e non vi sia ragione di far prevalere l'una sull'altra, o quando siano ugualmente insufficienti, e nessuna delle due parti sia in possesso, il giudice deve soprassedere a decidere, finchè l'una o l'altra abbia somministrata una prova più decisiva [321]. Questa sospensione può durare indefinitamente se l'oggetto in litigio è un immobile. Quando si tratti invece di un mobile, il quale si deteriora col passare del tempo (un animale, uno schiavo ecc.), il giudice deve, dopo trascorso un certo tempo, deferire il giuramento ai due contendenti e, se ambedue lo

---

[318] *Mud.*, XIII, 39, 40; Ḫalīl, XXXV, n. 185, e nota 547; Mayyārah, I, 92; Tasūlī, I, 138, 13 dal b.

[319] Ḫalīl, IX, n. 126, n. 886; XXXV, n. 157, nota 476.

[320] Ibn 'Āṣim, v. 199; Mayyārah, I, 92; Tasūlī, I, 140; in materia penale cf. *Mud.*, 16, 81.

[321] Cf. *Cor.*, v, 106–107; Ibn 'Āṣim, v. 193, 180; Bannānī, VI, 157–158; *C. T.*, a. 573.

prestano, dividere la cosa litigiosa tra loro in parti uguali o in proporzione alla loro domanda. Se la cosa era in possesso di un terzo, verrà lasciata in mano del possessore [322].

SEZIONE IV. — Delle perizie.

§ **55.** Le regole cui abbiamo accennato finora non si applicano alle perizie. La perizia non è una testimonianza, è una semplice informazione destinata a dare al giudice gli elementi di fatto necessari al suo giudizio. La perizia perciò non è sottoposta alle regole che sono di rigore per le prove testimoniali. Si ammette quindi che il perito sia singolo, mentre i testimoni debbono essere più d'uno; che possa anche non essere musulmano (la perizia fatta da un medico o chirurgo cristiano od ebreo può servire di base al giudice); che possa non essere libero.

Si considerano periti, non testimoni, l'interprete, il chirurgo ed il medico incaricati di esaminare i vizi fisici e le ferite, chi ha per ufficio di riferire sulle condizioni degli immobili urbani, il " qā'if " o fisionomista [323].

La " qiyāfah " è l'arte di determinare la discendenza o la paternità di un bambino, desumendola dalla fisionomia e da altri caratteri somatici. Vi si ricorre spesso per decidere le questioni di paternità e di filiazione, specialmente quando si tratti di schiave madri.

SEZIONE V. — Delle scritture [324].

§ **56.** La scrittura, come mezzo di conservare la memoria delle convenzioni e degli atti giuridici, era già nota nell'Arabia antislamica [325] e se ne trova frequente accenno tanto nel " ḥadīṯ " [326] quanto nelle fonti più antiche del diritto musulmano [327].

---

[322] Ibn 'Āṣim, v. 201–202; Mayyārah, I, 93; Tasūlī, I, 140, 141; Ḫalīl, XXXV, n. 193, 194.

[323] Cf. Mayyārah, I, 72; Tasūlī, I, 107, 9 dal b.; 108.

[324] Norès et Pommereau, *Ét. sur la preuve par écrit d'après le droit coranique*, Jourdan, 1913; Morand, 322 sg.; M. Bellaire, *Le régime immob. au Maroc*, RMM, XVIII, 55; Amar, 72; Pouyanne, 167 sg.

[325] Cf. Nöldeke–Schwally, *Geschichte des Qurāns*, pp. 11, 15 sg.; Goldziher, *Ḥuṭej'a*, ZDMG, XLVI, 18; *Mud. Stud.*, I, 110 sg.; Wellhausen, *Skizzen*, IV, 105 sg,

[326] Transazioni: Buḫārī, *ṣulḥ.*, n. 6.

[327] *Muwaṭṭa'*, III, 162.

La scrittura s'introdusse tardi nell'uso islamico: al tempo di al-Ma'mūn non si adoperavano ancora atti scritti nella compra-vendita di schiavi [328]; nelle *Sunan* di an-Nasā'ī († 303) [329] si trovano alcune formule di atti (obbligazione, dissoluzione di società, divorzio, emancipazione di schiavo), altre in documenti assai antichi [330].

Il fondamento di tutte le dottrine relative alla prova scritta si trova nel Corano (II, 282, 283). Il testo coranico prescrive (o secondo altri, raccomanda) di redigere un atto scritto quando si contragga un debito a termine: il precetto o consiglio viene esteso, dai commentatori, a tutti i casi in cui si pone in essere un'obbligazione a termine, per le stesse ragioni indicate dal Corano, cioè la utilità della scrittura per conservare la memoria dei fatti e per evitare i dubbi in avvenire.

Lo scritto, dice il Corano, può essere redatto dai contraenti o da un terzo da loro richiesto, il quale deve essere in grado di redigerlo colla necessaria precisione, senza far torto nè all'una nè all'altra delle parti; ciò non dispensa dal chiamare inoltre due testimoni musulmani per attestare la verità in caso di contestazione. L'atto deve essere dettato dal debitore; se questo è incapace, per età o per vizio di mente o per ignoranza o perchè già morto, sarà dettato da chi lo rappresenta legalmente.

Nelle operazioni che si compiono *in ipso congressu* (per esempio, la vendita per contanti, la permuta *brevi manu*) lo scritto è inutile, dice il Corano, poichè infatti non v'ha nessun ricordo da conservare, ma si richiede la presenza dei testimoni. Il Corano prevede un secondo caso: quando non si possa redigere l'atto scritto, sia perchè le parti si trovano in viaggio o perchè manca lo scrivano, si consiglia di costituire un pegno, come simbolo e indice dell'avvenuta convenzione.

Finalmente, se le parti hanno fiducia una nell'altra, può avvenire, dice il Corano, che non intervengano nè atto scritto, nè testimoni, nè pegno. È un contratto puramente verbale, per cui il Corano raccomanda alle parti la buona fede e la fedeltà agli impegni assunti.

---

[328] *Aġānī*, XVIII, 181; cf. Goldziher, II, 253.

[329] Cf. Goldziher, *Muh. St.*, II, 253.

[330] Titolo di credito: *Mud.*, XV, 126; donazione: *Mud.* XV, 125-126; costituzione di "waqf": Buḫārī, *waṣāyā*, n. 28; concessione di terre: Buḫārī, *širb*, n. 15; Abū Dā'ūd, III, 95; *Mud.*, XII, 51; e vari altri: *Muwaṭṭa'*, III, 147, 162; Buḫārī *waṣāyā*, n. 1; uso della scrittura frequentissimo: transazione: Buḫārī, *ṣulḥ*, n. 6; crediti: *Mud.*, XI, 110; XIII, 60, 61, 17, 51, 124 in f.; XII, 141; XI, 46; XIII, 139 in f.; 140 pr.; XIV, 224 in f., 225.

§ **57.** Come si vede, nella legislazione coranica, l'atto scritto non ha valore per se stesso, ma è un semplice ricordo, che ha la sua efficacia probatoria dalla testimonianza che vi viene aggiunta. Ed è questo il carattere che riveste nel diritto malichita; la scrittura non è altro che una confessione extra-giudiciale, di cui lo scritto conserva la memoria; lo scritto non fa prova per se stesso; è un mezzo accessorio che richiede la conferma di due o più testimoni, che ne attestino l'autenticità o la confessione di colui contro il quale viene prodotto [331]. Quando due testimoni idonei affermano l'autenticità dello scritto, sia questo di pugno di dichiarante o firmato da lui, la scrittura fa fede, senza bisogno di giuramento, da parte di chi se ne prevale. Tuttavia, l'attore dovrà confermare con giuramento (" yamīn al-qaḍā' ") di non aver ceduto nè avuto il credito, di non averne liberato il debitore, e di essere tuttora creditore. Si richiede inoltre che la scrittura non presenti traccia di cancellature o correzioni, o che queste siano espressamente approvate [332].

Col tempo l'atto scritto acquista valore probatorio per se stesso [333]: « Quando taluno, avendo scritto ciò che voleva, è poi morto o rifiuta di adempiere (dicendo che lo scritto non è suo), si accerterà (l'autenticità) della scrittura (mediante ricognizione fatta da testimoni) e sarà data esecuzione a quanto da essa risulta, senza giuramento; ed è questa la pratica odierna » [334].

Ecco dunque la scrittura costituire prova indipendente, senza obbligo di giuramento da parte di chi se ne prevale; i testimoni sono richiesti solo per constatarne l'autenticità, qualora lo scrivente la impugni o sia defunto.

SEZIONE VI. — Verificazione di scrittura.

§ **58.** Il diritto islamico conosce anche la comparazione come modo di verificare l'autenticità [335].

Basta anche, per verificare la scrittura, che due testimoni idonei dichiarino di averla riconosciuta senza dubbio alcuno per scrittura

---

[331] Cf. Windsch., II, 309–310, 409–412, 551 sg., 557 sg., 364–365; cf. Ḫalīl (Seignette), 1489–1495; Michaux Bellaire–Aubin, RMM, XVIII, févr.–mars, p. 55.

[332] Ḫalīl, XXXV, nota 408; Ḫiršī–'Adawī, VII, 206; Dasūqī, IV, 171.

[333] Zurqānī, *Muwaṭṭa'*, III, 228.

[334] Ibn 'Āṣim, v. 131–132; cf. Tāwudī–Tasūlī, I, 100–101; Mayyārah, I, 66, e Raḥḥāl, *ad loc.*; Ḫalīl, XXXV, n. 131–133.

[335] Mayyārah, I, 66, 7 dal b.; cf. Tāwudī, I, 101; Tasūlī, I, 101, 13–16; Tasūlī, I, 98 e 99 *per tot*.

del tale, morto o scomparso; la certificazione deve farsi dopo presentazione dell'atto stesso al giudice.

Quando si oppongano due perizie, di cui una ne certifici l'autenticità, l'altra la neghi, si deve decidere per l'autenticità.

Se lo scrivente non abbia apposto la sua firma o altro contrassegno speciale alla scrittura, non si deve certificare la scrittura, potendo trattarsi in quel caso di un semplice progetto.

Se la scrittura è di mano altrui che non sia l'obbligato [336] (per esempio: un'obbligazione scritta da un notaio), essa non fa fede, secondo gli uni, se non quando chi l'ha scritta si rammenti di quanto conteneva, purchè non porti traccia di cancellature o alterazioni. Secondo gli altri, invece, lo scritto fa fede, anche se lo scrivente non si rammenti del contenuto [337].

La lacerazione dell'atto era usitata anticamente per provare la quietanza dell' obbligazione [338].

Lo scritto, che è tutto di pugno dello scrivente, fa fede come confessione, anche se vi manchi la sua firma; se invece è di mano d'altri, ma solo firmato da lui, non può essergli opposto [339].

« Colui che è stato testimone di un atto scritto deve, quando quell'atto è prodotto in giudizio, comparire di nuovo dinanzi al giudice per riconoscere la sua scrittura e confermare la sua testimonianza, se abbia dimenticato il contenuto dell'atto. Se il testimone è morto o assente, la testimonianza scritta vale, se due testimoni idonei ne certificano la scrittura » [340].

Quando due atti scritti contenenti un riconoscimento di debito sono prodotti contro la stessa persona, essi costituiscono due obbligazioni separate e non si presume che si tratti di un'unica obbligazione [341].

Quindi è che, smarrito il titolo che contiene un'obbligazione, una confessione di debito, un legato, non si può chiedere un'altra copia, onde evitare così la duplicazione del debito [342], mentre è lecito chiederla, quando dalla duplicazione non si possa temere la creazione

---

[336] Mayyārah, I, 62–63 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 96, 16 sg.

[337] Per le cancellature ed altre alterazioni nei documenti cf. Tasūlī, I, 76, 6 dal b.; 77 per *tot.*; 96, 10 dal b.

[338] Cf. Tasūlī, I, 96, 10 sg.

[339] Cf. Tasūlī, I, 101, 8 sg.

[340] Ibn 'Āṣim, v. 125–126; 129–130.

[341] Ibn 'Āṣim, v. 1416–1418.

[342] Mayyārah, I, 62; Tasūlī, I, 95, 16 dal b., 7 dal b.

di un doppio titolo, per esempio: gli attestati di possesso, di vendita di fondi ecc.

Nel moderno diritto musulmano gli atti trascritti sui registri del giudice, se siano regolarmente trascritti e non siano sospetti di alterazione, fanno piena fede, specialmente presso i Ḥanafiti e gli Sciafiiti [343].

È controverso se si possa chiedere comunicazione di documenti che si trovano presso un terzo o presso la parte avversaria, allegando che si ha interesse a compulsarli [344].

SEZIONE VII. — Della presunzione.

§ **59.** In caso di mancanza od insufficienza di prove o quando le prove addotte da ambo le parti si equivalgono, si ricorre alle presunzioni.

Tra le presunzioni hanno speciale importanza quelle derivanti

a) dalla consuetudine (" 'urf ");

b) dal possesso;

c) dall'" istiṣḥāb " (connessione o dipendenza);

d) dalla qualità della parte in causa.

I. – *Presunzioni fondate sulla consuetudine* (" 'urf " *o anche sulla regola di diritto* (" aṣl ").

La consuetudine (" 'urf ") si equipara ad un testimone, e colui che può invocarla a proprio favore è nelle condizioni di chi ha prodotto un testimone unico ed ha causa vinta, in caso di dubbio, prestando giuramento; alla consuetudine si equipara la regola generale di diritto (" aṣl ") [345].

Infatti tanto la consuetudine, quanto la regola di diritto esprimono quanto avviene più frequentemente nel corso normale degli affari o della vita, o quanto si pratica ordinariamente in un dato luogo, e permettono di dedurne, in mancanza di altri dati di fatto, quanto si pratica nel caso specifico sottoposto al giudice.

In difetto di prove, o in caso di equipollenza delle prove contradittorie si applicano le seguenti regole:

---

343 Ḫalīl (Seignette), 1489–1494; Van den Berg, p. 214; Morand, p. 324 sg.; *Maġallah*, v. 1738–1739; Omar Bey Loutfi, *Du Habous*, p. 9–10.

344 In senso affermativo: Tasūlī, I, 52, l. 12 sg.; Ibn Farḥūn, I, 117; cf. Raḥḥāl, I, 35, 17 dal b.; 36.

345 Tasūlī, I, 114, 1; Mayyārah, I, 76; Raḥḥāl, I, 17 e 76.

La presunzione di libertà prevale su quella di schiavitù, perchè la libertà è la regola (" aṣl ") e la schiavitù è l' eccezione [346].

La prova della validità (" ṣiḥḥah ") di un atto prevale su quella che tende ad infirmarlo od invalidarlo, perchè ogni dichiarazione di volontà si deve presumere valida fino a prova contraria [347].

La prova che il testatore era sano di mente prevale sulla prova contraria, perchè tende a confermare la validità dell'atto, ed anche perchè la sanità di mente è la regola, e il turbamento mentale è l'eccezione [347].

La prova della solventezza prevale su quella dell'insolvenza [349].

Quella che dimostra la incapacità dell'impubere a bene amministrare (" sufh ") prevale sulla prova della capacità (" rušd "), che avrebbe per conseguenza la sua emancipazione dalla tutela [350].

Nelle cause penali (rapina, usurpazione ecc.) si presume la integrità dell'imputato, fino a prova contraria (cf. la massima romana: *quisque praesumitur bonus donec probetur malus*).

Invece nelle cause civili, cioè quando si tratta della idoneità dei testimoni chiamati a deporre in giudizio, vale la presunzione contraria, si presume cioè che siano incapaci finchè ne venga dimostrata la capacità [351].

Tra due prove contradittorie, una positiva, l'altra negativa, si dà per lo più la prevalenza alla positiva. Così quando i testimoni di una parte attestano che un certo documento è di pugno del tale, mentre altri lo escludono, che un tale è di pari condizioni alla tale (" kuf' " = equivalenza) e quindi può sposarla, mentre altri affermano la disparità di condizione, che Tizio ha venduto la casa od ha pronunciato un ripudio in tal giorno, mentre altri testi lo negano, si preferirà la testimonianza affermativa alla negativa, perchè quella conferma o stabilisce un diritto che non esisteva. Ma questa regola non è senza discussione [352].

Sono da annoverare fra le presunzioni fondate sulla consuetudine, le quali danno diritto al giuramento per chi può invocarle in

---

346 *Mud.*, XVI, 56.
347 Tasūlī, I, 139, 6 dal b.
348 Tasūlī, I, 140.
349 Tasūlī, l. c.
350 Tasūlī, I, 140; la questione è controversa: cf. Ibn 'Āṣim, v. 1322.
351 Ibn Lubābah ap. Tasūlī, I, 147.
352 Tasūlī, I, 138, 10 dal b.; 139 *per tot.*

suo favore, perchè la consuetudine si equipara ad un testimonio unico (" šāhid 'urfī " = testimonio consuetudinario):

a) l'isolamento dei coniugi (" ḫilwah "), detto anche " irḫā' as-sitr " = abbassamento delle tende o portiere, quando la moglie, condotta al domicilio del marito, è rimasta sola con lui; si presume, in caso di dubbio, che il matrimonio sia stato consumato, perchè infatti è quanto avviene più comunemente; la donna ha diritto a richiedere l'intero dono nuziale (" mahr "), prestando giuramento sul fatto della consumazione [353];

b) la detenzione del pegno da parte del creditore è presunzione sufficiente per dedurne l'esistenza e l'ammontare del credito; se quello si trovi in mano del debitore, è presunzione che il debito sia stato pagato [354], appunto perchè è quanto avviene più comunemente.

§ **60.** Esiste talvolta un conflitto di presunzioni.

Se un macellaio ed un conciatore di pelli si contendono una pelle, la presunzione fondata sulla consuetudine (" 'urf ") decide in favore del macellaio, il quale assume la parte di convenuto e ritorce l'onere della prova sull'avversario. Se invece la contesa si svolge tra due macellai, la presunzione fondata sulla consuetudine è uguale da ambo le parti. *Quid juris* in questo caso ? Si deferirà il giuramento alle due parti in causa, e, se ambedue lo prestano, l'oggetto del litigio sarà diviso tra loro [355].

La moglie ripudiata può rivendicare gli arredi muliebri che si trovano nel domicilio coniugale, prestando giuramento, perchè per consuetudine quelle cose appartengono alle donne, salvo che il marito provi che gli appartengono, e reciprocamente, le cose ad uso degli uomini, come le armi, spettano al marito [356].

---

[353] Ibn 'Āṣim, v. 148, 228; Mayyārah, I, 75, 105, 240, 241; Tasūlī, I, 112, 3 dal b.

[354] Ibn 'Āṣim, v. 148; Mayyārah, I, 75; Tasūlī, I, 112, 2 dal b.

[355] Tasūlī, I, 26.

[356] Raḥḥāl, I, 17. Per altri casi di presunzione: nella *vendita*: cf. *Mud.*, V, 44–45, 91 pr.; X, 29; XI, 35–36; nel " *salam* ": *Mud.*, V, 46 in f.; 48; nel *mandato*: *ibid.*, X, 80–81; nel *pagamento*: *ibid.*, IX, 32; nel *conflitto di prove*: *ibid.*, XIII, 17; nel *mutuo e fidejussione*: *ibid.*, XIII, 106; nella *società*: *ibid.*, XII, 84–85; nel " *qirāḍ* ": *ibid.*, XII, 126, 127; nella *locazione*: *ibid.*, XI, 128, 57, 90, 91, 155, 166, 167 *per tot.*, 181, 182; nel *mandato*: *ibid.*, IV, 41–42; X, 80–82; nel *matrimonio*: *ibid.*, IV, 116 in f., 117; Ibn 'Āṣim, v. 394–438; Mayyārah, I, 181 sg. Conflitto di prove e di presunzioni: Dasūqī-Dardīr, IV, 196–198; nel " *qirāḍ* ": *Mud.*, XII, 15; nel *deposito*: *ibid.*, XV, 162; nel *pagamento*: Ḫalīl, XIV, 45.

Per l'importanza delle discussioni cui ha dato luogo va qui notato un caso di conflitto di prove: quello cioè in cui una prova testimoniale afferma che Zayd ha ucciso 'Amr il giorno tale, mentre altri testimoni affermano che in quel giorno Zayd si trovava in un luogo assai lontano da quello in cui è avvenuto l'omicidio. Ibn Rušd sostiene che la prima prova, quella dell'omicidio, debba prevalere, perchè attesta un fatto positivo che è fondamento all'applicazione di una pena. Il " qāḍī " Ismā'īl, al contrario, vuole che si dichiari la innocenza dell'imputato, se i testimoni di questa sono di maggiore autorità (" a'dal ") di quelli opposti; se le due prove sono equivalenti, si neutralizzano, ed ambedue diventano inefficaci, in altri termini si dovrà prosciogliere l'imputato per insufficienza di prove [357]: decisione questa cui si accosta in grande maggioranza la dottrina magrebina « perchè non si deve attentare alla vita, se non in base a prove sicure e che non lascino dubbio » [358].

Si aggiunga la regola che ognuno si presume innocente da delitto, come si presume libero da obbligazione, finchè si provi il contrario [359].

Negli affari civili il rifiuto di giuramento (" nukūl ") da parte del convenuto è presunzione grave contro di lui, quando l'attore, non potendo far la prova del suo diritto, deferisce il giuramento al convenuto: secondo i Ḥanafiti, il giudice deve giudicare senz'altro in favore dell'attore; ma i Malichiti e gli Sciafiiti deferiscono, in questo caso, il giuramento all'attore, il quale vince la causa se lo presta; se egli invece lo rifiuta, la sua domanda viene respinta [360].

II. – *Presunzione costituita dal possesso* [361].

§ **61.** La presunzione fondata sul possesso prevale in caso di dubbio. Nel dubbio, possesso val titolo (*in pari causa melior est conditio possidentis*). La regola è antichissima, e vale fin dalla prima scuola medinese [362].

---

357 Ibn Farḥūn, I, 280, 281; *Maǵallah*, a. 1756 sg.

358 Tasūlī, I, 138, 6 dal b.

359 Ibn Farḥūn, I, 107, 5 dal b.

360 Ibn Āṣim, v. 148, 150; Mayyārah, I, 76; Van den Berg, 320; Ḫalīl, XXXV, n. 215; Tasūlī, I, 114; cf. Mayyārah, I, 241 pr.

361 *Mud.*, XIII, 38–40, 41, 46; Ḫalīl, XXXV, n. 188; Mayyārah, I, 75, 92; Dardīr–Dasūqī, IV, 195, 169; Ibn Āṣim, 149, 202, 203; Tāwudī, I, 112, 113; Zurqānī, VII, 209; Ibn Farḥūn, I, 280, l. 2; 282, l. 4; II, 85; Tasūlī, I, 138; II, 249. Così anche i Ḥanafiti: *Fatāwà Hindiyyah*, IV, 124; Muḥammad, *Ǵāmi'*, p. 91.

362 Šurayḥ in *Mud.*, XIII, 40.

« Equivale a titolo il possesso d'una cosa litigiosa, dice Ibn ʿĀṣim, quando l'attore non fornisce la prova, o quando le prove adottate da ambe le parti si equivalgono ».

« Quando taluno, dice Mayyārah, si trova in possesso di un'abitazione, godendone come un padrone fa della casa sua, ed un'altra persona la rivendica come propria, senza darne la prova oppure quando le prove delle due parti sono tali che si distruggono a vicenda, mentre il possessore ha in più il possesso da parte sua, questo possesso è come un testimonio che egli abbia prodotto in suo favore; basta quindi ch'egli giuri, ed otterrà la casa ».

La prova del possesso si può fare per pubblica notorietà in certi casi [363].

Così pure nei casi in cui s'ignori l'origine della proprietà il possesso vale titolo per se stesso. « Nel Maġrib, dice al-Wanšarīsī, quando mancano le informazioni rispetto ad un fondo e non si sappia se quello sia terra di capitolazione o di conquista o se ha appartenuto a gente che si è convertita all'Islām per conservare i suoi beni, si decide che il fondo appartiene a colui che ne ha il possesso effettivo, anche se s'ignori in qual modo egli abbia acquistato la proprietà » [364].

III. – " *Istiṣḥāb* ".

§ 62. L'" istiṣḥāb " (connessione o collegamento) è la *praesumptio juris* che si esprime così: dimostrata che sia l'esistenza di uno stato di fatto in un certo momento, si presume che quello stato perduri, fino a prova del contrario [365]. In altri termini, quando uno stato di fatto è accertato, non basta il semplice dubbio a ritenerlo cessato, ed esso viene congiunto a quello che gli succede, salvo che si provi la ragione per cui si deve ritenere essere avvenuto un cambiamento. Esempio: i testimoni di una parte affermano che la casa in litigio è proprietà di Tizio, il quale l'ha costruita, ed aggiungono che, per quanto essi sappiano, egli non ne ha mai alienato la proprietà. Tizio può invocare l'" istiṣḥāb ", la presunzione, cioè, che il possesso da lui avuto in passato abbia perdurato fino al momento della lite, salvo che l'avversario provi, in modo sicuro, ch'egli ha perduto la proprietà, dopo quel tempo, per averla alienata o altrimenti.

---

[363] Cf. Ibn Āṣim, v. 180.

[364] AM, XIII, *Pierre de touche des Fatwas*, vol. II.

[365] *Mud.*, XII, 142; XIII, 22; Ḫalīl, XXXV, n. 140 e nota 558; Ibn Farḥūn, 106, 4.

Nel diritto ḥanafita, è regola che lo stato di fatto, di cui si è accertata l'esistenza, si presume permanere finchè non si provi che è stato mutato [366].

Presso i Ḥanafiti questa presunzione ha ufficio negativo; vale come eccezione per respingere una pretesa tendente a mutare uno stato di fatto, ma non come fondamento di un'azione tendente ad acquistare un diritto: « ha ufficio negativo, vale a respingere un'azione, non a fondarla » [367]. Ad esempio: l'assente non si presume defunto e non si fa luogo all'apertura della sua successione, finchè non sia accertata o dichiarata giudizialmente la morte. Invece l'assente non acquista, in diritto ḥanafita, e la successione o i diritti eventuali che a lui si devolvono durante l'assenza sono posti provvisoriamente sotto sequestro giudiciale, finchè sia dichiarata la morte o trascorso il tempo richiesto a dichiararla.

La stessa regola, con maggiore ampiezza di applicazione, è riconosciuta dagli Sciafiiti sotto il nome di "istiṣḥāb": essi distinguono la funzione positiva da quella negativa di questa presunzione: l'" istiṣḥāb " è la presunzione che lo stato di fatto antecedente perduri tuttora, finchè non si provi che è cessato, ed ha valore assoluto; quando uno stato di fatto è accertato come esistente, non basta il semplice dubbio che possa essere cessato o mutato; si richiede la prova di un fatto preciso che sia causa della sua cessazione: " inna al-yaqīna lā yazūlu bi-'š-šakk ".

Questa presunzione si chiama in diritto sciafiita " istiṣḥāb al-yaqīn ", e fa piena prova, tanto positiva che negativa [368].

Un'altra specie di " istiṣḥāb " più controversa è quella detta " istiṣḥāb al-iǵmā' ". Ecco un caso pratico: un Musulmano, in mancanza di acqua, ha compiuto l'abluzione rituale colla sabbia, come concede la legge coranica; cominciata la preghiera, si accorge di aver

---

[366] *Maǵallah*, a. 1683; *P. C. T.*, a. 652; si fonda sopra un "ḥadīṯ" ap. Buḫārī, *wuḍū'*, n. 4 e Qasṭallānī, *ad loc.*, I, 574; Goldziher, WZKM, I (1887), p. 232.

[367] " al-istiṣḥāb ḥuǵǵah li-d-daf' lā li-'l-iṯbāt " dice Ṣadr aš-šārī'āh (ap. Goldziher, WZKM, I (1887), 235).

[368] " istiṣḥāb al-yaqīn wa ṭarḥ aš-šakk aṭ-ṭāri' ": Qasṭāllanī ad Buḫārī, I, p. 267; cf. Juynboll, p. 53; *Kašf iṣṭilāḥāt al-funūn* (ap. Goldziher, WZKM, I (1887), p. 231). L'" istiṣḥāb " è comunemente attribuito a aš-Šāfi'ī, ma osserva il Goldziher che nella sua *Risālah* non se ne trova menzione; è quindi solo nella sua Scuola che la regola è stata applicata con questo nome; cf. Ġazālī, *Mustaṣfà*, I, 221 sg.; *Maǵallah*, a. 5, 1683, 1776, 1777; Ḫalīl, XXXV, nota 558; Dasūqī, III, 223; IV, 196, 192. Presunzioni in fatto di alimenti alla moglie: Mayyārah, I, 254, 255.

acqua vicino a sè. Dovrà egli interrompere la preghiera e rifare l'abluzione? No, perchè la maggior parte dei dottori decide che l'abluzione fatta colla sabbia è sufficiente e la preghiera incominciata è valida anche con quell' abluzione [369].

§ **63**. IV. – *Presunzioni fondate sulla qualità della persona in causa.*

Il diritto malichita riconosce a certe persone la qualità di fiduciari (" umanā' "), nel senso che, quando quelle persone sono richieste in giudizio di restituire un oggetto loro affidato, basta, nel dubbio, la loro affermazione a far prova, in certi casi, della restituzione e del perimento o solo del perimento [370].

« L'affermazione dei fiduciari (" umanā' ") riguardo al perimento (" talaf ") viene ammessa, contrariamente alla regola (che impone l'obbligo della prova a chi afferma un fatto), affinchè le persone non rifuggano dall'accettare le cose loro affidate (" amānāt "), con danno del pubblico » [371]; quindi:

a) fa fede l' affermazione del depositario quanto alla restituzione e quanto al perimento [372];

b) fa fede l'affermazione del rapinatore in caso di perimento, affinchè la detenzione dell'imputato non duri in perpetuo [373];

c) le persone considerate come fiduciari in caso di perimento sono [374]: il curatore dell' incapace (sia il padre che un estraneo), il sensale, colui che è stato mandato con danaro a fare una spesa, il gerente l'accomenda, il rappresentante, l'artigiano, il comodatario, il creditore pignoratizio, il depositario, il locatore d'opera, il mandatario per quello che egli è stato comandato, il pastore per il gregge affidatogli, il socio, il vetturale.

La fiducia concessa a quella persona cessa quando apparisca dalle circostanze che il deponente, per esempio, non ha voluto affidarsi alla fede del depositario, il che risulta dall'avergli consegnato il deposito dinnanzi a testimoni o mediante ricevuta. In questo caso il depositario non è liberato dal deposito, se non prova la restituzione nella stessa forma [375].

---

[369] Casi di conflitto di "istiṣḥāb": Ibn Farḥūn, I, 106, 5 sg.

[370] Cf. Ibn Nuġaym, II, 73.

[371] Qarāfī ap. Tasūlī, I, 26; Ibn Farḥūn, I, 108, 4.

[372] Ibn 'Āṣim, v. 1292; Mayyārah, II, 189 in f.; 190; Tasūlī, II, 264.

[373] Ibn Farḥūn, I, 108, 12.

[374] Ibn 'Āṣim, v. 1294–1304; Mayyārah, II, 190 sg.; Tasūlī, II, 265 sg.; cf. Tasūlī, I, 26, 10 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 107, 15; 108, 4–5.

[375] Ibn Farḥūn, I, 107, 54.

SEZIONE VIII. — Del giuramento (" yamīn ") [376].

§ **64.** Quando manchi ogni altro mezzo di prova, si ricorre al giuramento. Prova testimoniale e giuramento sono i due cardini del processo islamico. « La prova incombe a chi è attore (" mudda'ī "), il giuramento al convenuto » (" al-mudda'à 'alayhi "), dice il " ḥadīṯ " [377].

Il giuramento ha sempre avuto in Arabia grande importanza. Come ogni civiltà medioevale, la civiltà araba vi annette efficacia speciale. « A défaut de réligion — scrive il Lammens — l'arabe avait la superstition du serment . . Comme à toutes les formules mystérieuses, il lui attribue une vertu magique, agissant *ex opere operato* . . . Non seulement le serment agit par sa composition phonique, mais par sa répétition en séries de chiffres consacrée: 25, 40, 50, 70 » [378].

Nell'Islām il giuramento doveva acquistare efficacia ancora maggiore ed incutere religioso terrore per le minacce comminate contro chi ne viola la santità, giurando il falso [379].

Il giuramento diventa, nella procedura, l'argomento supremo [380]. Ond'è che del giuramento si fa largo uso nella procedura musulmana, tanto civile che penale. I giuristi distinguono quattro specie o classi di giuramenti.

I. *Il giuramento di sospetto* (" yamīn tuhmah "), quello cui è costretto il convenuto, quando vi siano contro di lui presunzioni gravi: se un artigiano, per esempio, dice di non poter restituire l'oggetto che gli era stato affidato, pretendendo di averlo smarrito; se le prove addotte, senza essere decisive, sono tali da costituire una legittima presunzione di buon diritto, come sarebbe la produzione di un testimonio o di due donne, il convenuto è costretto al giuramento, senza poterlo riferire; se lo rifiuta, la tesi dell'attore si ritiene provata [381].

II. *Il giuramento di liberazione* (o di soluzione " yamīn al-qaḍā' " [382]), o piuttosto di sussistenza del diritto, è il giuramento con

---

[376] Hughes, *Dict. of Islam*, v. *Oath.*; Amar, 130–131; cf. *Cod.* IV, 1, 3.

[377] Buḫārī, *rahn*, n. 6; *šahādāt*, 19, 20; cf. Ḫalīl, XXXV, n. 37 e nota 106.

[378] Lammens, *Yazīd* (*Mém. de la Faculté de St-Joseph*, V, 231).

[379] *Cor.*, III, 71; Buḫārī, *aymān*, 16, 17; *ḫuṣūmāt*, n. 4; *šahādāt*, n. 20, 23–25; *aḥkām*, n. 30; *Mud.*, III, 100 in f., 101; Ibn Māǵah, II, 28; cf. Tasūlī, I, 144 sg.

[380] *Mud.*, XIV, 183 in f., 184 *per tot.*; XIII, 24–26, 46.

[381] Ibn 'Āṣim, v. 214; Mayyārah, I, 100; Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 146, 147; Ḫalīl, XXXV, n. 52.

[382] Cf. su questo significato speciale di " qaḍā' ": Tasūlī, I, 148.

cui si esclude che il debito o diritto sia stato estinto, o in altri termini si afferma che il diritto è tuttora esistente ed ha luogo in vari casi:

a) quello deferito dall' attore al convenuto;

b) quello deferito all'attore nella rivendicazione di proprietà mobile od immobile, per confermare ch'egli è tuttora investito del diritto;

c) quando il convenuto è assente o defunto o quando è in causa un incapace (fondazione pia, "bayt al–māl", un pupillo ecc.). Il "yamīn al–qaḍā' " è sempre di diritto. Gli eredi del creditore defunto o i rappresentanti di un assente reclamano un credito da Tizio; questi pretende di aver pagato: gli attori maggiorenni saranno tenuti a giurare di ignorare che sia avvenuto il pagamento e di ritenere che il credito sia tuttora dovuto.

Reciprocamente Tizio reclama un credito da un debitore assente o defunto; Tizio attore deve affermare, con giuramento solenne prestato alla moschea, di non aver mai ricevuto quella somma, di non averla delegata ad altri, di non averne mai liberato il debitore e di essere tuttora in possesso del credito. Questo giuramento destinato ad illuminare il giudice, è ammesso per ragioni di equità ("istiḥsān")[383], poichè, *stricto jure*, il giuramento incombe al convenuto, e non già a chi ripeta un diritto.

Il creditore può anche esserne dispensato in certi casi: se, per esempio, il testatore dichiari di essere debitore di cento verso Tizio e ordini agli eredi di pagarlo, dispensandolo dal giuramento[384].

III. *Il giuramento di denegazione* (" yamīn al–munkir ") si deferisce in materia di credito al convenuto il quale nega di essere debitore, sia perchè non si è obbligato, sia perchè ha pagato, sia perchè il debito gli è stato condonato. Questo giuramento può essere deferito all' attore[385].

Non si può deferire, quando si tratti di liberalità. Tizio afferma che Caio gli ha fatto donazione od elemosina; Caio nega; non si deferirà il giuramento a Caio per corroborare la negativa, salvo che l'oggetto che si dice donato si trovi già in possesso del preteso donatario. È controverso se il giuramento di denegazione sia ammissibile in

---

[383] Mayyārah, II, 53 in f.; Tāwudī, II, 236.

[384] Ibn 'Āṣim, v. 215; Mayyārah, I, 99 in f.; 100 pr. e med.; 101, 102 in f.; 103 pr.; Tasūlī, I, 49, 6 sg.; 148, 14 sg.; Ḫalīl, XXXV, n. 207; Ibn Farḥūn, I, 117, 17 dal b.

[385] Ibn 'Āṣim, v. 218; Mayyārah, I, 101–102; Raḥḥāl, *ibid.*, 102; Tasūlī, I, 146,

materia di resiliazione volontaria (" iqālah "): gli uni sostengono che la resiliazione volontaria è una liberalità, e quindi che non si può deferire giuramento al convenuto in caso di denegazione; gli altri che costituisce una risoluzione di contratto, e come tale può essere oggetto di giuramento.

IV. *Il giuramento di chi ha prodotto un unico testimonio* ("al-yamīn ma'a aš-šāhid "): la parte che ha prodotto un testimone o due donne, testimonianza insufficiente a far la prova legale, può completare la prova portando il giuramento di sussistenza del credito (" yamīn al-qaḍā' "). Questo giuramento può essere prestato anche dall'interdetto per prodigalità, se è pubere [386].

La parte cui è deferito il giuramento deve prestarlo o deferirlo all'avversario nei casi in cui ciò sia ammesso. Il suo silenzio, cioè il rifiuto (" nukūl ") sia di prestar giuramento, sia di giurare nella forma prescritta dal Corano, nel tempio ecc., viene considerato quale tacita confessione, e la parte che ha deferito il giuramento ha causa vinta, senza obbligo di giuramento (Ašhab e la dottrina prevalente) o, secondo altri, giurando a sua volta (Aṣbaġ).

La controversia non si applica al cosidetto *giuramento di sospetto* (" yamīn at-tuhmah "), per esempio, a quello deferito all'artigiano che dichiara di non poter restituire l'oggetto affidatogli, perchè lo ha smarrito; in questo caso basta il rifiuto di giurare opposto dal convenuto per dar causa vinta all'attore, senza che questi sia tenuto a prestare giuramento a sua volta.

Il giudice deve, a pena di nullità, avvertire la parte della conseguenza che avrebbe il suo rifiuto a giurare. La parte che ha rifiutato il giuramento e non l'ha deferito non può più ottenere di prestarlo [387].

Sezione IX. — Prestazione ed effetti del giuramento [388].

§ **65.** Quando, di fronte all'affermazione dell'attore, il convenuto nega, il giudice chiede all'attore se abbia prove. Se dice di non averne e deferisca il giuramento al convenuto, questi deve giurare in omag-

---

[386] Ibn 'Āṣim, v. 223; Mayyārah, I, 103; Tasūlī, I, 146; Ḫalīl, XXXV, n. 150.

[387] Ibn Rušd ap. Mayyārah, I, 105, 5; Tāwudī-Tasūlī, I, 47, 16 sg.; 142, 11 sg.; Ḫalīl, XXXV, n. 215-217; per il caso in cui le due parti rifiutino il giuramento: v. Mayyārah, I, 240-241.

[388] *P. C. T.*, a. 575-579; Windsch., II, 577 sg.; d'Ohsson, VI, 195-196; Van den Berg, 218-219.

gio al " ḥadīṯ " citato qui sopra [389], che è divenuto canone fondamentale della procedura islamica: « Quando l'attore non può far la prova, il convenuto è tenuto al giuramento » [390].

Questa regola si deve intendere per le cause patrimoniali; quando si tratta di questioni di stato (matrimoni, affrancamento ecc.), la prova non può essere fatta se non mediante due testimoni idonei; ed in questi casi, *actore non probante*, *reus absolvitur*, senza deferire giuramento al convenuto [391].

La dottrina classica, seguendo la giurisprudenza medinese, esige per la delazione del giuramento al convenuto, che l'attore abbia almeno provato l'esistenza di rapporti di affari o d'interessi (" ḫulṭah ") tra lui ed il convenuto [392].

La scuola andalusa, che è pure seguita nel Maġrib, non esige tanto, e permette la delazione del giuramento in ogni stato di causa, quando manchino altre prove [393].

Il giuramento è, di regola, deferito a richiesta di parte; il " qāḍī " non deferisce il giuramento *ex officio*, se non in certi casi speciali.

§ **66.** Il giuramento richiede in chi lo presta la capacità di obbligarsi [394]. Sicchè il giuramento non può essere prestato nè deferito, quando la parte è:

a) un impubere;

b) un pubere interdetto per prodigalità o altra causa, una donna o fanciulla pubere;

c) uno schiavo.

Quando però abbiano prodotto un testimonio, e il giuramento sia necessario a completare la prova testimoniale, lo schiavo e il prodigo possono prestare il giuramento. Ma per l'impubere conviene aspettare che abbia raggiunto la maggiore età [395].

---

[389] Vedasi la nota 377 qui sopra,

[390] Ibn ʿĀṣim, v. 25; Tasūlī, I, 29; Ḫalīl, XXXV, n. 37 e 41 e note 106, 107; Ibn Farḥūn, I, 131, 2–13; *Digest.*, 22, 3, 25 § 3; 12, 2, 5 § 2; 502; cf. Zurqānī, VI, 137, 8–9; *Mud.*, XIII, 46; XII, 136–137.

[391] Tasūlī, I, 29, 5 dal b.

[392] Cf. Ḫalīl, l. c., n. 37, 38; Ibn Farḥūn, I, 128, 15 dal b.

[393] Ibn ʿĀṣim, v. 25; Mayyārah, I, 20, 8–9; II, 164 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tāwudī, I, 29; Tasūlī, I, 30; 46, 19; Ḫalīl, l. c., n. 41 e nota 108; Ibn Farḥūn, I, 39, 3; cf. Ibn ʿĀṣim, v. 207, 213.

[394] Ibn ʿĀṣim, v. 224–228; Mayyārah, I, 103, 104, 8, 105 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Ḫalīl, XXXV, n. 150.

[395] Cf. Ibn ʿĀṣim, v. 224–228 e nota p. 106–107.

Il giuramento deve essere prestato dalla parte cui è deferito o che ha interesse a prestarlo: nessuno può giurare a nome e nell'interesse di un altro. Il padre non può prestarlo per il figlio, nè il tutore per il pupillo, salvo il caso di comunione di interessi o che l'affare in litigio sia stato personalmente conchiuso da loro a nome dei loro rappresentanti [396].

§ **67.** Quando il valore del litigio è superiore ad un quarto di dīnār o tre dirham, il giuramento di liberazione (" yamīn al-qaḍā' ") si presta, quando l'attore lo richieda, in forma più grave (" muġallaẓah ") [397], cioè nella moschea principale del luogo, stando in piedi e guardando verso la " qiblah " (punto che corrisponde alla direzione della Ka'bah e verso il quale i fedeli si volgono facendo la preghiera [398]) ovvero sulla tomba di un santo o sul Corano. I non Musulmani lo prestano nel luogo del loro culto od in quello che hanno in maggior venerazione. Nelle cause più gravi (omicidio, " li'ān " ecc.) si sceglierà anche il momento in cui è maggiore la frequenza dei fedeli, quando lo richieda colui che ha deferito il giuramento.

Il giuramento sul Corano (" al-istaḥlāf 'alà al-miṣḥaf ") è di origine consuetudinaria. aš-Šafi'ī menziona l'uso seguíto dai giudici provinciali di far giurare sul Corano. È questa la più antica notizia di quest'uso; nelle antiche formule non ve n'ha traccia [399]. Ibn 'Arabī lo chiama una innovazione; i Malichiti più recenti lo ammettono senz'altro, sia che si voglia conferire maggiore solennità al giuramento prestato nella moschea, sia che si tratti di far giurare, a domicilio, chi non può recarsi al tribunale del " qāḍī " [400].

Se per malattia o altro impedimento la parte non possa recarsi alla moschea a prestare il giuramento, lo presterà nel proprio domicilio dinanzi all'ufficiale giudiziario deputato dal " qāḍī " a ricevere i giuramenti [401].

Neppure la donna è sottratta all'obbligo di prestare il giuramento pubblico, qualora ne sia il caso; attrice o convenuta, la donna dovrà uscire, anche di giorno, per recarsi alla moschea, e se

---

[396] Ibn 'Āṣim, v. 229, 11; Mayyārah, I, 98, l. 3–5; 102, l. 6 dal b.; 106 e Raḥḥāl, *ad loc.*; Tasūlī, I, 47, 1–2; Ḫalīl, l. c., n. 151 e note 456–457.

[397] Ibn 'Āṣim, v. 206–211; Mayyārah, I, 94–96; cf. 97–98, e Raḥḥāl, *ibid.*, 94. 95, 99; Tasūlī, I, 142, 143, 145, 16 sg.; 146 pr.; Ḫalīl, XXXV, n. 205.

[398] Sulla " qiblah " cf. Caetani, a 2 H. § 7, § 15, § 25.

[399] Goldziher, *Muh. Stud.*, II, 255.

[400] Mayyārah, I, 97 e Raḥḥāl *ad loc.*

[401] Ḫalīl, XXXV, n. 205, nota 598.

sia tale che non esca di giorno (" muḫaddarah "), le sarà permesso di recarvisi la notte. Solo per eccezione le donne di alta posizione sociale hanno facoltà di giurare a domicilio, dinnanzi ad uno o due ufficiali giudiziari a ciò delegati dal " qāḍī " [402].

§ **68.** La forma del giuramento è solenne, perchè così prescritta nel " ḥadīṯ ", e non vi si può nulla cambiare; essa è: " Billāhi allāḏī lā ilāha illā huwa ". (= Per Allah oltre il quale non v'ha altro Dio). Pei Cristiani si aggiunge, secondo alcuni: « il quale ha rivelato il Vangelo »; per gli Ebrei: « il quale ha rivelato il Pentateuco » (Taurāh). Gli uni e gli altri possono anche giurare semplicemente: « per Allāh ». Sono vietate le formule che costituirebbero un'empietà, secondo la coscienza musulmana, ed è assai controverso se si possa giurare: « Per il ripudio » [403].

Il giuramento dev'essere prestato in presenza della parte che lo ha deferito, secondo la sua intenzione e il tenore della formula da lui indicata; non basterebbe la presenza di due testimoni a supplire l'assenza della parte, ed il giuramento, qualora fosse già stato prestato, si dovrebbe ripetere. Esso deve corrispondere esattamente alla domanda dell'attore, e per esempio, trattandosi di un'azione di credito, il convenuto deve escludere il credito asserito, e se l'attore ne ha indicato la causa, escludere anche quella, dicendo: « Giuro che egli non deve avere nulla da me nè per quella causa nè per alcun' altra » [404].

§ **69.** Il giuramento è un'affermazione solenne, la quale, appunto perchè è rimessa alla religione della parte, è circondata dalle più gravi sanzioni religiose nel caso di spergiuro [405]. Si ha spergiuro (" ḥinṯ ") quando taluno, sotto l'egida del giuramento, afferma quanto sa essere falso; allo spergiuro il Corano e le tradizioni minacciano la dannazione: « Colui che col suo giuramento impedisce a un Musulmano di ottenere quanto gli è dovuto è escluso dal paradiso e deve andare nel fuoco (dell' inferno) » [406].

---

[402] Ibn 'Āṣim, v. 205; Mayyārah, I, 94, 95, e Raḥḥāl, *ibid.*, n. 97, 4 dal b.; Tāwudī–Tasūlī, I, 142, 143; Ḫalīl, XXXV, n. 206. *Quid* per la constatazione d'identità ? Cf. Tasūlī, I, 143, 4–6.

[403] Mayyārah, I, 97 e 98; Raḥḥāl, *ibid.*, 95, 11 dal b.; Tāwudī–Tasūlī, I, 141, 2 dal b.; 142, 12; 144, 4 dal b.; 145; Ḫalīl, XXXV, n. 204 e nota 594.

[404] Ḫalīl, l. c., n. 210.

[405] Van den Berg, 219.

[406] *Cor.*, III, 71; cf. *Muwaṭṭa'*, III, 185; Ibn Māǵah, II, 28; Buḫārī, *šahādāt*, n. 20; an–Nasā'ī, II, 311.

Non si considera spergiuro colui che, per errore, ha giurato il falso; egli è scusabile e la legge gli impone solo una espiazione (" kaffārah ") [407].

Nè si richiede che colui il quale giura in modo perentorio abbia la certezza assoluta della verità del fatto che egli afferma; basta che egli abbia giusta ragione di crederlo vero. Colui che asserisce l'esistenza di un credito, l'estinzione di una obbligazione, fondandosi sopra uno scritto di pugno di suo padre o sopra il rifiuto di giuramento opposto dal convenuto, si può dire abbia la certezza morale di quanto afferma e può, in tutta coscienza, giurare per confermare il suo asserto [408].

§ **70.** Di regola il giuramento del convenuto preclude la produzione di ogni altro argomento da parte dell'attore, poichè colla delazione del giuramento egli ha rinunciato ad ogni altra prova [409]. Questa regola non ha però il carattere assoluto che ha in diritto romano. Anzitutto l'attore può, nel deferire il giuramento, riservarsi il diritto di produrre altre prove. Inoltre, anche senza questa riserva, egli può in certi casi riproporre l'azione, malgrado la delazione del giuramento. «Una buona prova, diceva il Califfo 'Umar, val più di un cattivo giuramento» [410]; quindi la dottrina concede all'attore la facoltà di riassumere l' azione :

a) se affermi, sotto giuramento, di aver dimenticato od ignorato una prova testimoniale od altro che avrebbe potuto produrre (teoria di Ašhab) [411];

b) se, non avendo potuto produrre all'inizio della lite che un solo testimonio, ne trovi poi un secondo, e sia perciò in grado di fornire la piena prova voluta dalla legge [412];

c) se i testimoni si trovavano a più di dieci giorni di viaggio e quindi non abbia potuto produrli al momento opportuno.

---

[407] *Cor.*, II, 225; III, 71; XVI, 93, 94, 96; Ḫalīl, I, p. 343.

[408] Ḫalīl, XXXV, n. 209; Mayyārah, I, 102, 6 dal b.; 103, 1 sg.; Ibn Farḥūn, I, 111.

[409] *Mud.*, XII, 137; XIII, 25; Ḫalīl, XXXV, n. 214; Tasūlī, I, 114 in f.; 115 pr.

[410] Ibn Farḥūn, I, 141, 14; 220, 230; Zurqānī, VII, 138; il motu brevi attribuito anche al giudice Šurayḥ; cf. Ibn Sa'd, VI, 94, 11.

[411] Ḫalīl, XXXV, nota 622; Tasūlī, I, 46, 19; cf. tuttavia Tāwudī, *ibid.*, 115, 10.

[412] Ḫalīl, l. c., n. 41; Tasūlī, I, 114, 4 dal b.

CAPITOLO IV.

Della sentenza e dei mezzi di impugnarla.

SEZIONE I. — Della sentenza (" ḥukm ").

§ **71.** Il giudice assiste, impassibile, alla discussione, ed aspetta che le parti abbiano esaurito le loro prove ed argomenti. Gli è vietato di intervenire, ed a più forte ragione, di dar pareri all'una od all'altra parte [413]. Solo quando per inesperienza, per timore di un avversario troppo potente, per timidezza, la parte non propone tutti i mezzi che la legge pone a sua disposizione, il giudice deve confortarla, ed anche consigliarla, « affinchè acquisti fiducia nella sua giustizia ». Così, se il convenuto confessa, il giudice può avvertire l'attore che egli ha il diritto di prendere atto della confessione, se l'attore lo trascuri, perchè è ufficio del giudice di diminuire le liti, e la confessione è il mezzo più efficace di abbreviarle.

Quando la parte rifiuta di giurare, il giudice deve avvertirla delle conseguenze che avrebbe il rifiuto. All'infuori di questi ed altri casi analoghi, il giudice non può prendere alcuna parte al dibattito che si svolge dinanzi a lui, e deve limitarsi a dirigerlo [414].

La discussione è orale, e si svolge tutta all'udienza del giudice o per mezzo suo; scrive il Michaux Bellaire: « Le cadi étant saisi, le procès suit son cours . . . Les mandataires des parties (oukil) comparaissent, fournissent leurs preuves, le juge consulte, s'il y a lieu, les oulemas sur la question de droit, et après l'interpellation faite aux parties si elles n'ont rien à ajouter, les débats sont clos, et le cadi prononce son jugement » [415].

§ **72.** Esaurita la discussione, la causa è matura per la sentenza. Non sempre il giudice è tenuto di proferirla. Non solo egli può, ma *deve* astenersi dal giudicare, come nella nostra antica dottrina, quando la soluzione non gli appaia chiara — *si non liquet* — e cioè quando le prove somministrate dalle parti siano equivalenti e non permettano

---

[413] Cf. Ḫalīl, XXXV, n. 25.

[414] Ibn Farḥūn, I, 34, 3; 35, 3 sg.; Ibn ʿĀṣim, v. 40, 41; Raḥḥāl ad Mayyārah, I, 27; Mayyārah, I, 28; Tasūlī, I, 37; Ḫalīl, l. c., n. 39.

[415] RMM, XVIII, 73.

un giudizio decisivo o quando i testi fondamentali di diritto si contraddicono, o quando non sappia quale regola di diritto sia da applicare alla specie. In tutti questi casi egli deve consultare i competenti ed esaminare il loro parere. Se anche dopo ciò la soluzione non gli appaia sicura, egli dovrà o cercare di conciliare le parti ovvero astenersi dal giudicare, e rinviare la causa ad altro giudice, qualora ve ne sia nel luogo [416].

§ **73.** Naturalmente questo è un caso eccezionale. Quando le parti abbiano fornito le loro prove e la regola di diritto sia nota, il giudice deve dare il suo giudizio [417].

Tuttavia v'ha ancora una formalità ch'egli deve compiere prima di proferire la sua decisione: il giudice deve dirigere alle parti, e specie a quella contro cui è per pronunciare la sua sentenza, una formale interpellazione per chiedere se abbiano altri argomenti o altra impugnativa da far valere contro i testimoni, oltre quelli già prodotti nel corso dell'istruzione.

La formula consacrata dalla consuetudine è la seguente: « Hai tu altre prove » (" hal baqiyat laka huǧǧah ") ? Questa interpellazione si chiama " i'ḏār " (il verbo " a'ḏara ", di IV^a forma, significa « togliere ogni scusa », " 'uḏr " o, secondo altri, « avvertire in modo non dubbio ») perchè, dicono i giuristi, toglie ogni scusa alla parte condannata, se intenda poi impugnare la sentenza, avendole offerto il modo di produrre tutti i suoi argomenti prima della condanna. L' " i'ḏār " si fonda sul Corano [418].

Il giudice ha cura di far prendere atto da due testimoni (basta anche uno) della interpellazione da lui fatta; ove ciò non constasse, la sentenza sarebbe nulla *ipso jure*, secondo l'opinione prevalente [419].

Se la parte interpellata dichiara di non aver altro da aggiungere, il giudice dà corso alla sentenza.

Se invece dice di avere una prova testimoniale la quale richieda un certo tempo, per essere i testimoni a grande distanza, il giudice proferisce la sua sentenza allo stato degli atti, riservando alla parte

---

[416] Ibn 'Āsim, v. 37; Mayyārah, I, 26, e Raḥḥāl, *ibid.*; Tasūlī, I, 35, 17 dal b.; Ibn Farḥūn, I, 31.

[417] Ibn 'Āsim, v. 80 sg.; Mayyārah, I, 27, 39 e 49 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 61, 6 dal b.; Ḫalīl, XXXV, n. 42, 45, 47, 48 e nota 129; Ḫiršī–'Adawī, VII, 158; Dardīr–Dasūqī, IV, 131–132; Ibn Farḥūn, I, 73, 1–2; 145, 2 dal b., 146; cf. Zurqānī, VII, 141.

[418] *Cor.*, XVII, 17 e XXVII, 20.

[419] Cf. la formula di " i'ḏār " ap. Tasūlī, I, 62, 3 dal b.

il diritto di produrre i suoi testimoni e di chiedere, se ne sia il caso, la riforma del giudicato; altrimenti concede il rinvio, se si tratta di una breve proroga, prima di pronunciare la sentenza.

§ **74.** È controverso tra i Malichiti se l'attore nelle azioni reali debba, oltre la prova da lui fornita, e prima che il giudice pronunci la sentenza, prestare un giuramento suppletorio per affermare ch'egli è tuttora proprietario della cosa e non l'ha mai alienata; tale giuramento suppletorio è da prestarsi dopo la interpellazione finale, "i'ḏār", diretta dal giudice al convenuto e che è di rigore prima ch'egli pronunci la sentenza. La scuola di Medina e la scuola africana, che ne dipende, esigono sempre il giuramento; altri non lo esigono mai; finalmente un'opinione intermedia, professata dalla scuola spagnuola, distingue i mobili dagli immobili: quando la cosa rivendicata è un mobile, si deve prestare il giuramento; quando è un immobile, il giuramento non è dovuto [420].

Questa dottrina è ormai prevalente nella pratica odierna; la ragione è data da Ibn Farḥūn: « Per gli immobili — egli dice — è consuetudine di redigere degli atti scritti quando ne avviene la trasmissione da un proprietario all'altro, atti ai quali si dà pubblicità. Quindi, se il convenuto non possiede nessuno scritto, nessun atto a suo favore, mentre l'attore produce delle prove, le presunzioni sono a favore di quest'ultimo, ed egli non è astretto al giuramento. Non è così quando si tratta degli altri beni, di cui la trasmissione si fa senza pubblicità e rispetto ai quali sono pochi quelli che si curano di far redigere degli atti scritti. Ed è perciò che si prescrive il giuramento » [421].

Oltre a questo caso, si esige sempre il giuramento giudiciale, senza distinguere se si tratti di mobili o di immobili, quando la rivendicazione è rivolta contro un assente ("ġā'ib"), cioè chi non è presente, e contro un defunto [422].

§ **75.** La sentenza è il risultato delle prove prodotte nella discussione avvenuta dinanzi al giudice [423]. Il giudice non può giudicare in base a quanto a lui consta personalmente, tranne che in due casi:

---

[420] *Mud.*, 13, 46, 47; Ibn 'Āṣim, v. 1252; Tasūlī, II, 249, 250; *'Amaliyyāt*, 286, 287; Bannānī, VI, 157 in f., 158; Mayyārah, II, 173–174.

[421] *'Amaliyyāt*, 287.

[422] *'Amaliyyāt*, 288.

[423] Buḫārī, *aḥkām*, 14–21; *Muwaṭṭa'*, III, 176, 177; *Mud.*, XII, 148; XVI, 29; Ibn 'Āṣim, v. 42–44, 47; Ḫalīl, XXXV, n. 56 (6); n. 63, e nota 165; Mayyārah, I, 28, 29, 31; Tasūlī, I, 38–41; 71, 7 dal b.; Māzarī ap. Tasūlī, I, 70, 3 dal b.;

a) quando si tratta della idoneità (" 'adālah ") di un testimone;

b) quando si tratta di fatti avvenuti nel tribunale del giudice, in sua presenza, per esempio: la confessione di una parte in giudizio (questione controversa) [424].

Sicchè, quando il fatto non sia legalmente provato, cioè non abbia testimoni o solo testimoni non idonei, il giudice non dovrà prenderlo a base della sua decisione, anche se a lui consti personalmente la verità.

Egli ha un modo solo di liberare la sua coscienza, in questo caso, ed è di rimettere la causa ad un altro magistrato od al Principe e di comparire come testimonio [425].

§ **76.** Tranne questi due casi, il giudice deve giudicare *secundum allegata et probata*, enunciando chiaramente la prova sulla quale si fonda [426]. La sentenza non è altro che la enunciazione di quanto risulta da quelle prove. Quando sia stata raggiunta la prova determinata dalla legge, egli non può fare altro che giudicare secondo quella [427]. Così, nel caso di adulterio, quando siano stati prodotti i quattro testimoni idonei voluti dalla legge, in materia di obbligazione, quando vi siano due testimoni idonei, oppure la dichiarazione scritta dal debitore, confermata da due testimoni, e non vi sia nessuna delle ragioni previste dalla legge per invalidare quelle prove, il giudice deve solo applicare il disposto della legge [428].

---

cf. Snouck Hurgronje, ZDMG, III, 165. Secondo alcuni Sciafiiti, il giudice non può giudicare contrariamente a quanto a lui consta personalmente: sicchè, se per esempio, si sia attestato dinanzi a lui un fatto (per esempio, un matrimonio, una proprietà), ed egli *sappia* che la verità è il contrario, egli non potrà giudicare in base alla prova, e dovrà invece giudicare secondo quanto a lui consta esser vero: solo dovrà astenersi dal giudicare in base alla sua conoscenza personale quando si tratti di applicare una pena determinata (" ḥadd ") o discrezionale (" ta'zīr ") per fornicazione, furto ed altri fatti lesivi della riputazione. Altri danno questa facoltà solo al " muǵtahid ".

[424] Cf. Tasūlī, I, 40–41; 65, 2–20.

[425] *Mud.*, XVI, 30; Buḫārī, *aḥkām*, n. 21; Ibn 'Āṣim, v. 45, 46; Ibn Farḥūn, I, 73, 4; Mayyārah, I, 30; Tasūlī, I, 42.

[426] Cf. Māzarī, ap. Tasūlī, I, 70, 3 dal b.

[427] Ibn 'Āṣim, v. 434; Morand, p. 331–332.

[428] Nel 1839, il Foramiti (Diz. Legale, vol. IV, p. 252) scriveva: « So che comunemente è radicata l'opinione che quando si ha la concorde deposizione di due testimonii contra i quali non sia stata opposta veruna eccezione espressamente contemplata dalla legge, cessi l'arbitrio del Giudice, e debba egli rite-

Ma non si deve credere tuttavia che la dottrina musulmana non lasci nessun campo al criterio individuale ed alla coscienza del giudice. « Il giudice — dice Ibn Munāsif [429] — deve osservare attentamente le condizioni delle parti ».

Il giudice deve giudicare in base ai testi canonici, alla giurisprudenza, ai pareri dei dottori, alle prove prodotte. Ma a lui è concessa una grande latitudine di apprezzamento.

In mancanza di un codice di procedura, egli ha veramente la direzione del processo; a lui spetta, in caso di *dubbio*, determinare chi è l'attore e chi il convenuto, e quindi a chi spetti l'onere della prova; a lui spetta valutare le prove, l'indagine sul valore personale dei testimoni e la valutazione delle testimonianze, quella di scegliere tra le dottrine controverse quella che, a suo giudizio, si applica meglio al caso, quella di applicare le pene secondo il suo prudente arbitrio, salvo i casi precisamente determinati dalla Legge. Tutto ciò dà grande potere al giudice. E maggiormente nel diritto civile, in cui è suo ufficio ricercare l'equità, cioè conciliare per quanto si può i diritti in contrasto; il diritto è un sistema di equilibrio in cui l'interprete della Legge deve soprattutto cercare di contemperare l'esercizio dei vari diritti individuali, tenendo conto delle speciali circostanze di ogni caso, concedendo a ciascuno quanto gli spetta, ma evitando di infliggere all'altra parte un danno che si potrebbe evitare, e ciò in base alla tradizione: " lā ḍarar wa lā ḍirār ", ispirandosi a quello spirito di indulgenza, di reciproca concessione, quale si conviene tra Musulmani, cioè tra fratelli.

La equità consiste in sostanza, se v'ha conflitto di diritti, a vedere da qual lato il danno sia maggiore ed a evitare, per quanto si può, d'infliggere ad una parte quel danno di cui si può fare a meno.

§ **77.** La sentenza è orale e conserva questo suo carattere anche quando sia posta per iscritto, il che avviene nei casi in cui il giudice

---

nerli per irrefragabili, e la cosa come pienamente provata, qualunque sia il razionale sospetto che il giudice stesso potesse nutrire nell'animo contra la testimoniale veracità ».

[429] Ibn Farḥūn, I, 39, 6 dal b., 40.

[430] 'Ilayš, I, 38 sg.; Buḫārī, *aymān*, 14–15; Juynboll, IV, 226–267; *Mud.*, XI, 159 pr.; 162 in f.; 165, 168, 179 pr.; XIV, 187–188, 235–237; XI, 117 in f., 118 pr.; XV, 194 in f., 195 pr.; *Muwaṭṭa'*, III, 207; Abū Dāwūd, III, 232 in f., 233; Buḫārī, *buyū'*, 16.

lo ritenga opportuno, o ciò sia richiesto dalla parte che vi ha interesse [431].

Essa prende allora la forma d'un atto pubblico, redatto dinanzi ai notai [432]. I notai addetti al Tribunale del " qāḍī " attestano di conoscere personalmente il tal dei tali, " qāḍī " di tal residenza, il quale, essendo sano di mente e di corpo e nelle condizioni d'idoneità (" 'adālah ") volute dalla legge, li ha specialmente richiesti di prendere atto della sentenza che egli è per proferire; segue l'esposizione della causa, l'enunciazione delle prove addotte dalle parti e il dispositivo della sentenza proferita dal giudice in presenza dei notai, delle quali cose i notai danno atto al " qāḍī ", firmando in fine. La motivazione non esiste [433].

La sentenza è generalmente preceduta dalla formula solenne: " ṯabata 'indī " = « per me consta, è stato da me accertato », e si chiude colla parola: " Ḥakamtu " = « ho deciso, ho giudicato ». Ma la mancanza di una o di ambedue queste formule non toglie alla sentenza il suo carattere decisorio. Costituisce sentenza ogni atto con cui il giudice dispone intorno ad un diritto, riconoscendolo ad uno o togliendolo ad un altro, annullando o confermando un contratto, risolvendo una controversia intorno ad un diritto patrimoniale o ad un interesse pecuniario [434].

Invece, non costituisce sentenza:

a) l'opinione espressa da un " qāḍī " intorno alle materie rituali e religiose, per esempio: intorno alla regolarità di una preghiera o di una abluzione, al momento dell'apparizione della nuova luna, con cui incominciare il digiuno del " Ramaḍān " ecc. [435];

b) gli atti in cui il giudice si limita ad esprimere la sua opinione intorno ad una questione giuridica a lui proposta, colla parola: « Non credo che ciò sia lecito », « Non mi pare » e così via. Questo è un parere legale (" fatwà "), non una sentenza [436];

---

[431] Van den Berg, 210; formula ap. Zeys, *Recueil d'Actes Judic. Arabes*, p. 175; Ḫalīl, XXXV, n. 154; Ibn 'Āṣim, v. 95–96; Mayyārah, I, 42 *per tot.*; 49 e Raḥḥāl *ad loc.*; Tasūlī, I, 78, l. 3 sg.; Ibn Farḥūn, I, 103, 16 sg.

[432] Cf. Ibn Farḥūn, I, 94.

[433] L'atto autentico contenente la sentenza si dice " siǵill "; l'azione di redigere l'atto contenente la sentenza dicesi " tasǵīl ", cf. Mayyārah, I, 49; Tasūlī, I, 78.

[434] Ḫalīl, XXXV, n. 60 e 154; Ibn Farḥūn, I, 96, l. 4 sg.; 97, 18 dal b.; Tasūlī, I, 15, 11 sg.; 16, 22 sg.

[435] Tasūlī, 1, 16.

[436] Ḫalīl, l. c., n. 60; Ibn Farḥūn, 1, 76, 1–8.

c) gli atti e provvedimenti presi dal giudice e le sentenze interlocutorie, emanati sia nel corso dell'istruzione, sia nell'adempimento degli altri uffici a lui devoluti; per esempio: l'assegnazione dei termini alle parti, le contestazioni relative alla capacità o meno dei testimoni, alla capacità dei custodi (ḥāḍin), le vendite e locazioni fatte nell'interesse dei minorenni, la nomina dei periti, la delegazione degli ufficiali giudiziali per ricevere un giuramento, per fare un sopraluogo ecc. [437].

A questi provvedimenti si ricollegano quegli atti che la legge ha demandato al prudente arbitrio (" iǵtihād ") del giudice e che hanno molta analogia colla *extraordinaria cognitio* del diritto romano [438].

SEZIONE II. — Effetti della sentenza.

§ **78.** Quali sono gli effetti della sentenza ? specialmente in ordine alla cosa giudicata ? Afferma lo Zeys: «On ne connaît pas, en droit islamique, l'autorité de la chose jugée, elle est remplacée par l'autorité de la chose bien jugée, ce qui vaut mieux, peut-être » [439].

Una tesi opposta è sostenuta da un altro eminente cultore degli studi islamici, il Morand: « Et de cet examen se dégage, pour nous, l'impression que le droit musulman n'a nullement répudié le principe de l'autorité de la chose jugée. Bien au contraire, il décide qu'en règle générale, la sentence du juge ne peut être revisée . . . » [440].

A me pare che la tesi dello Zeys sia giusta . . .

Il manoscritto termina qui; mancano i paragrafi relativi agli effetti della sentenza, ai mezzi per impugnarla e alla sua esecuzione.

---

[437] Ibn Farḥūn, I, 78; cf. 76, 6 dal b.; Tasūlī, I, 16, 12 dal b.
[438] Cf. Arndts-Serafini, *Pandette*, § 95; cf. Abū Dā'ūd, III, 220.
[439] Zeys, p. 112 e 113, nota 200.
[440] Morand, p. 339.

INDICI

A

Elenco di giuristi ed autori e libri arabi menzionati nel corso dell' opera [1].

al-Abbār, giur. malich., autore di glosse a Ḫalīl, citato II, 151 (da at-Tasūlī).

'Abd an-Nūr (citato così II, p. 547, nota 159): v. Ibn 'Abd an-Nūr.

'Abd al-Qādir al-Fāsī (= 'Abd al-Qādir b. 'A. b. Yū.), n. ramaḍān 1007/1599, m. 1091/1680; giur. malich. marocchino, forse autore delle *al-'Ama-*

[1] In questo elenco sono state usate le abbreviazioni seguenti:

AB = Aḥmad Bābā, *Nayl al-ibtihāġ*, in margine a Ibn Farḥūn (v. IF).

BC = Ben Cheneb, *Catalogue des Mss. arabes à la grande mosquée d'Alger*, Alger, 1909.

BCE = Ben Cheneb, *Étude sur les personnages mentionnés dans l'« Idjâza » du Cheikh 'Abd el-Qâdir el-Fâsy* (*Actes du XIV Congrès intern. des Orientalistes*, Alger, 1905, IIIe partie, Suite), Paris 1908. – Citato secondo i numeri dei paragrafi.

Br. = C. Brockelmann, *Geschichte der Arabischen Litteratur*, Weimar, 1898–1902, voll. 2; id., *Suppl.* = *Supplementband* (in corso di pubbl.), voll. 2, 1937–38.

CG = *Catalogue général des Mss. des Bibliothèques publiques de France, Départements*. Tome XVIII. Alger, par E. Fagnan, Paris 1893.

Encyc. I. = *Encyclopédie de l'Islām*. Leyde 1913–1937, voll. 4.

ḪGS = Ḫalīl ibn Isḥāq, *Il « Muḫtaṣar » o Sommario del Diritto Malichita*, versione di I. Guidi e D. Santillana, Milano, 1919, voll. 2.

IF = Ibn Farḥūn (Ibrāhīm), *ad-Dībāġ al-muḏahhab* (o *al-muḏhab*), Cairo, 1329 H.

IḪ = Ibn Ḫallikān, *Wafāyāt al-a'yān*. Citato secondo il numero delle biografie nell'ediz. Wüstenfeld e con quello delle ediz. egiziane.

Wa. = al-Wanšarīsī, *al-Mi'yār al-muġrib*, alcuni estratti tradotti da E. Amar negli *Archives Marocains* (voll. XII–XIII, 1908–1909).

Per i nomi propri arabi sono state usate le seguenti abbreviazioni:

a. = abū; A. = Aḥmad; 'A. = 'Alī; 'Abd Al. = 'Abd Allāh; 'Abd ar-R. = 'Abd ar-Raḥmān; b. = ibn; Ḥ. = Ḥasan; Ḥu. = Ḥusayn; Ibr. = Ibrāhīm; M. = Muḥammad; Qā. = Qāsim; Sul. = Sulaymān; 'U. = 'Umar; 'Uṯ. = 'Uṯmān; Ya. = Yaḥyà; Yū. = Yūsuf.

liyyāt al-fāsiyyah sulle particolarità della prassi giuridica di Fez (BCE, n. 1; Br., *Suppl.*, II, 708).

'Abd ar-Raḥīm al-faqīh, giur. malich., citato I, 339 (270), n. 231 (da al-Wanšarīsī).

'Abdu 'r-Raḥīm, moderno indiano, di scuola ḥanafita, scrivente in inglese; v. il suo libro nella lista delle opere I, p. XI.

'Abd as-Salām: v. Saḥnūn.

'Abd al-Wahhāb (= Abū M. 'Abd al-Wahhāb b. 'A. b. Naṣr, noto come al-Qāḍī 'Abd al-Wahhāb), n. 362/973, m. 422/1031, giur. malich. e poeta (BCE, 331).

al-'Abdūsī (Abū 'Imrān Mūsà b. M. b. Mu'ṭī): v. Abū 'Imrān.

al-'Abdūsī (Abū M. 'Abd Al. b. Mūsà b. M.), giur. malich., figlio del precedente, m. 848 od 849/1444 o 1445, aut. d'un poema didattico sulla testimonianza per pubblica notorietà (Wa, II, 11, n. 1);

Altro (probabilmente suo fratello): Abū al-Qā. 'Abd al-'Azīz b. Mūsà Ibn Mu'ṭī al-'Abdūsī, n. a Fez e m. a Tunisi nell'837/1434 (BCE, n. 266).

Abū Dāwūd (Sul. b. al-Aš'aṯ al-Azdī as-Siǵistānī), m. 275/888, aut. di una delle sei raccolte canoniche di tradizioni (*Encyc. I.*, s. v.; Br., I, 161; id., *Suppl.*, I, 266).

Abū al-Faraǵ al-Iṣfahānī ('A. b. al-Ḥu.), m. 356/967, storico e letterato sciita imāmita, famoso per il suo libro: *Kitāb al-Aġānī* (Br., I, 146; id., *Suppl.*, I, 225).

Abū Ḥanīfah (an-Nu'mān b. Ṯābit), m. 150/767 o 151, celebre giur., fondatore della scuola ḥanafita (*Encyc. I.*, s. v.; Br., I, 169; id., *Suppl.*, I, 284).

Abū 'l-Ḥasan 'A. b. M. aš-Šāḏilī, m. 939/1532, malich., aut. di un commento alla *Risālah* di Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (Br., I, 178; id., *Suppl.*, I, 302).

Abū 'l-Ḥasan aṣ-Ṣaġīr o aṣ-Ṣuġayyir ('A. b. M. al-Maġribī), m. 719/1319–20, giur. malich., aut. di alcune opere fra cui anche Glosse alla *al-Mudawwanah* (BCE, 271; Br., I, 177; id. *Suppl.*, I, 300).

Abū 'Imrān: vari giureconsulti sono noti con questa "kunyah":

1. Abū 'Imrān Mūsà b. Ya., m. 388/998 (ḤGS, I, XV, n. 3).
2. Abū 'Imrān al-Fāsī (Mūsà b. 'Īsà al-Ġafǵūmī, m. 430/1038–39, discepolo di al-Qābisī e maestro di 'Abd al-Ḥaqq (IF, 344; cf. 110, 201; AB, 342; ḤGS, I, p. XV; Br., *Suppl.*, II, 961 (?)).
3. un Abū 'Imrān non meglio identificato viveva verso il 1044 (da identificarsi col precedente ?) (Wa, I, 6; *CG*, n. 1060[2]).
4. Abū 'Imrān Mūsà b. M. b. Mu'ṭī al-'Abdūsī, giur. malich. di Fez, m. a Miknāsah nel 776/1374 (Wa, II, 106; BCE, n. 268; AB, 374 (Fās 1307); ḤGS I, p. XV, n. 3); a questo pare riferirsi la menzione del Santillana: I, 395 (313), n. 286, dove il nome va corretto in Abū 'Imrān.

5. Abū ʿImrān Mūsà b. ʿĪsà al-Maġīlī al-Māzūnī (il Br. dà maggiore importanza alla "nisbah" al-Maġīlī), giur. malich., m. 791/1389, aut. di due opere sul modo di redigere gli atti (Br. II, 247). Il figlio Ya. b. Mūsà al-Maġīlī è anche un noto giur. che ha lasciato una stimata raccolta di "fatwà" (Br., II, 247; id., *Suppl.*, II, 348).

Abū 'l-Layṯ as-Samarqandī (Naṣr b. M.), giur. ḥanafita, m. 383/993 (Br., I, 196; id., *Suppl.*, I, 347).

Abū Ṣāliḥ, giur. malich.; I, 150 (118), n. 126 (citato da al-Wanšarīsī).

Abū 's-Suʿūd b. M. al-Āmidī, n. 896/1490-1491 (nel Br. 898 è corretto nel *Suppl.*), m. 982/1574, celebre giur. ḥanafita ottomano, per trent'anni Shaykh ul-Islām (v. *Encyc. I.*, s. v.; Br., II, 438; id., *Suppl.*, II, 651).

Abū Ṯawr Ibr. b. Ḫālid al-Kalbī, m. 246/860, scolaro di aš-Šāfiʿī, tradizionista e giur. sciaf.

Abū Yūsuf (Yaʿqūb b. Ibr.), n. 113/731, m. 182/798, uno dei due più ragguardevoli discepoli di Abū Ḥanīfah; aut. del *Kitāb al-Ḫarāġ* (*Encyc. I.*, s. v., e *ibidem* bibliogr.; Br., I, 171; id., *Suppl.*, I, 288.

Abū Zayd è errore per Ibn Abī Zayd (v. questo nome).

al-ʿAdawī ('A. b. A.), n. 1112/1700, m. 1189/1775, giur. malich., glossatore del commento di al-Ḫiršī al *Muḫtaṣar* di Ḫalīl e d'un comm. alla *Risālah* d'Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (Br., II, 319; id., *Suppl.*, II, 439; ḪGS, I, p. XV).

al-ʿAddāʾ b. Ḫālid, compagno di Maometto, citato II, 141 (ove al-ʿAddah è errato).

al-Aġānī: v. Abū 'l-Faraġ al-Iṣfahānī.

ʿAlī Efendī, conosciuto sotto il nome di Ćatālġawī, m. 1103/1691, giur. ḥanafita, gran muftī di Costantinopoli, aut. di una raccolta di "fatwà" (Krcsmárik, *Das Wakfrecht*, ZDMG, vol. 45, 1891, p. 528, n. 2).

ʿAlī aṣ-Ṣaʿīdī al-ʿAdawī: v. al-ʿAdawī ('A. b. A.).

ʿAlī az-Zaqqāq: v. az-Zaqqāq.

al-ʿAmaliyyāt al-ʿāmmah: v. as-Siġilmāsī (M. b. Abī 'l-Qā. b. M. al-Filālī).

Ameer Ali, aut. indiano sciita imāmita, m. 1928, noto per la sua apologia dell'Islām (*The Spirit of Islam*); citato qui per i suoi due volumi: *Mahomedan Law* (*Encicl. Italiana*, II, 1929, 830-831).

al-Āmidī (Sayf ad-dīn 'A. b. Abī 'A.), n. 551/1156, m. 631/1233, ḥanb., poi sciaf., autore d'un famoso trattato di "uṣūl al-fiqh" (Br., I, 393; id., *Suppl.*, I, 678).

Aqrab al-masālik: opera di ad-Dardīr (v. questo nome).

Aṣbaġ (Abū 'Abd Al. b. al-Faraġ b. Saʿīd b. Nāfiʿ), m. 225/839-40 (o nel 224); giur. malich., compagno o discepolo di Ibn al-Qāsim e di Ašhab, e specialmente legato a Ibn Wahb (IF, 97; ḪGS, I, p. XVI, ove alla nota 4 sono ricordati altri giuristi di questo nome).

Ašhab (Abū 'Umar Miskīn b. 'Abd al–'Azīz al–Qaysī), n. al Cairo nel 140/756–57 (o nel 150), m. 204/820, giur. compagno o discepolo di Mālik (IF., 98–99, 348; IḤ, n. 99 W. = 97 egiz.; ḤGS, I, p. XVI).

al–Awzā'ī ('Abd ar–R. b. 'Amr), m. 157/774; fondatore di una scuola o sistema di diritto che da lui prese il nome, ma non ebbe lunga durata (ḤGS, I, p. XVI; Br., *Suppl.*, I, 308).

al–Bāǵī (Abū 'l–Walīd Sul. b. Ḫalaf), n. 403/1013 e m. 474/1081, giur. malich. aut. di molte opere (BCE, 134; Br., I, 419; id., *Suppl.*, I, 743).

al–Bāǵūrī od al–Bayǵūrī (Ibr. b. M.), n. 1198/1783, m. 1277/1861, giur. sciaf. glossatore di molte opere, fra cui il *Fatḥ al–qarīb* di Ibn Qāsim al–Ġazzī (Br., II, 487; id., *Suppl.*, II, 335, 741, 744).

al–Balāḏurī (A. b. Ya.), m. 279/892, storico; sue opere più importanti il *Kitāb Futūḥ al–buldān* (sulle grandi conquiste arabe) ed il *Kitāb Ansāb al–ašrāf* (o *al–Aḫbār wa 'l–ansāb*), libro storico–genealogico (Br., I, 141; id., *Suppl.*, I, 216).

al–Bannānī (M. b. al–Ḥ.), m. 1173/1759–60, giur. malichita, aut. di glosse al commento di az–Zurqānī al *Muḫtaṣar* di Ḫalīl (Br., II, 84; id., *Suppl.*, II, 98, 355).

al–Bayḍāwī ('Abd Al. b. 'U.), m. 685 (?)/1286, sciaf., autore di un famoso commento al Corano (Br. I, 416; id., *Suppl.*, I, 738).

Bāz: v. Salīm Rustam.

al–Bazzāzī (M. b. M. al–Kardarī), m. 827/1424, ḥanafita, aut. della raccolta di "fatwà" intitolata *al–Ǵāmi' al–waǵīz* o *Fatāwà al–Kardarī* o *al–Fatāwà al–Bazzāziyyah* (Br., II, 225; id., *Suppl.*, 316).

al–Bazzāziyyah = al–Fatāwà al–Bazzāziyyah: v. al–Bazzāzī (M. b. M. al–Kardarī).

Ben Cheneb, forma francese per Muh. b. Abī Šanab, m. sulla fine del 1928 o al principio del 1929, autore algerino (Perès Henri, *La Litterature arabe et l'Islām par les textes, Les XIX^e et XX^e siècles*, Algeri 1938, p. 205).

al–Buḫārī (M. b. Ismā'īl), n. 194/810, m. 256/870, aut. della più famosa raccolta di tradizioni canoniche ("ḥadīṯ") Le citazioni sono fatte indicando il nome del libro (per es. *aymān*, *buyū'*) della collezione (detta *aṣ–Ṣaḥīḥ*) e quindi il numero del capitolo del libro stesso (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 157; id., *Suppl.*, I, 260; BCE, 46).

Burhān ad–dīn aṭ–Ṭarābulusī: v. aṭ–Ṭarābulusī.

al–Burzulī (Abū al–Qā. b. A. b. M.), giur. malich., discepolo di Ibn 'Arafah, m. a Tunisi nell'841/1438 (questa è la data esatta, come risulta dalla cronaca di az–Zarkašī, p. 226 della vers. Fagnan; altri meno bene 842/1438–39 o 843). (AB, 224; Br. II, 247, ove al–Birzālī è dovuto a confusione con il nome di altro giur. malich. più antico; esattamente lo stesso Br. nell'*Encycl. I.*, s. v. Burzulī; nel *Suppl.*, II, 34 e 347, permane una certa confusione; BCE, 261; ḤGS, I, p. XVI).

aḍ-Ḍabbī: v. al-Mufaḍḍal aḍ-Ḍabbī (b. M. b. Ya'là).

Dāmād, nome con cui era noto in Turchia il *Maǵma' al-anhur*, comm. di Šayḫ-zādah ('Abd ar-R. b. M., m. 1078/1667) al trattato di dir. ḥanaf. di Ibrāhīm al-Ḥalabī, *Multaqà al-abḥur*. Cf. II, 436, n. 230.

ad-Dardīr (A. b. M.), m. 1201/1786, giur. malich., autore fra l'altro di un commento al *Muḫtaṣar* di Ḫalīl e di un trattato elementare intitolato *Aqrab al-masālik*, ch'egli medesimo poi commentò. (Br., II, 353; id., *Suppl.*, II, 479; *CG*, n. 678, 692; ḪGS, I, p. X).

ad-Dasūqī (M. b. A. 'Arafah: per il cognome 'Arafah v. ḪGS, I, p. XVI), m. 1230/1815, giur. malich., aut., fra l'altro, di glosse al Commento di ad-Dardīr al *Muḫtaṣar* di Ḫalīl (Br., II, 84, 485; id., *Suppl.*, II, 737; ḪGS, I, p. XVI).

Dāwūd b. 'A. b. Ḫalaf, n. 200/815, m. ramaḍān 270/884, fondatore della scuola di diritto detta *Ẓāhiriyyah*, ora da qualche secolo estinta (*Encycl. I.*, s. v.; Goldziher, *Die Ẓāhiriten*, Leipzig, 1884; Br., *Suppl.*, I, 312).

ad-Dimašqī (Abū 'l-Faḍl Ǵa'far b. 'A.), vissuto in epoca imprecisata, autore del libro *al-Išārah ilà maḥāsin aṯ-tiǵārah*, di incitamento al commercio (*Der Islam*, VII, 1917, p. 2-3; Br., *Suppl.*, I, 907).

ad-Dimašqī (Ṣadr ad-dīn M. b. 'Abd ar-R.) al-Ḫayḍarī, m. 870/1465, sciaf., aut. del libro intitolato *Raḥmat al-ummah fī iḫtilāf al-a'immah* sulle discrepanze fra le quattro scuole ortodosse (Br., II, 97; id., *Suppl.*, II, 107).

Dīwān Huḏayl, raccolta delle poesie dei poeti delle tribù Huḏayl fatta da as-Sukkarī verso il 275/888 (Br., I, 20; id., *Suppl.*, I, 42).

ad-Durr al-muḫtār: v. al-Ḥaṣkafī.

Fatāwà Hindiyyah = Fatāwà 'Ālamkīriyyah, famosa raccolta di diritto ḥanafita, fatta fare dal Sultano indiano Awrangzeb 'Ālamkīrī (Br., II, 417; id., *Suppl.*, II, 604).

Fatḥ al-Mu'īn: v. al-Malēbārī.

Fatḥ al-Qarīb: v. Ibn Qāsim al-Ġazzī.

Fatḥī (Maḥmūd) = Mahmoud Fathy, aut. moderno: v. quest'opera I, p. XII.

Fathy: v. Fatḥī.

Ǵāmi' al-fuṣūlayni [1]: trattato ḥanafita sui negozi giuridici (*mu'āmalāt*), composto dal ḥanaf. Badr ad-dīn Maḥmūd b. Ismā'īl detto Qāḍī Simāwnah, m. 818/1415 (Br. II, 224-225; id., *Suppl.*, II, 314).

al-Ǵāmi' aṣ-ṣaġīr: v. Muḥammad aš-Šaybānī.

al-Ġazālī (o al-Ġazzālī) (Abū Ḥāmid M. b. M.), m. 505/1111, celebre scrittore musulmano di teologia, mistica, diritto, filosofia ecc. (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 419; id., *Suppl.*, I, 744).

---

[1] *G. al-uṣūlayni* in II, 159 è errore di stampa.

al-Ġubrīnī (Abū al-'Abbās A. b. A.), n. 644/1246, m. 714/1315, autore di una raccolta di biografie di dotti di Biǵāyah (= Bugia) (Br. II, 239; id., *Suppl.*, II, 337).

al-Ġurǵānī ('A. b. M. detto as-Sayyid aš-Šarīf), n. 740/1339, m. 816/1413, dotto sciaf., autore d'opere filosofiche, teologiche ecc., fra le quali le *Ta'rifāt* o Definizioni di termini tecnici (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 216; id., *Suppl.*, II, 305; BCE, 216).

al-Ḥaffār (Abū 'Abd Al. M. b. 'A. b. al-Ḥaffār), giur. malich. e tradiz. spagnuolo, maestro di Ibn Marzūq (m. 842/1439) (Wa, II, 34, n. 3; Belkacem el-Hafnaoui, Alger, 1907, p. 131; al-Maqqarī, *Nafḥ aṭ-ṭīb*, ed. Dozy, I, p. 936).

Ḫalīl b. Isḥāq, m. 767/1365, data più plausibile, o 776/1374, giur. malich. di Egitto, aut. di varie opere fra cui più famoso l'*al-Muḫtaṣar* o «Compendio» di dir. malich. (ḪGS, I, p. VII sgg.; BCE, 293; Br., II, 83; id., *Suppl.*, 96).

al-Ḥamawī (A. b. M.), m. 1090/1679, aut. di glosse e commenti a testi ḥanafiti; citato qui per il suo commento a Ibn Nuǵaym (v.).

al-Ḥalabī: v. Ibrāhīm al-Ḥalabī.

al-Ḫarašī: v. al-Ḫiršī.

al-Ḥasan al-Baṣrī (b. Abī 'l-Ḥ.), eminente teologo del I secolo dell'Egira, n. 21/642, m. 110/728 (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 66; id., *Suppl.*, I, 102).

al-Ḥaṣkafī (M. b. 'A.), m. 1088/1677, aut. dell'*ad-Durr al-muḫtār*, commento al *Tanwīr al-abṣār* di M. b. 'Al. at-Timurtāšī, che è un compendio di diritto ḥanaf. Per le glosse a questo v. Ibn 'Ābidīn (Br., II, 311; id., *Suppl.*, II, 428).

al-Ḫaṣṣāf (Abū Bakr A. b. 'U. aš-Šaybānī), m. 261/874-75, giur. ḥanaf. (Br. I, 173; id., *Suppl.*, I, 292).

Ḫātim aṭ-Ṭā'ī, poeta arabo dell'età preislamica (Br., I, 26 sg.; id., *Suppl.*, I, 55).

al-Ḫāwī[1], ossia *al-Ḫāwī al-Qudsī*, trattato ḥanafita di dogmatica, metodologia giuridica ("uṣūl al-fiqh") e diritto positivo, del "qāḍī" A. b. M. al-Ġaznawī, m. ad Aleppo 593/1196-98 (Br., I, 378; id., *Suppl.*, I, 649).

Ḫayr ar-Ramlī = Ḫayr ad-dīn b. A. b. 'A. al-Fārūqī ar-Ramlī[2], m. 1081/1671, giur. ḥanaf. egiziano, le cui "fatwà" furono raccolte dal figlio col titolo di *al-Fatāwà al-ḫayriyyah* (Br., II, 314; id., *Suppl.*, II, 432).

al-Hidāyah: = commento di al-Marġīnānī ('A. b. a. Bakr) alla propria opera *Bidāyat al-mubtadi'*: v. al-Marġīnānī.

---

[1] Citato II, 2 nota 3 e 13 nota 50, attraverso Ibn Nuǵaym.

[2] Menzionato II, 426, nota 183, erroneamente, come citato in Adda et Ghalioungui, p. 35 n, 73: è probabile che il riferimento vada fatto al *Radd al-muḫtār* menzionato prima,

Hilāl, giur. ḥanaf., discepolo di Abū Yūsuf scolaro d'Abū Ḥanīfah, m. 245/859–860.

al-Ḥiršī (Abū 'Abd Al. M.), m. 1101/1689, aut. di due commenti, grande e piccolo, all'*al-Muḫtaṣar* di Ḫalīl (Br., II, 318; id., *Suppl.*, II, 438; ḪGS, I, p. X).

Ḥuṣūl al-ma'mūl: v. Ṣiddīq Ḥasan Ḫān.

al-Ḥuṭay'ah, poeta satirico, m. 30/650 (Br., I, 41; id., *Suppl.*, I, 70).

Ibn 'Abd an-Nūr (Abū 'l-Qā. b. 'Abd an-Nūr al-Burzulī) (*CG*, p. 360, n. 1333).

Ibn 'Abd as-Salām: v. Saḥnūn.

Ibn Abī Zayd = 'Abd Al. M. b. Abī Zayd 'Abd ar-R. al-Marrākušī, giur. marocchino, n. 1326 Cr., e m. 1399 Cr. (Wa, I, 291).

Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī (Abū M. 'Abd Al.), n. 316/928, m. 386/996 (la data del Br., è così fissata nel *Suppl.*), giur. malich., aut. di una *Risālah* o trattatello di diritto malich. (IF, 136; BCE, n. 322; Br., I, 177; id., *Suppl.*, I, 301).

Ibn 'Ābidīn (M. Amīn 'Ābidīn b. 'Umar 'Ābidīn), m. a Damasco 1252/1836, il più illustre giur. ḥanaf. dei sec. XVIII–XIX, autore, fra l'altro, del *Radd al-muḫtār*, commento all'*ad-Durr al-muḫtār* d'al-Ḥaṣkafī (Br., II, 196, 311; *Encicl. Italiana*, XVIII, 1933, p. 679, 680).

Ibn 'Allāq (Abū 'Abd Al.), m. 842/1438, giur. malich. e tradiz. spagnuolo, contemporaneo di Ibn Marzūq (Belkacem El-Hafnaoui ben Cheikh, *Biographies des Savants musulmans de l'Algérie*, Alger, 1907, p. 131; Wa, II, 279, n. 1).

Ibn 'Arafah (M. b. M. al-Warġammī), n. nel 716/1316–17, non nel 710, m. 803/1400, giur. malich., aut. di un libro di definizioni giuridiche' (IF, 337; AB, 274; Br., II, 247; id., *Suppl.*, II, 347; BCE, n. 267; ḪGS, I, p. XVII).

Ibn 'Asākir ('A. b. al-Ḥ. b. Hibat Allāh), m. 571/1176, tradizionista e storico della Siria (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 331; id., *Suppl.*, 566).

Ibn 'Āṣim (Abū Bakr M. b. M. al-Mālikī), n. 760/1359, m. 829/1426, malich., gran " qāḍī " di Granata, aut. del poemetto didattico intitolato *al-'Āṣimiyyah* oppure *Tuḥfat al-ḥukkām fī nukat al-'uqūd wa 'l-aḥkām* (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 264; id., *Suppl.*, II, 375).

Ibn al-Aṯīr (Maġd ad-dīn Abū as-Sa'ādāt al-Mubārak), n. 544/1149, m. 606/1209, dotto in esegesi coranica, in "ḥadīṯ" ed in grammatica, aut., fra l'altro, del *Kitāb an-Nihāyah fī ġarīb al-ḥadīṯ wa 'l-aṯar*, che è un vocabolario dei vocaboli alquanto rari ricorrenti nei "ḥadīṯ" (Br., I, 357; id., *Suppl.*, I, 607) [1].

Ibn 'Attāb (Abū 'Abd Al. M. b. Muḥsin), n. 383/994, m. 462/1069, giur. malich. [2] (IF, 274; BCE, n. 276, ḪGS, p. I, XVII).

---

[1] La citazione in II, 560, n. 46, si riferisce invece agli *Annali* del fratello 'Izz ad-dīn 'A. b. M. b. M. Ibn al-Aṯīr, ed. Tornberg, Upsala-Leida, 1851–1876.

[2] Si deve trattare di questo Ibn 'Attāb, non d'altri, perchè alle volte è citato insieme con Ibn al-Qaṭṭān che era " muftī " con lui.

Ibn al-Faḫḫār (M. b. 'U. Abū 'Abd Al.), m. 419/1028, giur. malich. di Cordova (IF, 271; ḤGS, I, p. XVII, n. 10; Wa, II, 208, nota 1);

Altro: Abū Bakr M. b. 'A., m. 723/1323 (IF, 303; Br., I, 178; ḤGS, I, p. XVII).

Ibn Farḥūn (Ibr. b. 'A.), m. 799/1397, giur. malich., aut. anche d'un dizionario biografico dei giur. malich. intitolato: *Kitāb ad-Dībāǧ al-muḏahhab* (o *al-muḏhab*) *fī ma'rifat a'yān 'ulamā' al-maḏhab* (v. per il titolo di quest'opera ḤGS, p. XVII, n. 11) e della *Tabṣirat al-ḥukkām*, prontuario di procedura ed atti giudiziari (AB, 30; Br., II, 263; id., *Suppl.*, II, 226; ḤGS, I, p. XVII).

Ibn Ġāzī (Abū 'Abd Al. M. b. A.), m. 919/1513, giur. malich. marocchino (AB 333; Br. II, 240; id., *Suppl.*, II, 337; BCE, n. 52; ḤGS, I, p. XVII).

Ibn Ḥabīb ('Abd al-Malik Abū Marwān), m. 238/853 (o 239), giur. malich. (IF, 154; ḤGS, I, p. XVII; Br., I, 149 sg.; id., *Suppl.*, I, 231).

Ibn Ḥaffār in I, 382 (303), nota 329, è errore per al-Ḥaffār.

Ibn al-Ḥāǧǧ, autore di "fatwà", contemporaneo di Ibn Rušd *senior*; sarebbe morto nel 529 (Wa, II, 9, nota 2, *ibidem* bibliografia).

Ibn al-Hāǧǧ (M. b. M.) al-'Abdarī, m. 737/1336, malich., aut. del *Madḫal aš-šar' aš-šarīf* contro le innovazioni e gli usi biasimevoli (Br., II, 83; id., *Suppl.*, II, 95).

Ibn al-Ḥāǧib (Ǧamāl ad-dīn Abū 'Amr 'Utmān b. 'U.), m. 646/1249, filologo e giur. malich. (Br., I, 303; id., *Suppl.*, I, 531; BCE, 191).

Ibn Ḫaldūn ('Abd ar. R.), m. 808/1406, giur. malich., famoso storico aut. d'una storia universale (*al-'Ibar wa dīwān al-mubtada'* ecc.), il cui I volume è costituito dalla *al-Muqaddimah* o Prolegomeni filosofici-sociologici alla storia (*Encycl. I.*, s. v. Ibn Khaldūn; Br., II, 244-245; id., *Suppl.*, II, 342).

Ibn Kinānah, m. 185 o 186/801 o 802, discepolo di Mālik.

Altro: Faraǧ b. Kinānah al-Kinānī, giur. malich., discepolo di Ibn al-Qāsim e Ibn Wahb, "qāḍī" a Cordova dal 198 al 200/813-815 (Wa, II, 100, nota 1).

Ibn Lubābah (M. b. 'U.), giur. malich. di Cordova, n. nel 225/839 e m. 314/926 (Ibn al-Faraḍī, ed. Codera, I, 333, nr. 1187; Wa, II, 36, n. 1).

Altro: suo nipote e discepolo M. b. Ya., m. nel 336/947-948 (IF, 251; ḤGS I, p. XVIII).

n Lubb al-Ġarnāṭī (Faraǧ b. Qā. b. A.), m. 782/1380-1381, giur. malich. di Granata (IF, 220; AB, 219-220; BCE, n. 353; Br., II, 259; id., *Suppl.*, II, 371).

Ibn Māǧah (Abū 'Abd Al. M. b. Yazīd) al-Qazwīnī, m. 273/886, aut. di una delle sei raccolte canoniche di "ḥadīṯ" (IḤ, ed. Wüstenfeld, n. 625, egiz. 586; Br., I. 163; id., *Suppl.*, I, 270; BCE, n. 152).

Ibn al-Māǧišūn (Abū Marwān 'Abd al-Malik b. 'Abd al-'Azīz), discepolo di Mālik, m. 212/827-28 (o 213 o 214). Anche il padre 'Abd al-'Azīz era un egregio giur., m. 164/780-781 (IF, 153; ḤGS, I, p. XVIII).

Ibn Manẓūr (M. b. Mukarram), m. 711/1311; filologo, aut. del grande dizionario *Lisān al-'Arab*. In II, 110, nota 422 (da Wanšarīsī, XIII, 34) se ne parla

come d'un giurista; d'altronde il suddetto filologo fu anche per un certo tempo "qāḍī" (Br., II, 21; id., *Suppl.*, II, 14).

Ibn Marzūq (Abū 'l-Faḍl M. b. A.), n. a Tlemcen (Tilimsān) nel 766/1364 e m. ivi nell'842/1439; aut. di numerose opere, fra cui un commento dell'*al-Muḫtaṣar* di Ḫalīl (Br., II, 84; id., *Suppl.*, II, 97 e 345; BCE, n. 58; ḤGS, I, p. XVIII);

Altro giur. di questo nome: M. b. A., m. 781/1379 (BCE, n. 212; ḤGS, I, p. XVIII, n. 13).

Ibn al-Mawwāz (M. b. Ibr.) al-Iskandarī, n. 180/796-797, m. 269/882-883 o 281/894 (?) (IF, 232; Br., I, 177 (l. al-Mawwāz); id., *Suppl.*, I, 300; ḤGS, I, p. XVIII).

Altro giur. di questo nome: M. b. Sa'īd, m. c. il 275/888 (IF, 265; ḤGS, I, p. XVIII, n. 14).

Ibn Moussa el-Imam: v. Ibn Mūsà al-Imām.

Ibn Muġīṯ = A. b. Muġīṯ b. A. b. Muġīṯ aṣ-Ṣadafī aṭ-Ṭulayṭilī (di Toledo), m. 459/1067, giur. malich., aut. d'un formulario di atti notarili, tradotto in spagnuolo da S. Vila, Madrid 1931 (Ibn Baškuwāl, ed. Codera, nr. 122; Sojutii, *Liber de interpretibus Korani*, ed. Meursinge, Leida 1839, nr. 17; IF, 40; Br., *Suppl.*, I, 664 ?).

Ibn Mūsà al-Imām, malich., aut. d'un opuscolo tradotto dal Barbier col titolo: *Des droits et des obligations entre propriétaires voisins*, Alger 1901 (estr. dalla *Revue Algérienne*).

Ibn al-Musayyib (Sa'īd), m. 91/709-710 o 95 o in un anno fra questi due, tradiz. e giur. medinese (IḤ, ed. Wüstenfeld, I, p. 290).

Ibn al-Mutafanninah[1] (M. b. 'A.) ar-Raḥbī, m. 579/1183, sciafiita, aut. di un poemetto sul diritto ereditario detto *ar-Raḥbiyyah* (Br., I, 391; id., *Suppl.*, I, 675).

Ibn Nāfi': v. Aṣbaġ.

Ibn Nāġī (Abū al-Faḍl e Abū al-Qā. Qā. b. 'Īsà), m. 837/1433-1434, malich., aut. di commenti alla *Risālah* di Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī, alla *al-Mudawwanah* ecc., e d'un dizionario biografico dei personaggi notevoli d'al-Qayrawān (BCE, n. 264; Br., II, 239 inesatto; id., *Suppl.*, II, 337; C. A. Nallino nella *Riv. Studi Orientali*, II, 1908-1909, p. 460-461).

Ibn Nuġaym (Zayn al-'Ābidīn 'U. b. Ibr.), m. 970/1562, eminente giur. ḥanaf. egiziano, aut. di varie opere fra cui il *Kitāb al-ašbāh wa 'n-naẓā'ir* che ha avuto vari commenti e glosse fra cui quelle di al-Ḥamawī (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 310; id., *Suppl.*, II, 425).

Ibn al-Qābisī: v. al-Qābisī.

Ibn al-Qāsim ('Abd ar-R.), m. 191/806; il più ragguardevole discepolo di Mālik, aut. di quei responsi giuridici che furono raccolti da Saḥnūn nella *al-Mudaw-*

[1] Spesso storpiato da scrittori arabi ed europei in al-Mutaqqinah (p. es., in Ahlwardt, Br. ecc.).

wanah (IF, 146; Br. I, 176; id., *Suppl.*, I, 299; BCE, 2, 282; ḤGS, I, p. XVIII, e p. 2, nota 3).

Ibn Qāsim al-Ġazzī (M.), m. 981/1572, sciafiita, aut. del *Fatḥ al-qarīb* commento al compendio di diritto di Abū Šuǵā' (A. b. al-Ḥ.) al-Iṣfahānī (vissuto alla fine del VI sec. dell'Egira) (Br., I, 392; II, 320; id., *Suppl.*, II, 440).

Ibn al-Qutaybah (Abū M. 'Abd Al. b. Muslim), m. 276/889 o 270 o 271; famoso scrittore arabo le cui opere riguardano filosofia, letteratura, storia ecc. (Br., I, 120; id., *Suppl.*, I, 184).

Ibn ar-Raḥḥāl al-Ma'danī (al-H.), m. 1140/1728, giur. malich. marocchino, glossatore del commento di Mayyārah alla *Tuḥfah* d'Ibn 'Āṣim (Br., *Suppl.*, II, 696).

Ibn Rāšid (M. b. 'Abd Al. al-Qafṣī), m. a Tunisi 736/1335-36, malich., commentatore, fra l'altro, del *Muḫtaṣar* di Ibn al-Ḥāǵib (ḤGS, I, p. XVIII; AB, 235-236; Br., *Suppl.*, II, 963, 1041).

Ibn Rušd (M. b. A.), m. 520/1126, "qāḍī" di Cordova, malich.; fra le sue opere principali sono le *al-Muqaddimāt*. Fu l'avo del famoso filosofo suo omonimo, Averroè. (Br., I, 384; id., *Suppl.*, I, 662; BCE, n. 277; ḤGS, I, p. XVIII e 2, nota 6).

Ibn Rušd al-ḥafīd (Abū 'l-Walīd M. b. A.), m. 595/1198, giur. malich. e famoso filosofo = Averroè (Br., I, 461; id., *Suppl.*, I, 833; BCE, 329 ecc.; *Encycl. I.*, s. v.).

Ibn Sa'd (Abū 'Abd Al. M.), m. 230/845, aut. del famoso libro biografico di Maometto, dei Compagni di Maometto e dei discepoli dei Compagni intitolato *aṭ-Ṭabaqāt* (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 136; id., *Suppl.*, I, 208).

Ibn aṣ-Ṣā'iġ (M. b. 'Abd ar-R. b. 'A.), detto Šams ad-dīn b. aṣ-Ṣā'iġ, m. 776/1375, giur. ḥanaf. egiziano e filologo (Br., II, 25; id., *Suppl.* II, 21).

Ibn Salāmah b. Naṣr (Abū al-Qā. Hibat Allāh), m. a Baġdād 410/1019-20, noto per la sua opera *an-Nāsiḫ wa 'l-mansūḫ fī 'l-Qur'ān* (sui versetti abroganti e abrogati del Corano) (Br., I, 192; id., *Suppl.*, I, 335).

Ibn Salmūn = Abū 'l-Qā. b. Salmūn b. 'A. b. 'Abd Al. al-Kinānī al-Bayyāsī, m. 767/1365, giur. malich. da Granata (Br., II, 264; id., *Suppl.*, II, 374; ḤGS I, p. XVIII).

Ibn Sarrāǵ, m. 476/1064, giudice supremo malich. a Cordova.

Ibn Ša's (Ǵalāl ad-dīn Abū M. 'Abd Al. b. Naǵm), m. 610/1213, giur. malich. d'Egitto (BCE, 332; Br., *Suppl.*, I, 338).

Ibn Sīnā (Abū 'A. al-Ḥu. b. 'Abd Al.) = Avicenna, n. 370/980, m. 428/1037, filosofo e scienziato famosissimo (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 453; id., *Suppl.*, I, 812).

Ibn Sīrīn (M.), m. 110/728, tradizionista (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 65; id., *Suppl.*, I, p. 102).

Ibn Ṭalḥah (cit. II, 562, n. 59 e altrove): è 'Abd Al. b. Ṭalḥah b. M. b. 'Abd Al. al-Yāburī al-Andalusī, m. alla Mecca 523/1129, giur. malich. (Yāqūt, *Geogr. Wörterb.*, IV, 1000, ove è la data della morte mancante in altre fonti).

Ibn Taymiyyah (Taqī ad-dīn A. b. 'Abd al-Ḥalīm), n. 661/1263, m. 728/1328, famoso teologo e giur. ḥanbalita (Br., II, 100; id., *Suppl.*, II, 119; *Encycl. I.*, s. v.; *Enicl. Italiana*, XVIII, 1933, p. 683/684).

Ibn Tūmart (M., detto al-Mahdī), m. 524/1129-30 o 522/1128, celebre riformatore musulmano del Marocco, il cui movimento portò alla fondazione dell'impero degli Almohadi (*Encycl. I.*, s. v.; *Enicl. Italiana*, XVIII, 1933, p. 685; Br., I, 400; id., *Suppl.*, I, 697).

Ibn Yūnus (Abū Bakr M. b. 'Abd Al.), m. 451/1059, autorevolissimo giur. malich. (ḤGS, I, p. XVIII e 2, nota 5).

Ibn Zarb (Abū Bakr M. b. Yabqà), m. 381/991 (ḤGS, I, p. XVIII, ove si osserva che la data di morte in IF, 268, è errata).

Ibrāhīm, in II, 141, è Ibrāhīm an-Naḫa'ī (b. Yazīd b. al-Aswad), come risulta da al-Qasṭallānī (ed. Būlāq 1285 eg., IV, 26) su quel passo d'al-Buḫārī. Ibr. morì nel 96/714-15 o 95/713-14 (IḪ, n. I).

Ibrāhīm al-Ḥalabī = Burhān ad-dīn Ibr. b. Muḥ. b. Ibr., m. 956/1549, giur. ḥanaf., aut. del celebre manuale *Multaqà al-abḥur* liberamente tradotto dal D'Ohsson (Br., II, 432; id., *Suppl.*, II, 642).

al-Īǵī ('Aḍud ad-dīn 'Abd ar-R. b. A.), m. 756/1355-56, famoso giur. sciaf. e teologo (Br., II, 208; id., *Suppl.*, II, 287; BCE, 217).

'Ilayš[1] (M. b. A.) m. 1299/1881-82, giur. malich. (Br. II, 288, 384; Br., *Suppl.*, II, 738).

'Iyāḍ b. Mūsà al-Yaḥṣubī, m. 544/1149, famoso "qāḍī" malich. di Cordova, aut. dell'*aš-Šifā' bi-ta'rīf ḥuqūq al-Muṣṭafà*, scritto per esaltare Maometto (IF, 168; Br., I, 369; id., *Suppl.*, I. 630; BCE, n. 90; ḤGS, I, p. XIX).

Kanz al-'ummāl: opera di 'Alā' ad-dīn 'A. b. Ḥusām ad-dīn 'Abd al-Malik al-Muttaqī al-Hindī, m. 975/1567-68; è una enorme raccolta di "ḥadīṯ" (Br., II, 384; id., *Suppl.*, II, 519).

Kašf al-ġummah 'an Ǵamī' al-ummah: opera di aš-Ša'rānī (v.).

Kitāb al-Umm: opera d'aš-Šāfi'ī (v.).

Lisān al-'Arab: opera d'Ibn Manẓūr (v.).

al-Laḫmī (Abū al-Ḥ. 'A. b. M.), m. a Sfax nel 478/1085, giur. malich. d'al-Qayrawān, commentatore dell'*al-Mudawwanah* (IF, 203, ove è per errore 498 in luogo di 478; Br., I, 383; ḤGS, I, p. XIX e 2).

Lāmiyyat az-Zaqqāq: poemetto giuridico d'az-Zaqqāq (v.).

---

[1] Pronunzia dialettale; più correttamente 'Ulayš.

al-Laqānī: vari giureconsulti sono noti con questa "nisbah":

1. (Ibr. b. Ibr.), m. 1041/1631 (Br., II, 316; id., *Suppl.*, II, 436);
2. il figlio 'Abd as-Salām, m. 1078/1668 (Br., II, 307; id., *Suppl.*, II, 419);
3. M. b. Ḥ. Šams ad-dīn, m. 935/1528 (BCE, n. 49; Br., *Suppl.*, II, 435);
4. Nāṣir ad-dīn, m. 958/1551 (BCE, n. 50; AB, 335; ḤGS, I, p. XIX e nota 20).

al-Mabsūṭ: opera d'as-Saraḫsī (v.).

al-Maǧallah, in turco *Meǧelle*, propriamente *Maǧallat al-aḥkām al-'adliyyah*: codice ottomano del diritto patrimoniale e della procedura secondo la scuola ḥanafita, composto fra il 1869 e il 1876 (*Encycl. I.*, s. v. Medjelle; *Enciclopedia italiana*, XXII, 1934, 778).

Maǧma' al-anhur, titolo del commento di Šayḫzādah (v.) al trattato ḥanaf. *Multaqà al-abḥur* di Ibr. al-Ḥalabī (v.).

al-Malēbārī (Zayn ad-dīn b. 'Abd al-'Azīz), m. nel 928/1522, giur. sciaf., aut. del *Qurrat al-'ayn* su cui egli stesso compose un commento dal titolo *Fatḥ al-mu'īn* (Br., II, 417; id., *Suppl.*, II, 604).

Mālik b. Anas, n. a Medina nel 97/715, m. 179/795, famoso giur. fondatore della scuola malich.; il suo insegnamento è rappresentato dal suo *al-Muwaṭṭa'* e, in modo più completo, dall'*al-Mudawwanah* di Saḫnūn (Br., I, 175; id., *Suppl.*, I, 297; BCE, n. 129; ḤGS, I, p. VI).

al-Maqrīzī (Abū 'l-'Abbās A. b. 'A.), n. 766/1364, m. 845/1442, famoso storico dell'Egitto e biografo (Br., II, 38; id., *Suppl.*, II, 36).

al-Marġinānī (A. b. a. Bakr), m. 593/1197, giur. ḥanaf., autore del trattato *Bidāyat al-mubtadi'*, cui egli stesso redasse il commento intitolato *al-Hidāyah* (Br. I, 376; id., *Suppl.*, I, 644).

al-Marrāqušī (M. b. Abī Zayd 'Abd ar-R.), n. 726/1326, vivente nell'801/1399, giur. malich. (Br., *Suppl.*, II, 347).

al-Mašaddālī od al-Mašaḍḍālī (Abū 'l-Faḍl M. b. M.), maġribino malich., n. 821/1418, m. ad Aleppo 865/1460-61.

al-Mattīṭī ('A. b. 'Abd Al. Abū 'l-Ḥ., m. 570/1175, giur. malich. (AB, 199; ḤGS, I, p. XIX).

al-Mawāqif: opera teologica d'al-Īǧī (v.).

al-Māwardī (Abū al-H. 'A. b. M.), m. 450/1058, giur. sciaf., la cui opera più celebre è il *Kitāb al-Aḥkām as-sulṭāniyyah*, testo di diritto pubblico (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 386; id., *Suppl.*, I, 668).

al-Mawwāq (Abū 'Abd Al. M. b. Yū.), m. 897/1492, il più dotto giurista di Granata al tempo della conquista cristiana (BCE, 68; Br., *Suppl.*, II, 375).

Mayyārah (M. b. A. al-Fāsī), m. 1051/1641-42, giur. malich. che, fra l'altro, commentò la *Tuḥfah* d'Ibn 'Āsim (Br., II, 264, 461; id., *Suppl.*, II, 336).

al-Māzarī (Abū 'Abd Al. M. b. 'A.), di Mazara in Sicilia, m. 536/1141, giur. malich., discepolo di al-Laḫmī (IF, 279; ḤGS, I, p. XIX e n. 7).

al-'Māzūniyyah: v. Abū 'Imrān (?).

Minhāg = Minhāǵ aṭ-ṭālibīn: opera d'an-Nawawī (v.).

al-Mi'yār, opera d'al-Wanšarīsī (v.).

al-Mi'yār al-ǵadīd, raccolta moderna marocchina di "fatwà" malichite.

al-Mudawwanah al-kubrà: opera di Saḥnūn riproducente gli insegnamenti orali dati da Mālik ad Ibn al-Qāsim (ḤGS, I, 2, n. 3; Br., I, 177; id., *Suppl.*, I, 299).

al-Mufaḍḍal aḍ-Ḍabbī (b. M. b. Ya'là), n. in al-Kūfah, m. 170/786; filologo aut. di una antologia di poesie famose intitolata *al-Mufaḍḍaliyyāt* e di un libro di proverbi (Br., I, 19, 116; id., *Suppl.*, I, 36).

al-Muġīrah b. 'Abd ar-R. al-Maḫzūmī, n. 124/741-42, m. 188/804 (o nel 186) (IF, 347; ḤGS, I, p. XIX).

Muḥammaḍ, il famoso Ḥanaf.: v. Muḥammad aš-Šaybānī.

Muḥammad 'Abduh, n. 1849, m. 1905, teologo modernista temperato dell'Egitto.

Muḥammad al-Bannānī: v. al-Bannānī.

Muḥammad aš-Šaybānī (b. al-Ḥ.), n. 132/749, m. 189/804, giur. ḥanaf., uno dei due famosi scolari di Abū Ḥanīfah (Br., I, 171; id., *Suppl.*, I, 288).

Muḥammad Ṣiddīq Ḥasan: v. Ṣiddīq Ḥasan Ḫān.

Multaqà al-abḥur: opera di Ibrāhīm al-Ḥalabī (v.).

al-Muqaddasī o, meglio, al-Maqdisī (M. b. A. al-Baššārī detto Ibn al-Bannā'), geografo che scriveva nel 375/985-86 (Br., I, 230; id., *Suppl.*, 410).

Muršid al-ḥayrān: codificazione privata del diritto patrimoniale ḥanaf. fatta in Egitto da M. Qadrī, m. 1306/1888-89 (v.).

Murtaḍà al-Ḥusaynī (Abū 'l-Fā'iḍ M. b. M.) az-Zabīdī, n. 1145/1732-33, m. 1205/1791, famoso aut. del grande dizionario *Tāǵ al-'arūs* e di molte altre opere sulla filologia, tradizionistica, diritto ecc. (BCE, 236; Br. II, 287; id., *Suppl.*, II, 398).

Muslim (Abū 'l-Ḥu. Muslim b. al-Ḥaǵǵāǵ), n. 202/817 o 206, m. 261/875, famoso aut. di una delle sei raccolte canoniche di "ḥadīṯ" (Br., I, 160; id., *Suppl.*, I, 265; BCE, 112).

Muṭarrif b. 'Abd Al., n. 137/754, m. 220/835, giur. malich., nipote di Mālik (IF, 345; ḤGS, I, p. XIX).

al-Muwaṭṭa': è l'opera fondamentale giuridica di Mālik b. Anas (ḤGS, I, p. VI; Br., I, 175; id., *Suppl.*, I, 297).

al-Muzanī (Ismā'īl b. Yaḥyà), n. 175/794 in Egitto, m. ivi 264/877-78, giur. sciaf., famoso discepolo d'aš-Šāfi'ī (Br., I, 180; id., *Suppl.*, I, 305).

an-Nasafī. Numerosi sono i dotti di questo nome, ma sembra che il nome dell'aut., il quale ha composto più di cento opere sul diritto, l'esegesi coranica ecc., sia Naǵm ad-dīn Abū Ḥafṣ 'U. b. M., n. 461/1068-69 o 462 e m. 537/1143 (Br. I, 427; id., *Suppl.*, I, 758; BCE, 219).

an-Nasā'ī (Abū 'Abd ar-R. A. b. 'A.), n. 215/830, m. 303/915 o 302, aut. di una delle sei raccolte canoniche di tradizioni (BCE, 146; Br.. I, 162; id., *Suppl.*, I, 269).

an-Nāṣirī (A. b. Ḫālid), n. 1250/1835, m. 1315/1897, aut., fra l'altro, del libro *al-Istiqṣā' li-aḫbār duwal al-Maġrib al-aqṣà* (storia delle dinastie del Marocco; Br., II, 510; id., *Suppl.*, II, 888).

an-Nawawī (Abū Zakariyyā' Ya. b. Šaraf), n. 631/1233, m. 676/1278, noto tradiz. e giur. sciaf., aut. di varie opere fra cui il *Minhāǵ aṭ-ṭālibīn*, manuale di diritto ed il grosso commento al *Ṣaḥīḥ* (raccolta di tradizioni canoniche) di Muslim (Br., I, 394; id., *Suppl.*, I, 680; BCE, 165).

an-Nihāyah: v. Ibn al-Aṯīr (Maǵd ad-dīn etc.).

an-Nīsābūrī (al-Ḥ. b. M.), m. 406/1015, sciaf. (Br., I, 156, 191; id., *Suppl.*, 254).

al-Qābisī o Ibn al-Qābisī (Abū 'l-Ḥ. 'A. b.M.), m. 403/1012, giur. malich., discepolo di ad-Dabbāġ (IF, 199; ḤGS, I, p. XIX; Br., *Suppl.*, I, 277).

Qāḍī Ḫān (al-Ḥ. b. Manṣūr). m. 592/1196, aut. di una raccolta di "fatwà" ḥanaf. (Br., I, 376; id., *Suppl.*, I, 643).

Qāḍī Simawnah (Badr ad-dīn Maḥmūd b. Ismā'īl), m. 818/1415, giur. ḥanaf. (Br.. II, 224; id., *Suppl.*, II, 314).

Qadrī (M.), m. 1306/1888-89, giur. ḥanaf., autore della codificazione privata del diritto patrimoniale ḥanaf. intitolata *Muršid al-ḥayrān* (Br., *Suppl.*, II, 740).

al-Qalšānī (Abū Ḥafṣ 'U. b. M.), n. 773/1371-72, m. 847/1443-44, giur., malich. tunisino (Wa, II, 530; Belkacem El-Hafnâouî, op. cit., I, 65).

al-Qarāfī (A. b. Idrīs Šihāb ad-dīn aṣ-Ṣanhāǵī), m. 684/1285, giur. malich. (IF, 62; Br., I, 385; id., *Suppl.*, I, 665).

al-Qarawī (Abū M. 'Abd al-'Azīz b. M. al-Fāsī), m. 750/1349-50, giur. malich. (BCE, 269).

al-Qasṭallānī (Abū 'l-'Abbās A. b.M.), n. 851/1448, m. 923/1517, sciaf., predicatore e tradiz., noto sopratutto per il suo commento al *Ṣaḥīḥ* di al-Buḫārī (Br., II, 73; id., *Suppl.*, II, 78; BCE, 81).

Qatādah b. Di'āmah, n. 60/679-80, m. 117/735-36 o 118, commentatore del Corano e raccoglitore di notizie storiche, genealogiche ecc. (IḪ, n. 553 Wüst. = 514 egiz.).

al-Qayrawānī: v. Ibn Abī Zayd al-Qayrawānī.

al-Qudūrī (A. b. M.), n. 362/972, m. 428/1036, aut. di un manuale di diritto ḥanaf. (Br., I, 174; id., *Suppl.*, I, 295).

ar-Rabī' b. Sulaymān al-Murādī, m. in Egitto 270/884, allievo di aš-Šāfi'ī e trasmettitore degli scritti di questi.

Rabī'ah b. Abī 'Abd ar-R., m. c. 143/760-61, maestro di Mālik (IF, 29; ḤGS, I, p. XIX).

Radd al-muḥtār: opera di Ibn ʿĀbidīn (v.).

ar-Raġrāġī (Ḥu. o Ḥ. b. ʿA. b. Ṭalḥah), m. c. 899/1493 (Br., II, 249; id., *Suppl.*, II, 351).

ar-Raḥbiyyah: poemetto di Ibn al-Mutafanninah (v.).

ar-Rāzī (Faḫr ad-dīn Abū ʿAbd Al. M. b. ʿU. detto anche Ibn al-Ḫaṭīb), m. 606/1210, sciaf., aut. di molte opere di filologia, d'esegesi coranica, di diritto e di ṣūfismo ecc. (Br., I, 506; id., *Suppl.*, I, 920; BCE, 187).

Ṣadr aš-Šarīʿah, titolo onorifico di ʿUbayd Allāh b. Masʿūd, m. 747/1346-47, giur. ḥanaf., aut. dell'*at-Tawḍīḥ* (v.) (Br., II, 214; id., *Suppl.*, II, 300).

aš-Šāfiʿī (al-Imām Abū ʿAbd Al. M. b. Idrīs), n. 150/767, m. 204/820, giur., fondatore della scuola sciaf. (*Encycl. I.*, s. v. *as-Shāfiʿī* e *ibidem* bibliografia; Br., I, 178; id., *Suppl.*, I, 303; BCE, n. 154).

aṣ-Ṣaġīr: v. Abū 'l-Ḥasan aṣ-Ṣaġīr.

Saḥnūn (ʿAbd as-Salām b. Saʿīd b. ʿAbd as-Salām at-Tanūḫī), n. ad al-Qayrawān nel 160/776, m. 240/854, giur. malich., cui si deve l'opera *al-Mudawwanah* (v. questa voce) (*Encycl. I.*, s. v. e *ibidem* bibliografia; IF, 160; Br., I, 177; id., *Suppl.*, I, 299; ḪGS, I, p. XIX e 2, nota 3).

Salīm b. Rustam Bāz al-Lubnānī, giur. maronita di Beirut, n. 1859, m. 1920, commentatore della *Maǧallah* (v.) ottomana. Bāz è il nome di famiglia.

as-Sanūsī (M. b. ʿUṯ. b. M.), n. 1267/1850-51, m. 1317/1899-1900, letterato e giur. malich. tunisino, aut., fra l'altro, del *Maṭlaʿ ad-darārī*, Tunisi 1305 (= 1888) per mostrare che la legge immobiliare francese è adattabile al diritto musulmano.

aš-Šaʿrānī (ʿAbd al-Wahhāb b. A.), m. 973/1565-66, giur. sciaf. e mistico, aut. di molte opere d'argomento vario; fra quelle di carattere giuridico più famosa è: *al-Mīzān al-kubrà* sulle discrepanze fra le varie scuole giuridiche (Br., II, 335; id., *Suppl.*, II, 464; BCE, 80; *Encycl. I.*, s. v.).

as-Saraḫsī (Abū Bakr M. b. Abī Sahl A.), m. 483/1090, giur. ḥanaf., aut. del grande *Kitāb al-Mabsūṭ* e d'altre opere importanti (Br., I, 373; id., *Suppl.*, I, 638; *Encycl. I.*, s. v.).

as-Saraqusṭī (Abū ʿAbd Al. M. b. A.), m. 477/1004, giur. malich. e tradiz. (Wa, II, 14).

aš-Šāṭibī (Abū Isḥāq Ibr. b. Mūsà), m. 790/1388, dotto in diritto, scienza dei "ḥadīṯ", filologia ecc., aut. di opere anche nel campo del diritto malich. (BCE, 227; Br., *Suppl.*, II, 374).

aṣ-Ṣāwī (Abū 'l-'Abbās A. b. M. al-Ḫalwatī), m. a Medina 1241/1825-26, giur. malich., aut. della *Bulġat as-sālik* (glosse al commento d'ad-Dardīr all'*Aqrab al-masālik* (Br., II, 353; id., *Suppl.*, II, 480, 743).

aš-Šaybānī: v. Muḥammad aš-Šaybānī.

Šayḫzādah ('Abd ar-R. b. M. b. Sul.), m. 1078/1667-68), giur. ḥanaf., autore del commento intitolato *Maǧmaʿ al-anhur* al trattato *Multaqà al-abḥur* di Ibrāhīm al-Ḥalabī (Br., *Suppl.*, II, 643).

Ṣiddīq Ḥasan Ḫān (M.), n. 1248/1832, m. 1307/1890, dotto indiano, aut. di un gran numero di opere (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 418, 503; id., *Suppl.*, II, 859).

Sīdya b. Muḥammad, dotto del sec. XIX-XX del Sūdān occidentale (AM, XI, p. 129-132).

aš-Šifā' bi-ta'rīf ḥuqūq al-Muṣṭafà: opera di 'Iyāḍ b. Mūsà al-Yaḥṣubī (v.).

as-Siǵilmāsī (M. b. Abī 'l-Qā. b. M. al-Filālī), giur. malich. di Fez, che nel 1196/1782 terminò il grosso commento, noto col nome di *al-'Amaliyyāt al-'āmmah*, al suo proprio poemetto sulle particolarità della prassi giuridica di Fez (Br., *Suppl.*, II, 696).

aš-Šīrāzī (Abū Isḥāq Ibr. b. 'A. b. Yū. al-Fīrūzābādī), n. 393/1003, m. 476/1083, giur. sciaf., aut. di varie opere giuridiche, fra cui famoso il trattato *Kitāb at-Tanbīh fī 'l-fiqh*, compendio di questioni giur., che ha avuto molti commenti (*Encycl. I.*, s. v. al-Shīrāzī, Abū Isḥāḳ; Br., I, 387; id., *Suppl.*, 669).

Sufyān aṯ-Ṯawrī (b. Sa'īd), m. 161/978, famoso teologo, fondatore d'una scuola giuridica, che ebbe breve fioritura (*Encycl. I.*, s. v. fiḳh; IḪ, n. 265 Wüst. = 252 egiz.).

Šurayḥ b. al-Ḥāriṯ al-Kindī, famoso giudice, contemporaneo del califfo 'Omar e morto vecchissimo nell'87/706 (data incerta), che dicesi essere stato il primo « qāḍī » (Caetani, *Annali*, IV, 116 e 626; IḪ, n. 289 Wüst. = 273 egiz.).

as-Suyūrī (Abū 'l-Qāsim 'Abd al-Ḫāliq b. 'Abd al-Wāriṯ), m. ad al-Qayrawān 460/1067-68 o 462/1069-70, giur. malich.

as-Suyūṭī (Abū al-Faḍl 'Abd ar-R. b. Abī Bakr), n. 849/1445, m. 911/1505, scrittore egiziano aut. d'innumerevoli opere d'ogni materia, fra cui anche libri di diritto sciaf. (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 143; id., *Suppl.*, II, 178).

aṭ-Ṭabarī (Abū Ǵa'far M. b. Ǵarīr), n. c. 224 o 225/839, m. 310/923, famoso cultore di storia, di diritto, di scienze economiche, di filologia ecc. (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 142; id., *Suppl.*, I, 217).

at-Taftāzānī (Sa'd ad-dīn Mas'ūd b. 'U.), n. 722/1322, m. a Samarqand 791/1388, sciaf., scrittore di retorica, logica, metafisica, teologia, diritto (*Encycl. I.*, s. v.; Br., II, 215; id., *Suppl.*, II, 301).

Taleb (= aṭ-Ṭālib ?) Abdesselam (= 'Abd as-Salām), v. I, 180 (141) e 189 (149).

aṭ-Ṭarābulusī (Burhān ad-dīn Ibr. b. Mūsà), m. 922/1516 a Damasco, giur. ḥanaf. di Tripoli di Siria, famoso per un trattato sui "waqf" (Br., II, 83; id., *Suppl.*, II, 94), una delle due fonti del libro di Adda et Ghalioungui, *Le Wakf*, Alexandrie 1893.

at-Ta'rīfāt: libro d'al-Ǵurǵānī ('A. b. M. as-Sayyid aš-Šarīf) (v.).

at-Tasūlī (Abū 'l-Ḥ. 'A. b. 'Abd as-Salām), m. 1258/1842, giur. malich. marocchino, commentatore della *Tuḥfah* di Ibn 'Āṣim (Br., II, 264, ove il nome 'Abd as-Salām Tesūlī è errore, corretto nel *Suppl.*, II, 375).

Ṭa'ūs (Abū 'Abd ar-R. b. Kaysān), antico giur. e tradiz., m. 106/725 o 104 (IḪ, n. 305 Wüst = 283 egiz.).

at-Tawātī, v. at-Tuwātī.

at-Tawḍīḥ: libro di Ṣadr aš-Šarī'ah (v.) sugli "uṣūl al-fiqh", commento al suo proprio *at-Tanqīḥ*.

aṭ-Ṭawrī: Sufyān aṭ-Ṭawrī.

at-Tāwudī (= Abū 'Abd Al. M. at-Tāwudī b. M. aṭ-Ṭālib b. Sawdah), n. 1111/1699-1700, m. 1209/1795, giurista malich. marocchino, commentatore della *Tuḥfah* di Ibn 'Āṣim (Br., *Suppl.*, II, 375, 689).

at-Timurtāšī (M. b. 'Abd Al. al-Ġazzī), m. 1004/1595, giur. ḥanaf., aut. del trattato *Tanwīr al-abṣār wa ǵāmi' al-biḥār*, che ha avuto molti commenti (Br., II, 311; id., *Suppl.*, II, 427).

Tuḥfat al-qudāh fī ba'ḍ masā'il ar-ruwāh: opera di A. b. M. al-Ya'qūbī (o al-Bā Ya'qūbī) al-Malwī, giur. malich., che visse alla fine del sec. XVIII e al principio del XIX, aut. anche di altra opera intitolata *at-Taḥrīr bi-masā'il at-taṣyīr*. La *Tuḥfah* fu pubblicata e tradotta da Ed. Michaux-Bellaire, AM, XV (1908/1909), p. 289-430, XXXI (Br., *Suppl.*, II, 885.

at-Tuwātī o, più correttamente, at-Tawātī (M. al-Bašīr), m. a Tunisi nel ramaḍān 1311 (marzo 1894), giur. malich., aut. del noto formulario d'atti giuridici intitolato *Maǵmū' al-ifādah fī 'ilm aš-šahādah*, trad. in francese da Abribat.

'Ulayš: v. 'Ilayš.

'Uqbah ibn 'Āmir, compagno di Maometto, m. nella battaglia d'al-Yamāmah nel 12/633. Citato II, 141.

al-'Uqbānī (Abū 'l-Faḍl Qā. b. Sa'īd b. M. at-Tilimsānī), m. 854/1450, giur. malich., aut. di glosse all'opera *al-Furū'* di Ibn al-Ḥāǵib e di un poema didattico sul ṣūfismo (AB, 223-224; Br., *Suppl.*, I, 538);

Altro: Abū Sālim Ibr. b. Qā., figlio del precedente, n. 808/1405-06, m. 880/1475-76 (BCE, 256).

al-'Utbī (M. b. A. b. 'Abd al-'Azīz), m. 255/867 o 254, il più illustre rappresentante della scuola malich. antica in Spagna, aut. della grande opera detta *al-'Utbiyyah*, il cui vero titolo è *al-Mustaḫraǵah min al-asmi'ah* (Br., I, 177; id., *Suppl.*, I, 300; BCE, n. 137 e *ibidem* bibliografia).

al-'Utbiyyah: opera d'al-'Utbī (v.).

al-Waǵīz: opera d'al-Ġazālī (v.).

al-Walīdī (Abū 'l-Faḍl Rāšid b. Abī Rāšid), m. a Fez nel 675/1276-77, giur. malich. (BCE, n. 272; Wa, II, 195, nota I).

al-Wanšarīsī (A. b. Ya. b. M. at-Tilimsānī), n. 834/1430 a Tlemcen, m. a Fez nel 914/1508, celebre giur. malich., aut. di varie opere, fra cui la grande raccolta di "fatwà" malichite d'ogni tempo, intitolata *al-Mi'yār al-muġrib wa 'l-ǵāmi' al-mu'rib 'an fatāwà 'ulamā' Ifrīqiyah wa 'l-Andalus wa 'l-Maġrib*, composta nel 901/1495 (*Encycl. I.*; AM, XXI, p. 62 sg.; BCE, n. 71; Wa, I, p. V-XI; Br., II, 248; id., *Suppl.*, II, 348).

al-Wānūǵī (M. b. A. at-Tawzarī), n. 755/1354, m. Mecca 819/1416, giur. malich.

al-Waṯā'iq al-maǵmū'ah, collezione marocchina di atti giudiziari e notarili.

al-Wazzānī (M. al-Mahdī b. M. b. Ḫaḍir al-Ḥasanī), m. 1342/1923-24, giur. malich. marocchino degli sceriffi di Wazzān, aut. di glosse al commento di at-Tāwudī sulla *Tuḥfah* d'Ibn 'Āṣim, e ad altri libri (Br., *Suppl.*, II, 375.

Yaḥyà b. Ādam, n. c. 140/000, m. 203/818, teologo tradizionista e giur. di tendenza tradizionalista. Delle sue opere ci è rimasto il *Kitāb al-Ḫarāǧ* (sull'imposta fondiaria e materie affini) (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 181; id., *Suppl.*, I, 308).

al-Ya'qūbī (A. b. Abī Ya'qūb Ibn Wāḍiḥ), m. 284/897, storico e geografo sciita imāmita. Sue opere più importanti: La storia universale, che va fino al 259 eg. e il *Kitāb al-buldān* (geografia). Le citazioni si riferiscono alla Storia (*Encycl. I.*, s. v.; Br., I, 226; id., *Suppl.*, I, 405).

Yāqūt b. 'Abd Al. ar-Rūmī, n. 574/1178-79 o 575, m. ad Aleppo 626/1229, autore, fra l'altro, del massimo dizionario geografico arabo (*Mu'ǧam al-buldān*) e d'una grande raccolta di biografie di letterati (*Encycl. I.*, s. v. Yāḳūt; Br., I, 479; id., *Suppl.*, I, 880).

az-Zaqqāq (Abū 'l-Ḥ. 'A. b. Qā. at-Tuǧībī), m. nel 912/1507, dotto in scienze varie, giur. malich., aut., fra l'altro, d'un poema didattico di diritto detto *Lāmiyyat az-Zaqqāq* (BCE, n. 70; Br., II, 264; id., *Suppl.*, II, 376).

Zayd ibn 'Alī, m. 122/740, dal quale prende il nome il ramo zaydita degli Sciiti. Autore, forse indiretto, di una collezione di "ḥadīṯ" giuridici, edita da Eugenio Griffini, Milano 1919 (*Encycl. I.*, s. v. Zaid; Introduz. del Griffini, op. cit.; Br., *Suppl.*, I, 313).

az-Zayla'ī (Faḫr ad-dīn 'Uṯ. b. 'A. b. Miḥǧan), m. 743/1342, giur. ḥanaf. di Zeila (Zayla'), venuto al Cairo nel 705/1305. Celebre per il suo *Tabyīn al-ḥaqā'iq*, ampio commento al *Kanz ad-daqā'iq* d'an-Nasafī (Br., II, 78, 196; id., *Suppl.*, II, 86).

az-Zuhrī (Abū Mus'ab A. b. Abī Bakr al-'Awfī) n. a Medina 150/768, e ivi morto 292/905, giur. malich. e tradizionista (BCE, n. 130).

az-Zurqānī ('Abd al-Bāqī b. Yū.), n. 1020/1611 al Cairo, m. ivi nel 1099/1688, giur. malich., commentatore dell'*al-Muḫtaṣar* di Ḫalīl (Br., II, 318; id., *Suppl.*, II, 438).

Altro (M. b. 'Abd al-Bāqī), figlio del precedente, m. 1122/1710-11, teologo e giur. malich., commentatore dell'*al-Muwaṭṭa'* (Br., II, 319; id., *Suppl.*, II, 439).

Indice della materia e dei vocaboli arabi contenuti nel testo*

Abbandono: volontario o involontario della cosa I, 351 (278 sg.), 433 (343); della enfiteusi I, 442 (351), 449 (356); v. anche rinuncia, cose derelitte.

— del domicilio coniugale I, 233 (184).

Abī-l-Maouārīṯ = Abū 'l-Mawārīṯ: funzionario che preleva la parte delle successioni spettante al *bayt al-māl* nel Marocco: I, 180 (141) n. 208.

Abilitazione dei testimoni: v. testimonianza.

Abitazione: v. alloggio.

Abiura: finta — I, 69 (54); v. apostasia.

Aborto: procurato I, 119 (93) n. 4; I, 121 (95); prodotto da percossa I, 120 (94); della schiava incinta del padrone I, 156 (123); mette fine alla *'iddah* I, 251 (199); quando il feto si considera nato vitale ? I, 120 (94); II, 502 n. 31; è incapace di succedere II, 502.

Abrogazione: di versetti del Corano I, 61 sg. (48); da parte della *Sunnah* I, 64 (50) e n. 122; di una legge I, 64 (50).

Abuso: — di potere nel matrimonio di coazione I, 210 (166); — del tutore I, 299 (237); — del diritto di proprietà I, 379 sg. (301 sg.); considerato danno I, 380 (302) (v. anche danno); nel contratto di superficie I, 452 (358 sg.); — del conduttore II, 244; — del Principe e la cosa locata II, 246; — nel comodato II, 379 sg.; — dell'esecutore testamentario II, 550.

Accaparramento: di derrate alimentari II, 114, 129:

Accessione: I, 420-426 (333-338): di immobile a immobile I, 420 sg. (333 sg.); di mobile ad immobile I, 421-424 (334-337); semina nel fondo altrui I, 421 sg. (334 sg.), o con seme altrui nel proprio terreno I, 422 sg. (335); piantagione I, 423 sg. (335 sg.); costruzioni I, 424 sg. (336 sg.); v. inoltre congiunzione.

Accessorio: definizione I, 316 (252); segue la cosa principale I, 317 (252); consegnato con la cosa II, 88; nel retratto I, 395 (314); nell'evizione I, 432

* I numeri fra parentesi rinviano alla prima stampa del volume I.

(343); nella vendita II, 133; nella restituzione per vizio redibitorio II, 151 sg., 151; nel comodato II, 377; restituito dall'ingiusto possessore II, 456; — del credito delegato II, 204, del *waqf* II, 426, del pegno II, 476, del debito e la fideiussione II, 488.

Accettazione: del tutore I, 295 (234); e la compra vendita con diritto di opzione II, 163 sg.; di colui cui è fatto l'*iqrār* II, 222 sg.; — della donazione II, 401 sg.; — del beneficiario del *waqf* II, 431 sg.; — del detentore d'un pegno per l'assicurazione con esso di altro credito II, 481; — del creditore per la validità della fideiussione II, 485; — superflua per la successione II, 498; — del legato II, 545 sg.; — dell'esecutore testamentario II, 549 sg.; v. inoltre consenso, volontà.

Accidente: sua definizione I, 316 (252); v. perimento, deterioramento, forza maggiore.

Accomenda (*qirāḍ*): suo sviluppo dovuto all'uso e alla necessità I, 50 (39), 68 sg. (54); vietata se col *ḏimmī* I, 104 (81); contratta dal tutore I, 296 (235); quale obbligazione determinata II, 9; obbligatoria dopo un principio di esecuzione II, 27; invalida II, 51; sua obbligazione adempiuta dal gerente II, 90, 108, 501, n. 23; e la successione II, 525; prescrizione dell'azione contro il gerente l' — II, 110; oggetto di *iqrār* II, 224; costituita da un socio di società fiduciaria II, 295; il contratto di irrigazione è una forma di — II, 311;

II, **323–334;** e la garentia solidale II, 487; il gerente è *amīn* II, 332, 333, 623.

Accrescimento: frutti considerati — I, 414 (329); non devoluto all'affittuario II, 252; v. inoltre accessione.

Acqua: è fungibile? I, 315 (251); cosa fuori commercio I, 318 (253); le acque proprietà collettiva presso i nomadi I, 353 (280); regolamento dell'— nei centri urbani in epoca preislamica I, 353 sg. (281); attribuzione dell'— a chi ha scavato il pozzo I, 354 (281); proprietario dell'— costretto a cederla I, 357 (284);proprietà dell'— in terra di capitolazione I, 368 (292); zona di rispetto (*ḥarīm*) intorno alla sorgente o al pozzo I, 371 (295); limitazione alla regola dell'— bene comune I, 373 (296); acque permanenti di un fondo e acque sorgive I, 373 sg. (296 sg.); — che non si prescrive I, 373 sg. (296 sg.); servitù rispetto all'— I, 382 sg. (303 sg.); eccedenza dell'— I, 383 (304); — in condominio I, 389 (308 sg.), 390 (309); — corrente è cosa *nullius* I, 408 (324).

Acquisto: modi di acquisto della proprietà **I, 406–428 (322-340):** originari I, 406–427 (322–338); per occupazione I, 406–414 (323–329); acquisto dei frutti I, 414 (329); per trasformazione I, 415–420 (329-333); per congiunzione I, 420–427 (333–338); derivativi I, 427 sg. (338–340).

Ādāb al-qāḍī = norme di condotta e di vita essenziali al decoro del giudice: II, 569.

'Adadī = [cosa] che si determina contando le singole unità: I, 314 (250).

Aḍ'āfan muḍā'afatan = lett. a più doppi, (parlando di usura) che aumenta a più doppi il capitale: II, 61 n. 251; II, 388.

'Ādah = consuetudine: **I, 48** sg. **(37** sg.**);** v. anche *'urf*.

A'dal = di maggiore autorità (testimone): II, 620.

'Adālah = moralità di vita, integrità, vita irreprensibile, rettitudine, onorabilità, *existimatio*, idoneità (del testimone): *passim;*
definizione ed elementi della — I, 138 sg. (109); II, **595** sg., **596** sg.; requisito del Califfo I, 18 (14), degli elettori del Califfo I, 20 (15), di chi attesta l'esistenza di una consuetudine legale I, 50 (39), del trasmettitore di *ḥadīṯ*, I, 54 (42), del *muǵtahid*, I, 76 (60), del *qāḍī* II, 563, 564, 636, del personale del tribunale II, 566, manca nel *ḏimmī*, I, 100 (78); requisito della testimone I, 124 (97), II, dei testimoni per la denuncia di apostasia I, 168 (132), al contratto nuziale I, 221 (175), alla emancipazione del pupillo I, 301 (239), a un testamento II, 539, dei testimoni in genere II, 570, 594, 595–597; 599, 601, 609, 611, 634, del perito fisionomista I, 239 (189), di chi raccoglie il trovatello I, 306 (243); manca nel figlio disobbediente I, 247 (195); impugnativa della — dei testimoni II, 607 sg.

'Adam al-kafā'ah = disparità di condizione sociale: I, 206 (163).

A'ḏara = togliere ogni scusa o avvertire in modo non dubbio: II, 632.

Adempimento: dell'obbligazione II, 83–99; e la *datio in solutum* II, 86; imputazione dei pagamenti II, 87 sg.; *pro parte* II, 88; e gli accessori della cosa II, 88; oggetto accresciuto o diminuito II, 88 sg.; — delle obbligazioni bilaterali II, 93 sg.; impossibilità di — II, 109 sg.; e il pegno II, 481; e la fideiussione II, 490 sg; v. inoltre mora, inadempienza.

'Adl, plur. *'udūl* = chi ha l'abitudine o il contegno abituale dell'animo per cui si attiene a quanto esige la fede e il rispetto di sè o decoro; persona degna di fede, incensurabile, ineccepibile legalmente, *bonus vir*, di buona fama per probità e diligenza, meritevole di fiducia: I, 138 sg. (109), 294 (234) n. 392 e *passim*: v. *'adālah*; idoneo come testimone: II, 570;

= notaio: II, 566;

= attuario, tabellione: v. *'udūl*.

'Adl riḍà = retto ed idoneo (testimone; parole di rigore per procedere all'accettazione del testimone): II, 600.

Adozione: nell'Arabia preislamica I, 193 (153); nell'Islām I, 196 (155), 239 sg. (189 sg.); non è impedimento al matrimonio I, 196 (155).

Adulterio: in terra estera I, 97 (76); ripudiata per — I, 264 (209) n. 274 e n. 275; l'— e il giuramento imprecatorio (*li'ān*) I, 276–279 (219–221); pena dell'— I, 277 (220) n. 335; I, 278 (221); e la prova testimoniale II, 609; v. inoltre fornicazione.

Affinità: I, 243 (192).

Affitto: v. locazione-conduzione.

Affrancamento di schiavo: v. emancipazione di schiavo.

Affratellamento: I, 196 (155).

Aǵal = termine: II, 36, 92.

Aggiunzione: v. congiunzione.

Aǵīr = locatore d'opera: II, 270.

al-'Aġmā' ġubār (ḥadīṯ) = [il fatto] dell'animale bruto è impunito: completo il *ḥadīṯ* suona: *al-'Aġmā' ġubār wa 'l-bi'r ġubār wa 'l-ma'din ġubār* = il fatto dell'animale bruto non dà diritto a indennizzo, il pozzo e la miniera egualmente (non danno diritto a indennizzo, se taluno è ucciso o ferito per frana o altro accidente inerente al terreno): II,79, 81, 267.

Agnato: e la custodia del minorenne o della nubile I, 290 (230); v. inoltre *'āṣib*.

Aġr = compenso, mercede, salario: I, 215 (170); II, 254; = prezzo o corrispettivo del godimento della cosa locata: II, 232.

'Aġwah: v. *mudd 'aġwah*.

'Ahd = designazione del successore da parte del sovrano regnante: I, 20 (16); = patto, convenzione col senso di *ḏimmah*: v. questo voc.; I, 100 (78) n. 86; = trattato: I, 365 (290).

al-Aḥkām al-ḫamsah = le cinque [categorie di] regole o norme [direttive]: I, 8 sg. (7).

Ahl = lett. gente:

— *aḏ-ḏimmah* = lett. gente della *ḏimmah*, quei della *ḏimmah*, ossia protetti: I, 99 (77); v. *ḏimmī*.

— *al-farḍ* = eredi legittimari: II, 505; v. *farḍ*.

— *al-ḥall wa 'l-'aqd* = i maggiorenti della Comunità musulmana, lett. coloro cui è dato potere di legare e di sciogliere: I, 20 (15).

— *al-Kitāb* = coloro che hanno il Libro, i possessori del Libro, i seguaci della Scrittura, cioè gli Ebrei e Cristiani e, secondo una tradizione, anche i Mazdeisti: I, 86 (67), 98 (77); v. *kitābī, kitābiyyah*.

— *as-Sunnah wa 'l-ǧamā'ah* = lett. appartenenti alla *Sunnah* e alla Comunione islamica, ossia Musulmani ortodossi: I, 40 (31).

Ahliyyah at-tabarru' = capacità di fare una liberalità: II, 484.

Aia: turbativa del possesso pel vicino I, 336 (267).

Aīn dâvassi (*in turco*) = azione reale; ogni azione relativa ad un corpo determinato: I, 311 (248) n. 15.

Akdariyyah (dal nome proprio *Akdar*) = caso speciale nella divisione della eredità: II, 518.

Akl amwāl an-nās bi 'l-bāṭil = mangiare i beni del prossimo senza causa giustificante: II, 388.

Akl ar-ribā aḍ'āfan muḍā'afatan = prendere interessi a più doppi: II, 388.

'Alà 'l-abwāb = [ordinato] per materia: I, 38 (30).

'Alà 'l-mukāramah = [rapporti fondati] sulla liberalità: I, 219 (173) n. 111; II, 411.

'Alà 'l-mušāḥḥah = [rapporti fondati] sullo stretto diritto: I, 219 (173) n. 111; II, 411.

'Alà 'n-naẓar = di buona amministrazione: II, 342 e 343 n. 27.

'Alà 'r-riǧāl = lett., secondo gli uomini, cioè [testo di tradizioni ordinato] secondo i trasmettitori di esse: I, 39 (30).

Aladda fī 'l-ḫiṣām = protrarre ad arte il processo: II, 578.

Albergo: v. ospizio.

Alberi: v. piante.

Alea: nel prezzo di riscatto dello schiavo *mukātab* I, 151 (119), in quello del *ḫul'* I, 274 (217); nel *mahr* I, 218 (173), 225 (178); nel contratto di concessione della miniera I, 377 (299); nell'*'umrà* I, 454 (360); ragione del divieto dell'alea II, 54; definizione dell'— II, 56; contratti considerati aleatori II, 56 e n. 233, n. 234; II, 56-60; vendita di cose aleatorie o per un prezzo aleatorio II, 117–123; cose aleatorie in pegno II, 467; — e il godimento da parte del venditore della cosa venduta II, 136; e il *salam* II, 172 sg.; e la permuta II, 178, 184; e certe varietà di vendite o permute II, 183; e la *'āriyyah* II, 183 sg.; e la dazione in pagamento II, 208; e la transazione II, 213 sg.; e la locazione II, 259 sg.; e il cottimo II, 270, 307; e il contratto di trasporto II, 276 sg., 280 sg.; e la società di semina II, 303 sg., 307; e la colonia parziaria II, 308; e il contratto di irrigazione II, 310 sg., 314 sg.; e il contratto di piantagione II, 320; e l'accomenda II, 325; e la donazione II, 400; e il *waqf* II, 423; e il godimento a turno degli eredi II, 528; e la divisione della eredità II, 529; e il legato II, 537.

Alienazione: dei beni del pupillo I, 297 sg. (236), del figlio minorenne I, 298 (236 sg.); di un fondo in terra di conquista I, 369 (293) e n. 272; d'una quota indivisa I, 391 (310) e n. 372; della concessione ad *inzāl* I, 441 (350), del *ḫulū* I, 446 (354), della *ġalsah* I, 448 (355), 449 (356), di un *waqf* II, 437; della superficie I, 451 (358); della cosa venduta con patto di riscatto II, 160; — da parte del donante della cosa donata II, 406, 408; da parte del donatario II, 408; — del pegno da parte del debitore II, 473, 475; — dei beni ereditari prima che la divisione sia stata rescissa II, 530; — della cosa legata II, 545; v. inoltre capacità di alienare, compra-vendita ecc.

Alienazione mentale: v. vizio di mente.

Alimenti: v. mantenimento.

Allāh: Capo dei Musulmani I, 4 (3) e n. 23; suoi rapporti coi fedeli I, 4 sg. (4); la Legge di — I, 6–16 (5–12); — solo padrone degli uomini I, 23 (18); oltraggi di un *ḏimmī* ad — I, 107 (84).

Allattamento: impedimento al matrimonio I, 204 (161); dovere della madre I, 243 sg. (192 sg.) e n. 198, eccezione I, 243 (193); mercede della balia I, 243 (193); e il giuramento di astinenza del marito I, 268 (212).

Alloggio: della vedova I, 250 (198); della ripudiata I, 262 (208), 264 (209) e n. 275; il diritto di questa all'— e il *ḫul'* I, 274 (218); servitù d'— I, 453 (360), 459 (364 sg.); oggetto di un diritto d'uso I, 459 (364 sg.); donazione della casa d'— del donante II, 403 sg.; donazione della casa fatta da un coniuge all'altro II, 409; casa d'— costituita *waqf* II, 432; casa in pegno data per — al debitore II, 482; diritto d'— e la successione II, 501 n. 23.

Alluvione: proprietà dell'— I, 420 (333) n. 514.

'Amal = agire, azione: I, 58 (45);

= pratica del foro: I, 50 (39), 80 (63);

'A m a l = pratica odierna: I, 301 (239);

= opera o fatto oggetto d'un contratto, ad es., di cottimo: II, 270; v. anche *b i-' l-' a m a l*.

A 'm ā l al-b a d a n = atti del corpo, cioè atti esterni, pratiche del culto: I, 10 (8).

— *a l-q a l b* = atti del cnore, ossia credenza intima: I, 10 (8).

al-A 'm ā l b i-' n-n i y y ā t = gli atti sono secondo le intenzioni (*ḥadīṯ*): II, 22.

'A m a l i y y ā t = prassi legale (titolo di libri giuridici): I, 50 (39).

A m ā n = sicurtà, salvacondotto: I, 91 (71), 109 (85).

A m ā n a h = ciò che è dovuto a titolo fiduciari: II, 2 n. 4; contratto di fiducia II, 287; v. anche *b a y' al-a m ā n a h*.

'A m d = dolo, premeditazione, intenzione maliziosa; [atto] volontario: II, 71 74, 503.

'A m d a n 'u d w ā n a n = volontariamente e ingiustamente: II, 503.

'A m d a n ẓ u l m a n = volontariamente e ingiustamente: II, 503.

'Ā m i l, plur. *'a m i l ū n a* = esattore, agente incaricato della percezione delle tasse: I, 100 (78), 182 (143); II, 91; = accomandato o agente, gerente, *tractator*: I, 104 (81); II, 78, 325, 328.

A m ī n, plur. *u m a n ā'* = fiduciario: I, 302 (240); II, 78, 244, 262, 263, 33[2], 345, 367, 378, 623; per l'indice analitico v. c o n t r a t t i f i d u c i a r i.

A m ī n b ī t al-m ā l = *amīn bayt al-māl*, funzionario che preleva la parte delle successioni spettante al *bayt al-māl* nel Marocco: I, 180 (141) n. 208.

'Ā m m, plur. *a 'm ā m* = zio paterno: I, 202 (160) n. 55; I, 353 (281).

— *l i-a b* = zio paterno consanguineo: II, 515.

— *l i-ǧ a d d* = zio paterno dell'avo paterno: II, 515.

— *š a q ī q* = zio paterno germano: II, 515.

'A m m ā r = specie di colono parziario (in Tripolitania): II, 308.

'A m m a r a = assegnare il termine di vita: I, 165 (130).

— *ḏ i m m a t a h u* = egli ha assunto l'obbligo di . . .: II, 4 n. 12.

A m r = lett. comando,, modo imperativo, ossia precetto enunciato in modo imperativo, precetto assoluto: I, 58 (45), 59 (46).

— *i s t i ḥ b ā b* = facoltà, raccomandazione: I, 59 (46).

— *l i-n-n a d b* = facoltà, raccomandazione: I, 59 (46).

— *s a m a w ī* = lett. fatto celeste, caso di forza maggiore: II, 77, 137.

'A n: v. *m a n m ā t a* ecc.

'A n d u b r i n m i n n ī = tu sarai libero dopo di me, cioè dopo la mia morte: I, 155 (122).

'A n ā = (in Algeria) diritto alla utilità o godimento, acquistato mediante pagamento d'una somma al proprietario; canone perpetuo, enfiteusi: I, 44[0] (349), 444 (352) e n. 598; I, 450 (357) n. 623.

A n a l o g i a: v. *q i y ā s*.

'Anawiyyah: v. *arḍ 'anawiyyah*.

Animale: animali fuori commercio I, 320 (255); — morto I, 320 (255), 456 (362); — macellato ritualmente I, 320 (255) n. 47); — vagante o fuggitivo I, 350 (278), 414 (329); II, 400, 467; precetti relativi all'— I, 380 (301); in condominio I, 388 (308); messo in libertà I, 412 (327); — smarrito I, 413 sg. (328); II, 270, 271, 273, 274; usufrutto sui servigi o prodotti di un animale I, 454 (361); non munto per dolo II, 43; danno prodotto dall'— II, 79 sg.; vendita dell'— smarrito II, 119; alea nella vendita d'— II, 119 sg.; garentia del venditore di un — II, 141; permuta di animali II, 179 sg.; locazione d'una pecora per il latte II, 234; perimento di — locato II, 246 e n. 61; parto dell'— esistente nel fondo locato II, 252; — locato incapace di compiere il suo lavoro II, 269; noleggiato per un certo periodo II, 281 n. 177; — comodato II, 382, 383; v. anche trasporto.

Animo (*niyyah*): v. volontà.

'Ānis = vecchia zitella: I, 130 (101), 210 (166), 212 (167).

Annullabilità: v. rescindibilità.

Annullamento: v. nullità.

Anticresi: nell'Arabia preislamica I, 354 (281); v. inoltre pegno.

'Anwatan = *vi et armis*, [conquistato] con le armi: I, 96 (75), 105 (82), 363 (288), 411 (326); II, 522.

'Anwī = [*ḏimmī*] sottoposto a viva forza: I, 103 (80).

'Anwiyyah: v. *arḍ 'anawiyyah*.

Api: e alveari non compresi nella locazione del fondo II, 239.

Apostasia: è — anche contestare l'obbligo delle leggi I, 58 (45); equiparata alla idolatria I, 98 (77), 168 sg. (132); limitazione della capacità I, 122 (96); più grave della miscredenza I, 167 (131) n. 166; — del mandante o del mandatario II, 350; v. inoltre apostata e miscredenza.

Apostata: delitto dell'— I, 117 (92); equiparato al *ḥarbī* I, 118 (92); suo matrimonio I, 118 (92), 208 (164), 249 (197); religione dei suoi figli I, 118 (92), 170 (134); non può essere testimone I, 140 (110); II, 596.

I, **167–170** (**131–134**); beni dell'— I, 180 (142), 434 (345); non può donare II, 399; successione dell'— I, 118 (92), 169 sg. (133); II, 500, 503 sg., 521; non può succedere al musulmano II, 503; incapace di testare II, 533; non può essere legatario II, 534.

Appropriazione: indebita: v. usurpazione; patto di appropriazione del pegno II, 480.

'Aqada 'alà nafsihi = *iltazama*, ossia obbligarsi: II, 3, n. 6; II, 16 n. 63.

Aqarra al-ḫaṣm fa-'rtafa'a 'an-nizā' = *confitente reo tollitur disceptatio*: II, 589 sg.

'Aqd = contratto: I, 20 (16), 200 (158); II, 16; = negozio giuridico e anche obbligazione: II, 16 n. 63.

— *amānah* = contratto fiduciario: II, 296.

— *ǵā'iz* = contratto non obbligatorio, cioè tale che ognuno dei contraenti può recederne quando meglio gli piaccia: II, 351.

'*Aqd ġayr lāzim* = contratto non obbligatorio, tale cioè che ognuno dei contraenti può recederne quando meglio gli piaccia: II, 351.

— *irfāq* = contratto di beneficenza: II, 23.

— *lāzim min ġihah dūna ġihah* = *ex uno latere constat negotium, negotium claudicans*: contratto efficace da una parte e inefficace rispetto all'altro contraente: II, 38.

— *ma'rūf* = contratto di beneficenza, di liberalità: II, 23 n. 89.

— *mu'āwaḍah*: v. *mu'āwaḍah*.

— *tabarru'* = contratto di beneficenza, di liberalità: II, 23 n. 89.

— *yalzamu bi-'l-'amal* = contratto che diviene obbligatorio in virtù del fatto, cioè per un principio di esecuzione: II, 26 n. 101.

'*Āqid* = contraente: I, 200 (158) n. 50.

al-'Āqidāni (duale) = i subietti o contraenti: II, 16, 17, 232, 254 e *passim*.

'*Āqilah* = *gens*, famiglia: I, 121 (95), 183 (144): II, 67, 77, 217.

'*Aqīqah* = capelli recisi sulla testa del neonato: I, 193 (153), 243 (192).

Arabia: dimora in — del *ḏimmī* I, 102 (80).

Arabūn = *'urbun*, caparra: II, 57 n. 237.

Arbāb, plur. di *rabb*: v. *rabb*.

— *aṭ-ṭurqa* = capi di corporazioni, capi d'arte: I, 171 (135) n. 177.

Arbi'ā', plur. di *rabī'*, canali d'irrigazione: II, 247.

Arbitrato: pei dissensi dei coniugi: I, 286 sg. (227) e n. 368; fra due parti in lite II, 552–554.

Arbitrio (prudente): v. *iġtihād*.

'*Arbūn* = *'urbūn*, caparra: II, 57 n. 237.

Arḍ, plur. *arāḍin* = terra.

— '*anawiyyah* (o '*anwiyyah*) = terra tributaria di conquista propriamente detta: I, 368 sg. (292 sg.) e *passim*: v. regime fondiario.

— *bayḍā'* = lett. terra bianca, cioè terra seminativa: II, 314.

— *ḍāt 'uyūn* = fondo rustico con irrigazione regolare: II, 250.

— *ḫarāġiyyah* o *Arḍ al-ḫarāġ* = *ager vectigalis*, terra tributaria, I, 99 (77), 362 (287) e *passim*; v. regime fondiario.

— *mamlūkah* = terra di proprietà privata: I, 412 (327).

— *ma'mūnah* ovv. *ma'mūnat ar-rayy* = fondo rustico con irrigazione assicurata, regolare: II, 250.

— *ma'mūrah* = terra coltivata: I, 186 (146) n. 231.

— *maṭar* = terra dipendente per l'irrigazione dalle acque piovane: II, 250.

— *matrūkah* = terra rilasciata, concessa: in diritto ottomano la concessione di pascolo o legnatico o semina data dallo Stato sul demanio pubblico a certe collettività, specialmente tribù sedentarie o nomadi: I, 404 (321).

— *mīriyyah* = terra demaniale: II, 423.

— *mu'īnah* = fondo rustico con irrigazione regolare: II, 250.

Arḍ ṣulḥiyyah = terra tributaria di trattato o capitolazione, terra pacifica, quella cioè i cui abitanti si sono convertiti all'Islām: I, 368 (292) e *passim*; v. regime fondiario.

— *'ušriyyah* = terra di decima: I 362 (287), 375 (298); v. regime fondiario.

'Arḍ, plur. *'urūḍ*: merce, cosa mobile destinata al commercio ed al consumo I, 178 (139) e n. 198, **312** (**248** sg.), 410 (325); II, 65; cosa mobile in genere, escluso l'animale, il danaro, la derrata che si pesa o si misura I, 313 (249).

Aria: cosa fuori commercio I, 318 (253); proprietà della colonna d'aria sul suolo I, 371 (294); vendita della colonna d'— I, 450 (357).

'Arīf = capo di corporazione di macellai: I, 171 (135), n. 177.

'Āriyah o *'Ariyyah* o *'Āriyyah* da *a'rà* comodare = comodato, precario I, 450 (357); II, 23, 373, 401, 436; = usufrutto concesso a titolo benefico di una o più piante I, 354 (281), 455 (361); II, 183, 184.

Arkān, plur. di *rukn* = lett. colonne, basi; precetti fondamentali [dell'Islām]: I, 10 (8); elementi essenziali, requisiti: v. *rukn*.

Arricchimento indebito: II, 53–69; v. inoltre *ribā*.

Arš = risarcimento: I, 76 (59) n. 185; I, 339 (270); II, 457, 460, 463.

'Arš = (in Algeria) concessione di pascolo o legnatico o semina che lo Stato costituisce sul demanio pubblico a favore di certe collettività, specialmente delle tribù sedentarie o nomadi: I, 404 sg. (321) e n. 434; I, 443 (351) n. 594.

'Arṣah = area: I, 451 (358).

Artigiano: privilegiato fra i creditori: I, 137 (108); contestazione con l'— II, 261; sua imperizia II, 261, 264; sua colpa II, 264; sua responsabilità per le cose affidategli II, 264 sg.; morte dell'— II, 268; difetti del suo lavoro II, 272 sg.; — che ruba in casa del datore di lavoro II, 454; v. altresì cottimo e sotto locazione-conduzione: locazione di opere.

'Aṣabah = agnati maschi: I, 160 (126); v. *'āṣib*.

'Aṣābah = parentela per via di maschi: II, 495.

'Aṣabāt = agnati maschi: I, 202 (160); v. *'āṣib*.

Asbāb, plur. di *sabab* = lett. motivi, cause, quindi titoli [per cui si può essere chiamati alla successione]: II, 501.

Asbāb at-tamalluk = modi di acquisto della proprietà: I, 406 (322).

Ascendenti: v. famiglia, e sotto successione: eredi legittimari ecc.

Aṣḥāb, plur. di *ṣāḥib* = lett. padroni, quelli che hanno, quelli che seguono, quelli del ...:

— *al-farā'iḍ* = eredi legittimari: II, 505, 506; v. *farḍ*.

— *al-ḥadīṯ* = cultori del diritto che davano al ragionamento meno valore che non i Ḥanafiti, basandosi piuttosto sui *ḥadiṯ*: I, 47 (37).

— *ar-ra'y* = razionalisti [nel senso di cultori del diritto che davano al ragionamento più importanza di altre scuole], Ḥanafiti: I, 47 (37).

Aṣḥāb at-taḫrīǧ = dottori che si limitano a dare la preferenza ad una tra le dottrine prevalenti in una scuola: I, 79 (62) n. 199.

'Āṣib, plur. *'aṣabah*, plur. del plur. *'aṣabāt* = parente maschio della linea maschile o agnato: I, 159 (125), 160 (126), 180 (142), 202 (160), 242 (192) n. 193, 290 (230); II, 496, 505, 506, 509; *passim* II, 514–524; anche alcune parenti donne possono prendere la qualità di *'āṣib* II, 515 sg.; un estraneo può essere riconosciuto — ? II, 520.

— *an-nasab* = agnato naturale: I, 159 (125).

— *as-sabab* = *agnatus ex causa* I, 159 (125).

— *bi-ġayrihi* = agnato per causa d'altri: II, 515.

— *bi-nafsihi* = agnato per se stesso o *jure proprio* II, 515, 516.

— *ma'a ġayrihi* = agnato con altri II, 515, 516.

Aṣl, plur. *uṣūl* = lett. base, fonte (di diritto): I, 48 (38); v. inoltre *uṣūl*;
= regola di diritto: II, 580, 617, 618;
= cosa principale, sostrato o sostanza I, 316 (252);
nel *salam* = oggetto [del *salam*], prestazione cui si obbliga il debitore: II, 171;
= bene immobile: I, 313 (249); fondo: II, 415;
(parlando di eredità) *uṣūl* = frazioni in cui si divide l'eredità: II, 412.

al-Aṣl 'adam at-tafrīṭ wa 'l-'adā' = di regola [si presume] la mancanza di negligenza e di colpa: II, 76 e n. 296.

al-Aṣl barā'at aḏ-ḏimmah = di regola ognuno è libero da obbligazione: II, 12.

al-Aṣl fī 'l-kāläm al-ḥaqīqah = le parole nel discorso ordinario si adoperano secondo il loro significato: I, 57 (44).

al-Aṣl fī 'l-umūr al-ibāḥah = la regola fondamentale del diritto (lett. nelle cose) è la libertà (lett. la liceità): I, 7 (6), 12 (9) n. 62.

Aslama = vendere con prezzo anticipato: II, 174; v. *salam*.

Assenso: tacito del Profeta I, 36 (29); v. inoltre consenso, silenzio, ratifica ecc., e sotto volontà: espressione della volontà.

Assenza (*faqd* e *ġiyāb*): creditore assente I, 136 (107); definizione dell'assente o scomparso I, 162 (127): scomparso in terra musulmana I, 162–165 (128–130), non musulmana I, 166 (130), in guerra I, 166 sg. (130 sg.), in tempo di epidemia I, 167 (131); diritti patrimoniali dell'assente I, 163 (128), 166 sg. (130 sg.); II, 500, suo matrimonio I, 163–167 (128–131); l'assente e il consenso al matrimonio I, 212 (167); mantenimento dei suoi figli I, 246 (195); l'assente e il giuramento d'astinenza I, 269 (213), e la presa di possesso di donazione, *waqf*, elemosina I, 331 sg. (264); e la prescrizione acquisitiva I, 347 sg. (276) e n. 166; intervento in giudizio di un estraneo per l'assente II, 357 sg.; fideiussione per l'assente II, 485; — del debitore II, 489; successione dell'assente II, 500; coerede assente II, 529; rappresentato dal *qāḍī* II, 565, da un ministro a Fez II, 557; l'assente e la lite nel suo interesse II, 577, e la prova testimoniale II, 609; — del convenuto II, 625; rivendicazione contro un assente II, 633; — e la presunzione della morte II, 622.

Assicurazione: contratto di — II, 60.
Assistenza (*nuṣrah*): dovuta al Califfo I, 25 (19).
— all'incapace: v. tutela e curatela.
Astinenza: v. giuramento di astinenza.
Astrologia: v. scienze occulte.
'Atah = demenza, alienazione mentale totale: I, 132 (103); imbecillità: I, 304 (241).
'Atāq o *'atāqah*: v. *'atq*.
Ateismo: atei equiparati agli idolatri I, 98 (77), 207 (164); v. inoltre miscredenza.
Aṭhār: v. *ṭuhr*.
'Atq o *'atāq* o *'atāqah* = affrancamento: I, 148 (117); *per l'indice analitico* v. emancipazione di schiavo.
Atti: terminologia degli — umani I, 8 sg. (7) e n. 52; — del cuore e del corpo I, 10 (8).
— del culto: v. culto.
Atto del Profeta: efficacia della tradizione che lo riguarda I, 63 (49).
— di disposizione: del compratore sulla cosa affetta da vizio redibitorio II, 150 sg.; sulla cosa acquistata con diritto di opzione II, 164; del donatario sulla cosa donata II, 403.
— di emulazione: v. *ḍirār*.
— di liberalità: v. atto gratuito.
— di ordinaria amministrazione: dell'insolvente I, 135 sg. (106 sg.); della maritata I, 234 (185).
— di ultima volontà II, 541 sg.; v. altresì testamento.
— gratuito: dell'impubere I, 128 (100), 296 (235); del malato I, 130 sg. (102 sg.); dissimulato sotto forma di atto oneroso I, 131 (103); del prodigo I, 133 (104); dell'insolvente I, 135 (106); II, 101 sg.; dello schiavo *mukātab* I, 152 (119), 234 sg. (185 sg.); del tutore I, 296 (235), 298 (237); — e il retratto I, 396 (314); nullità di una parte dell'atto gratuito II, 52; — del socio di una società fiduciaria II, 295; del gerente una accomenda II, 329, 330; non compreso nel mandato II, 343; — dello schiavo autorizzato a commerciare II, 355; del *negotiorum gestor* II, 360, n. 87; ne è elemento essenziale la presa di possesso del beneficiario II, 402; la fidejussione è — II, 484, 486; il testamento considerato — II, 531; v. inoltre contratti di beneficenza.
— illecito: I, 9 (7) n. 52 (v. inoltre *ḥarām*); mandato di compiere un — — II, 338, 342, 344; e lo schiavo *ḏimmī* autorizzato a commerciare II, 355; imposto al legatario II, 540.
— invalido: v. invalidità.
— lecito: I, 8 sg. (7) e n. 52; v. inoltre *mubāḥ*.
— lucrativo: v. atto gratuito.
— nullo: v. nullità.

Atto obbligatorio: I, 8 sg. (7) e n. 52; v. inoltre *farḍ*.

— oneroso: nullità di una parte dell'atto — II, 52; per la sua efficacia basta il consenso II, 402.

— personale: I, 296 (235).

— pubblico: pel pegno II, 470; per costituire un'ipoteca II, 483; v. inoltre testimoni, notaio.

— raccomandato: I, 8 sg. (7) e n. 52; v. inoltre *mandūb*.

— rescindibile: v. rescindibilità e *fāsid*.

— riprovevole: I, 8 sg. (7) e n. 52; v. inoltre *makrūh*.

— scritto: nel *salam* II, 174; nella società agricola II, 306; nel contratto di irrigazione II, 313; nel contratto di piantagione II, 319; nel deposito II, 363, 367; nella donazione II, 401, 614 n. 330; per un *waqf* II, 429, 614 n. 330; entrato in uso per varî atti II, 614 e n. 330.

— segreto: v. notaio.

— valido v. validità.

— vietato: I, 8 sg. (7) e n. 52; v. inoltre atto illecito.

— viziato: v. *fāsid*.

Attore: *passim* nel Libro XVI: definizione II, 554 n. 15; II, 580-582, 583; requisiti della domanda dell'— II, 586, 587; sua domanda respinta II, 586 sg., 587; e la prova II, 570, 572, 592; deve presentarsi personalmente II, 575; suo giuramento II, 593, 625.

Autorità (*walāyah*): sua fonte è Dio I, 17 (13).

— maritale: diritto del contratto di matrimonio I, 213 (168), 215 (169 sg.); annoverata tra i diritti patrimoniali I, 229 (181), 311 (247); diritti del marito in virtù dell'autorità maritale I, 229 sg. (181 sg.), 231 (183); durante la *'iddah* della ripudiata I, 264 (209); rinuncia dell'— nel ripudio con riscatto I, 272 (216); abuso di — I, 285 sg. (226 sg.); non trasmissibile II, 500.

— paterna: v. patria potestà e tutela.

— pubblica: promuove l'azione II, 557.

Autorizzazione: — del Principe per la bonifica d'una terra morta I, 418 sg. (332) e n. 509, e n. 510; v. anche concessione.

— a commerciare: data allo schiavo I, 146 (115); II, 352-356 e la *musāqāh* II, 312; e il deposito II, 362, e il comodato II, 374, e la fidejussione dello schiavo II, 485.

— a testare: data dal padrone allo schiavo II, 533.

Ava: v. sotto successione: eredi legittimari.

Avo: v. famiglia e sotto successione: eredi legittimari, caso dell'avo.

Avulsione: proprietà della terra avulsa I, 420 (333).

'Awd e 'Awdah = revoca [del *ẓihār*]: I, 271 (215) n. 307.

'Awl = lett. accrescimento, ossia riduzione della quota ereditaria [in caso di insufficienza dell'attivo], cioè aecrescimento del denominativo della frazione: II, 513, 518.

Awlà raġulin ḏakarin = il parente maschio più prossimo: II, 514.

Awlādiyyāt waqf (turco) = *waqf* di posterità o *waqf ahlī*: v. questa voce: II, 434 n. 220.

Awliyā' = (nel tempo preislamico) consorti: I, 2 (2); congiunti gli uni degli altri: I, 180 (142); congiunti maschi: I, 191 (151).

'Awn = usciere di tribunale: II, 566.

'Ayb = vizio redibitorio: I, 275 (218).

— *kabīr* = vizio grave, cioè uguale o superiore al terzo o al quarto del valore dell'immobile: II, 144.

— *mutawassiṭ* = vizio medio, cioè inferiore al terzo del valore dell'immobile: II, 144.

Ayn, plur. *a'yān* = cosa, cosa determinata, individuata, oggetto che ha esistenza individuale e concreta, individualmente determinato, *res certa*, *species*, individualità della cosa: I, 308 (245), 310 (246 e 247) e *passim*; v. cosa determinata; = oggetto individualmente determinato (*species*) in cui consiste la prestazione dovuta dal debitore (distinto da *dayn*) II, 2;
= sostanza della cosa I. 435 (345);
= imposta del 2,50 % sui capitali consistente in numerario I, 177 (139).

'Azīmah = consenso espresso, cioè adottato formalmente da tutti i Dottori o che risulta dalla loro pratica concorde I, 42 (33) n. 39.

Azione: risultante dall'obbligazione II, 3; è volontaria II, 554; definizione II, 555 e n. 18.

— di credito I, 311 (248) n. 15; II, 2; — per le spese sostenute pel pegno II, 479; — del fidejussore contro il debitore II, 490; — nascente da un deposito II, 110, da un furto II, 453 sg.; — di nunciazione I, 336 (267) n. 115; — di regresso: v. regresso; — di rescissione: v. rescissione; — nossale II, 10; — popolare II, 557; — possessoria: v. possesso; — pubblica ignota al diritto islamico II, 557. — reale I, 311 (248) n. 15; giuramento suppletorio nell'— reale II, 633; prescrizione dell'— reale II, 587; l'— reale è promossa solo contro il possessore II, 589 n. 194; — dell'attore e la malleveria di comparizione del convenuto II, 493; — redibitoria II, 146-154; prescrizione dell'— redibitoria II, 111, 151; v. anche vizio; — revocatoria: v. revocazione; — rivendicatoria: I, 429-433 (340-343).

Baco da seta: sua commerciabilità I, 321 (256).

Bagno: turbativa del possesso pel vicino I, 335 (266); in condominio I, 388 (308), 390 (309), 392 (311); oggetto di retratto I, 396 (314); salario del bagnino II, 256; responsabilità del guardiano d'un — II, 263.

Bā'in = dirimente, in forma dirimente (detto di ripudio), definitivo: I, 115 (90), 236 (186), 257 (204), 262 (207 e 208), 266 (211), 270 (214), 275 (218), 287 (227); = donna ripudiata definitivamente: I, 243 (193).

Ba'l = terre irrigate naturalmente dalle piogge, da acque correnti o da pozzi: I, 177 (139);
= marito e padrone: I, 192 (151);
= *dominus*, colui che ha completa potestà sulla cosa: I, 352 (279).

B a l a d = centro abitato: I, 372 (295).

B a l i a t i c o: consenso del marito ad esso I, 235 (186); II, 255; servigi della balia II, 256; fine del contratto di — II, 267 sg., per malattia della balia II, 268; cattivi costumi della balia II, 269.

B a m b i n o d e r e l i t t o: si presume libero I, 13 (10), 141 (111).

B a n d i t o r e: salario del — II, 256.

B a q ā' m ā k ā n a 'a l à m ā k ā n a = lett. il permanere di quanto esisteva nel modo in cui esisteva, ossia il perdurare delle medesime condizioni di fatto fino a prova contraria, la esistenza di uno stato di fatto essendo accertata: I, 327 (260).

B a r ā' à h = liberazione in seguito all'adempimento di una obbligazione II, 83; v. anche *b a y' a l - b a r ā' a h*.

B a r a t a = *contractus mohatrae*: II, 395.

B a r b i e r e: v. *a r t i g i a n o*.

B a r ī' = liberato in seguito all'adempimento di una obbligazione, *solutus*: II, 83, 103.

B a r n ā m a ǵ = fattura o distinta che accompagna una spedizione od una balla di merci e ne contiene la descrizione esatta: II, 126.

B a t ā t = definitivo, perentorio: I, 150 (118).

B ā ṭ i l = nullo, cioè radicalmente invalido, inesistente: II, 37 e n. 153; II, 38, 47, 491; per aš-Šāfi' non vi ha differenza fra *bāṭil* e *fāsid*: II, 38 n. 155; = ingiustizia II, 570; v. anche *b i - ' l - b ā ṭ i l*.

B ā t t = definitivo: II, 127; = [dichiarazione di volontà] pura e semplice: II, 28.

B a t t a h = con ripudio dirimente: I, 266 (211).

B a w w ā b = usciere [di tribunale]: II, 566.

B a y' = compra-vendita (si applica anche alla permuta, al contratto di cambio e ad ogni contratto commutativo): II, 65, 104, 112, 121, 287 e *passim* (*per l'indice analitico* v. c o m p r a - v e n d i t a e le voci dei singoli contratti);
= nella lingua classica compra-vendita, *emptio-venditio*: II, 112, 113, nel dialetto qurayšita più precisamente « vendita » e così anche spesso nella lingua giuridica: II, 113;
= commercio, negozio: II, 113 n. 2; II, 388.

— *a l - a m ā n a h* = *venditio fiduciae*; pei Ḥanafiti = *bay' aṭ ṭunyā* (v. questa voce): II, 159, 483.

— *a l - b a r ā' a h* = vendita con clausola di immunità, cioè senza responsabilità: II, 149.

— *a l - ǵ a r a r* = compra-vendita aleatoria: II, 122.

— *a l - ǵ u z ā f* = vendita in massa o in blocco (*per aversionem*) per un prezzo unico: II, 123.

— *a l - ḥ a ǧ a r* = *lett.* vendita alla pietra, specie di vendita aleatoria: II, 55.

— *a l - ḥ a ṣ ā h* = lett. vendita al ciottolo o alla pietra, specie di vendita aleatoria: II, 121.

— *a l - ḥ a w ā'* = vendita della colonna d'aria che sovrasta il fondo o un edificio a taluno che si propone di costruirvi: I, 450 (357).

Bay' al-ḫiyār = compra-vendita con facoltà di risoluzione o diritto di opzione, diritto cioè di risolvere il contratto entro un termine stabilito: II, 162; v. sotto compra-vendita: varietà di c.-v.

— *al-iḫtiyār* = vendita alternativa, cioè vendita definitiva rispetto ad uno fra più oggetti della stessa specie, la cui determinazione è rimessa al compratore: II, 167 sg.; v. sotto compra-vendita: varietà di c.-v.

— *al-iḫtiyār wa 'l-ḫiyār* = compra-vendita alternativa con facoltà di risoluzione, ossia il contratto per cui il compratore può scegliere uno tra più oggetti e, scelto questo, si riserva la facoltà di decidere se lo comprerà: II, 167; v. sotto compra-vendita: varietà di c.-v.

— *al-'īnah*: v. *'īnah*.

— *al-Islām* = lett. vendita islamica, cioè la vendita con garentia dei vizi occulti per virtù del contratto, senza bisogno di patto speciale: II, 141.

— *al-istiġlāl* = vendita di godimento, atto con cui il compratore con patto di riscatto stipula il diritto di dare in locazione la cosa acquistata e di riscuoterne il fitto: II, 159.

— *al-isti'mān* = compra-vendita fiduciaria: II, 122.

— *al-kālī bi 'l-kālī* = vendita di un credito mediante un altro credito: II, 200.

— *al-manāfi'* = lett. vendita delle utilità, cioè locazione: II, 232.

— *al-miftāḥ* = lett. vendita della chiave, cioè del diritto di accesso o diritto di entrare ed uscire a volontà = *rubṭah* (v. questa voce): I, 448 (355).

— *a-muqāyaḍah* e *Muqāyaḍah* = permuta (Ḥanafiti): II, 177.

— *al-muzāyadah* = vendita al pubblico incanto: II, 15.

— *an-naǵaš* = il fatto di chi vanta una merce esposta in vendita ed offre un prezzo, d'accordo col venditore, per modo da indurre altri a comperarla per un prezzo superiore al suo valore reale: II, 44.

— *aṣ-ṣubrah* = vendita in massa o in blocco (*per aversionem*) per un prezzo unico: II, 123.

— *aṭ-ṭunyā* = vendita con patto di riscatto, cioè il contratto con cui il venditore si riserva di riacquistare la cosa venduta, rimborsandone il prezzo al compratore: II, 32, 158 sg.; v. sotto compra-vendita: varietà di c.-v.

— *al-wafā'* = *bay' aṭ-ṭunyā* (v. questa voce) per i Ḥanafiti: II, 159, 483.

— *bi-ribḥ* = *murābaḥāh*, cessione mediante un beneficio o premio fisso: II, 157; v. sotto compra-vendita: varietà di c.-v.

— *wa salaf* = contratto di vendita e mutuo: II, 396.

Bay'ah = lett. stretta di mano, palmata, quindi (nell'antica Arabia) compra-vendita o qualsiasi convenzione; tanto il contratto quanto la forma o simbolo che ne indicava la conclusione; (in seguito) forma solenne di investitura del Califfo: I, 21 (16);

effetto della — I, 21-26 (16-20); sua forma degenerata I, 28 (22).

Bay'ah qahriyyah = investitura forzosa del Califfo: I, 31 (24).

Bay'atāni fī bay'ah = due contratti in uno, il che si ha quando, per esempio, uno vende una casa a patto che il compratore venderà o locherà la sua casa al venditore: II, 32, 122; oppure vendita a termine e ricompra per contanti e viceversa: II, 395.

Bayt al-māl = erario, cassa dello Stato: il — e il bottino I, 93 (73); e la successione del *ḏimmī* I, 105 (82), 107 (84); patrono del liberto musulmano emancipato da un infedele I, 160 (125), del liberto affrancato in nome della Comunità I, 159 (125) n. 145; — e i beni dello scomparso I, 163 (128), e quelli dell'apostata libero I, 170 (133);

I, **174–189 (137-149);** mantiene talvolta i figli dello schiavo I, 288 (228), il trovatello I, 307 (244); il — e la espropriazione forzosa I, 357 (283), 358 (284); e la confisca dei beni dei funzionari I, 358 (284 sg.); e le terre di conquista I, 369 (292 sg.), 371 (295); esercita il retratto I, 394 (313); bestiame appartenente al — I, 405 (322); il — e la terra lasciata scoperta dal mare I, 421 (334); e i beni dell'apostata I, 434 (345); e le terre demaniali I, 436–440 (346–349); canone a suo favore II, 5; il — e la mora del creditore II, 99; suoi diritti successori I, 160 (126), 172 (135); II, 58 sg., 498 n. 10; II, 504 n. 42; II, 505, 515, 519–524, 541 n. 140; provvede a pagare i *qāḍī* II, **565;** v. anche cose demaniali, miniera ecc.

Bayt māl al-muslimīn = *bayt al-māl*: I, 174 (137).

Bayt ẓulm = lett. camera d'ingiustizia, cioè erario male amministrato: II, 524.

Bayyinah = attestazione di testimoni idonei: II, 429; prova testimoniale II, 570, 593, 594; *inna al-bayyinah 'alà man idda'à wa 'l-yamīn 'alà man ankara* = la prova incombe a chi afferma e il giuramento a chi nega II, 591.

Bene inalienabile: v. *waqf*.

— patrimoniale (*māl*): definizione e requisiti I, 308 sg. (245 sg.), 309 (246) n. 6; di due specie: cose e crediti I, 310 sg. (246 sg.); diritti considerati beni patrimoniali I, 310 sg. (247); categorie dei beni I, 312–325 (248–259); solo oggetto di obbligazione II, 11.

— pubblico: v. proprietà collettiva e cose pubbliche.

Beneficenza: v. contratto di beneficenza, atto gratuito ecc.

Beni animati = schiavi, animali II, 477.

Beni mobili: v. mobili (beni).

Bi-'l-'amal, lā bi-'l-lafẓ = *non verbis, sed facto seu re* [contratto che si perfeziona] solo quando abbia avuto un principio di esecuzione: II, 89.

Bi-'l-'aqd = per il contratto, cioè in virtù del consenso: II, 26.

Bi-'l-bāṭil = senza giustizia, senza causa che giustifichi (si dice dell'arricchimento non legittimato dal consenso del proprietario): II, 67, 388.

Bi-'l-fi'l = in virtù del fatto, ossia d'un principio di esecuzione: II, 26, 27.

Bi-'l-'ibārah = mediante una enunciazione esplicita: I, 65 (50).

Bi-'l-išārah = indirettamente, attraverso un cenno, in opposizione a *bi-'l-'ibārah*: I, 65 (50).

Bi-'l-iqtiḍā' = [che si desume] necessariamente: I, 65 (51).

Bi-'l-kināyah = implicito, indiretto, indirettamente: I, 149 (117), 211 (167), 259 (205), 270 (214); II, 21.

Bi-'l-lafẓ = [contratto che si perfeziona] con la espressione (del consenso); v. anche *bi-'l-'amal*, *lā bi-'l-lafẓ*.

Bi-'l-ma'rūf = con discrezione: I, 185 (145), 302 (240).

Bi-'n-nuṭq = chiaramente espresso, *verbis*: I, 211 (167).

Bi-'l-qawl = *verbis*, con l'espressione del consenso, con la dichiarazione (delle parti): II, 26, 27, 403, 405.

Bi-ribh: v. *bay' bi-ribḥ*.

Bi-'s-sirāyah = [emancipazione] per estensione, ossia in parte: I, 149 (117), 158 (124).

Bi-'t-ta'yīn = [cosa] determinata.

Biḍā'ah: plur. *baḍā'i'* = merce, cosa destinata alla vendita: I, 313 (249).

Bid'ī = moderno, innovato; (parlando di ripudio) = non astretto alle condizioni volute dalla *Sunnah*: I, 255 (202).

Binā' = consumazione del matrimonio legalmente presunta: I, 227 (180) n. 141.

al-Bi'r ġubār (parte di un *ḥadīṯ*): v. *al-'aġmā' ġubār*.

Bonifica (*iḥyā'*): condizione per la concessione d'una terra ? I, 186 (146) e n. 233; — di terre incolte I, 416 sg. (330 sg.) e l'acquisto della proprietà I, 104 (81) n. 108; I, 354 (281), 417 (331) e n. 498; lavori di — I, 418 (331 sg.); miniera in una terra bonificata I, 376 (298) n. 299; la — e l'autorizzazione del Principe I, 418 sg. (332 sg.) e note *ibid.*; v. anche terra morta.

Bosco: v. legname.

Bottega: occupazione d'un locale ad uso — I, 447 sg., (354 sg.).

Bottino (*ġanīmah*): I, 368 (292); divisione del — I, 92-94 (72 sg.), 407 sg. (323 sg.); sottrazione dal — I, 93 (72); distinzione fra *fay'* e *ġanīmah* I, 94 (73 sg.), 96 (75); fonte di rendita del *bayt al-māl* I, 175 (138), 178 (139 sg.), 179 (141); erogazione del quinto I, 182 (143); *eximiae* poste a disposizione del Principe I, 185 (145); tesoro considerato — I, 411 (326); cosa perduta e ritrovata nel bottino I, 434 (344).

Brigantaggio: esercitato in paese musulmano da un infedele I, 106 (83).

Buḍ' = diritto di godimento della donna: I, 272 (216) n. 312.

Bulūġ = pubertà: I, 129 (101), 300 (238).

Buona fede: possesso di — I, 338-339 (268-270); presunzione della buona fede I, 338 (269), 344 (273); requisito per la prescrizione acquisitiva I, 343 sg. (273); definizione della — I, 343 (273), 344 (274); — all'inizio del possesso I, 344 (273); — e l'erede di un possessore ingiusto I, 344 (273) n. 146; il titolo di acquisto ne è il presupposto I, 344 (274); — e il retratto I, 398 (316); e la rivendicazione I, 432 (342 sg.); tutti i negozi sono di — II, 84, *idem* l'azione II, 557.

Buṭlān = nullità assoluta o inesistenza; nullità: I, 223 (176), 213 (168); II, 37.

Caccia: la selvaggina non si considera prodotto I, 318 (253); cominciata a mangiare dal cane I, 321 (256); sfuggita alla rete I, 350 (278); cosa comune

anche se in un fondo di proprietà privata I, 408 (324); accesso del cacciatore nel fondo I, 408 sg. (324); quando la selvaggina diviene proprietà del cacciatore ? I, 409 (324 sg.); sono equiparate alla selvaggina le cose rigettate dal mare, eccez. I, 409 sg. (325); — in un fondo locato II, 252.

Cadi: v. *qāḍī*.

Califfo (*imām, ḫalīfah*): I, **16–31** (**12–24**); solo capo dell'Islām I, 96 (75), amministratore del *bayt al-māl* I, 184 (145), dei fondi devoluti agli interessi pubblici I, 185 sg. (145 sg.); v. inoltre Principe.

Calunnia: conseguenze della — d'una donna onesta I, 140 (110); la pena della — II, 608 sg., 609, e il giuramento imprecatorio I, 277 (220), 278 (221); non si può transigere sulla pena per la — II, 212; il condannato per — può essere testimone ? II, 596; — e la prova testimoniale II, 610, 611.

Cambio: di monete e metalli preziosi è negozio usuraio; conseguenze II, 63, 64 sg., 93 n. 361; II, **185–192**, e la compensazione II, 194; e la transazione II, 212.

Cambiale: v. lettera di cambio.

Canale: — pubblico proprietà demaniale I, 404 (320).

Cane: cosa fuori commercio I, 320 (254 sg.), non considerato immondo dai Malichiti I, 320 (255); liquido lambito da un — I, 321 (256); selvaggina cominciata a mangiare dal — I, 321 (256); pelle conciata del — I, 321 (256); — da caccia e da pastore I, 322 (256); locazione di un cane da caccia II, 233 n. 12; può donarsi ? II, 400.

Canone: pagato dallo schiavo autorizzato a commerciare e ad esercitare una arte I, 146 (115), 151 (118 sg.); II, 352 sg.; pagato dal concessionario di terre demaniali I, 181 (142), 439 (348); nell'enfiteusi I, 441 (350), 442 sg. (351); nelle altre varietà di locazione perpetua I, 441 (352), 445 (353), 446 (354), 447 (354), 447 (355), 448 (356); nella superficie I, 451 (358); v. inoltre imposta fondiaria.

Cantatrice: non può essere testimone II, 597; v. inoltre musica e canto.

Canto: v. musica e canto.

Capacità:

— d'acquistare: nel donatorio II, 399: nel beneficiario d'un *waqf* II, 422; nel legatario II, 422.

— d'alienare: nell'affrancante uno schiavo I, 149 (117), 151 (119); nello schiavo *mukātab* I, 152 (119); e il *ḫul'* I, 273 (216); e il padre tutore I, 297 (236); II, 114, 211; e colui che fa una transazione II, 211; e l'enzelista I, 441 (350); nel delegante e nel delegatario II, 201; nel confitente II, 221; nel comodante II, 374; nel mutuante II, 385; nel donante II, 398 sg.; e il costituente un *waqf* II, 420; e il pegno II, 466; e la fidejussione II, 484.

— di contrarre: — della donna I, 125 (97 sg.), 273 (216); — dello schiavo *mukātab* I, 152 (119); — e la compra-vendita II, 113, e la dazione in pagamento II, 207; — di colui che accetta l'*iqrār* II, 223; — e la locazione-conduzione II, 232; e la società II, 288; e la *musāqāh* II, 312; e il mandato II, 336; — dello schiavo autorizzato a commerciare II, 353–356.

Capacità di disporre: I, 122 (95), 128 (100), 311 (247), 329 (262), 343 (273), 451 (358).
— di obbligarsi: e il deposito II, 361; in chi sta in giudizio II, 590; in chi presta giuramento II, 627.
— giuridica: piena I, 121 sg. (95); limitazioni della capacità I, 14 sg. (11), 121-141 (95-110); dello schiavo *mukātab* I, 152 (119); v. altresì incapace.
Caparra: contratto di — II, 57 sg.
Capitazione (*ǵizyah*): v. imposta personale.
Carne: — di animale morto I, 68 (53); — macellata dai Mazdeisti I, 99 (77) n. 78.
Casa: v. alloggio.
Caso fortuito: v. perimento, deteriorazione, forza maggiore.
Cauzione: *judicatum solvi* II, 593; v. inoltre fidejussione.
Cause civili, patrimoniali, penali ecc.: v. questioni civili, patrimoniali, penali ecc. e v. inoltre giudizio.
Cecità e il contratto fra Califfo e popolo I, 26 (20); e la guerra santa I, 88 (69); e il bottino I, 94 (73); e la tutela I, 295 (234); servigi del cieco II, 233 n. 8; II, 257; v. anche infermità.
Celibato: disapprovato I, 199 (157).
Cereali: v. derrate alimentari.
Cessione con beneficio fisso (*murābaḥah*): definizione della — II, 157 sg.
— di beni fatta dall'insolvente I, 135 sg. (106).
— per lo stesso prezzo (*tawliyah*): d'un contratto di acquisto di derrate alimentari II, 65; requisito della — II, 155 sg.; sotto forma di società in partecipazione II, 156; congiunta con una locazione d'opera II, 156 sg.
Chiesa: costruzione o restauri d'una — I, 103 (80); *waqf* in favore d'una — II, 421, 426; legato ad una —, II, 537.
Chirurgo: v. medico e professionista.
Cimitero: v. tomba.
Cittadinanza: ignota al diritto musulmano I, 96 (75).
Clientela (*walā'*): sua importanza I, 159 (125) n. 143; v. inoltre patronato.
Cloaca: turbativa del possesso I, 336 (267).
Coazione: — in religione I, 85 (66); al matrimonio I, 209 sg. (165 sg.); carattere distintivo dell'obbligazione II, 3; ingiusta o legale II, 40 sg.; società coattiva II, 288 sg.
Cognazione: v. parentela.
Collettività: *waqf* a favore d'una — II, 422, 431.
Colombi: e colombaie mobili non compresi nella locazione del fondo II, 239.
Colonía parziaria: in epoca preislamica I, 354 (281); il patto di Maometto a Ḫaybar fu una — ? I, 360 (286); — e la locazione della miniera

I, 377 (299); vietata II, 247–249; ammessa dai Malichiti di Spagna e del Maġrib II, 249; nomi diversi a seconda del contratto: *muzāra'ah* o *mas'alat al-ḫammās* o *ḫamāsah* II, 307 sg., e *passim*; *musāqāh* II, 311 e *passim*, *muġārasah* II, 318 e *passim* e anche *mu'āmalah* I, 360 (286) e *passim*, e *muḫābarah* I, 360 (286) e *passim* (v. tutte queste voci).

Colonne (le) dell'Islām (*arkān ad-dīn*): I, 10 (8).

Colpa: ripudio per colpa della donna I, 264 (209) n. 274 e n. 275; I, 265 (210); — del debitore di cose non fungibili I, 315 (251), del locatore-condomino di cosa comune I, 388 (308), dell'usufruttuario I, 457 (363); criterio nel giudicare la — II, 75; fatto non intenzionale, difetto di diligenza II, 71; — contrattuale II, 73–78; — del padrone nel danno prodotto dall'animale II, 80; del locatore d'opera II, 261, 263, o del suo aiutante II, 262; del socio II, 296; — del depositario II, 369, 372, del comodatario II, 380 sg.; — del donatario nella omessa presa di possesso II, 405; del creditore pignoratizio II, 476 sg.; fidejussione per risarcimento della — II, 487; per la colpa causa di perimento o di deteriorazione della cosa: v. perimento ecc.

Coltivazioni: lecite all'affittuario: II, 249, 251 sg.

Combattente: equiparato al malato di malattia mortale I, 130 (102).

Commercio sessuale: v. rapporti sessuali.

Commissione: contratto di — per palliare un mutuo fruttifero II, 396 sg.; v. inoltre *'īnah*.

Commorienza: I, 161 sg. (127); e la successione II, 502.

Comodato: il comodatario non possiede I, 330 (263); — che si trasforma in pegno I, 333 (265); non abbinabile con la vendita II, 122;
II, **373-383**; — di un *waqf* II, 437; sottrazione della propria cosa al comodatario II, 453; — e il pegno II, 470; — del pegno al debitore II, 482, di cosa individuata e la fidejussione II, 487; valori in — detratti dalla successione II, 525; lite relativa a un — II, 589.

Compensazione: matrimonio detto di — (= *šiġār*) I, 216 (171);
= (*muqāṣṣah*), sua definizione II, 103 sg. e n. 399 e n. 403; *officio judicis* II, 104; equiparata alla vendita II, 104, 192–196; cambio sotto forma di — II, 191.

Compenso: al fidejussore vietato II, 487; v. inoltre sotto locazione-conduzione: locazione d'opere e altresì mercede, indennità, artigianato ecc.

Composizione del sangue: v. *diyah*.

Compra-vendita: simulata II, 40, 224;
II, **112–177**: significato di *bay'* II, 112 sg.; elementi costitutivi della — II, 113–125; — di un diritto incorporale II, 115; vendita della cosa altrui II, 115 sg. e n. 11, della cosa litigiosa II, 116; requisiti per l'oggetto della — II, 116 sg.; vendita di cose fuori commercio o anche lecite, ma a chi ne farà uso illecito II, 117; di cose aleatorie II, 117–123; forme di vendita considerate aleatorie II, 120 sg.;
prezzo: suo pagamento II, 93; II, **121–125**; a ogni frazione della cosa una frazione del prezzo II, 266; garentia per il prezzo II, 487;

congiunta con altro negozio II, 32, 122 sg., 191, 396; in blocco II, 123; può rescindersi per lesione ? II, 124 sg.; il consenso nella — II, 125 sg.; vendita all'incanto II, 15 sg., 125; perfezione del contratto di — II, 126 sg. e n. 47; — su campione II, 126 sg.; subordinata a condizione II, 127; trasferimento della cosa venduta II, 128 sg. e n. 57; vendita con clausola di immunità II, 149; obblighi dei contraenti II, 154 sg.; compratore insolvente I, 137 sg. (108); II, 154 sg.

varietà della —: cessione per lo stesso prezzo (*tawliyah*) II, 155–157, negozio usurario II, 65; cessione con beneficio (*murābaḥah*) II, 157 sg.; vendita con patto di riscatto (*bay' aṭ-ṭunyā*) II, 158–162, e il *waqf* II, 425, sostituisce l'ipoteca II, 483; vendita con facoltà di risoluzione (*bay' al-ḫiyār*) II, 162–166, per palliare un mutuo fruttifero II, 363; vendita alternativa (*bay' al-iḫtiyār*) II, 167; *bay' al-iḫtiyār wa 'l-ḫiyār* II, 167;

vendita con anticipazione di prezzo (*salam*) II, 168–177; contratto assimilato alla — I, Intr., VIII (VI), con formula determinata II, 20, non obbligatorio II, 26 sg., negozio usurario II, 65 sg.; consegna dell'oggetto alla scadenza II, 93; congiunto con altro negozio II, 123; e la delegazione II, 204; concluso da un mandatario oltre le istruzioni II, 344; per palliare un mutuo fruttifero II, 394 sg.; e il pegno II, 470;

contratti di compra-vendita vietati II, 183; per la — di derrate: v. derrate alimentari; — congiunta a un cambio II, 191; vendita doppia o vendita e mutuo per palliare un mutuo fruttifero II, 32, 395 sg.;

la — del fondo risolve la locazione II, 246 e n. 59; — e il mandato II, 340; oggetto acquistato per mandato in pegno presso il mandatario II, 471; vendita della cosa donata II, 406; donazione rimunerativa equiparata alla vendita II, 410; donazione mista a vendita II, 410; compera di cosa usurpata II, 458; — di cosa individuata e il pegno II, 470; fondo dato in pegno al venditore II, 469 n. 19; vendita del pegno II, 475, 479, 480, 482, per un prezzo inferiore al debito II, 475; lite relativa a una — II, 589;

per i contratti assimilati alla — (II, 192–230): v. compensazione, mutuo dissenso, delegazione, dazione in pagamento, transazione, riconoscimento di debito, compromesso ecc.;

— dello schiavo: v. schiavitù; vendita di un libero punita I, 143 (112);

v. inoltre alienazione, termine, rescissione ecc.

Compromesso: contratto obbligatorio in virtù del fatto II, 27; assimilato alla compra-vendita II, 220; per un arbitrato: v. arbitrato.

Comproprietà: v. condominio.

Comunione: definizione della II, 286, 292 sg.; sua rescissione per lesione II, 110 sg.; crediti nella divisione di una — II, 214; volontaria, non per lucro II, 287 n. 3; regresso del comunista II, 358; — degli eredi II, 526.

Comunità (La) musulmana: I, 1–5 (1–5); sue basi I, 6–31 (5–24), 96 (75); è custode dell'ordine II, 552; suo capo I, 16–31 (12–24); e le terre di conquista I, 368 sg. (292 sg.) n. 267; I, 371 (295), e gli immobili in esse I, 370 (293 sg.), e la miniera I, 376 (298 sg.); (v. anche miniera); v. inoltre proprietà collettiva.

Concessione: di beni demaniali I, 185–188 (146—148), 403 sg. (320), a funzionari I, 187 (147), per servigi militari I, 187 sg. (147 sg.), 404 (321) n. 433; I, 455 (361); di miniera 377 sg. (299 sg.); di pascolo, legnatico, semina a collettività I, 404 sg. (320 sg.); — del Principe e i lavori di bonifica I, 419 (332 sg.); di terre demaniali in locazione enfiteutica I, 438–440 (348 sg.); doveri e posizione giuridica del concessionario I, 439 sg. (348 sg.); — benevola al vicino I, 385 sg. (306 sg.); atto scritto di — di terra II, 614 n. 330.

Conciliazione: dei coniugi I, 286 sg. (227); dei litiganti II, 579 sg.

Concubinato: concesso al marito I, 98 (125), 197 sg. (156); non ammesso dalla legge anglo-indiana I, 198 (156) n. 38; v. anche schiava.

Concussione: v. confisca.

Condanna: v. pena.

Condannato: a morte o a mutilazione grave I, 130 (102).

Condizione: apposta al consenso per un matrimonio I, 212 (168), ad un ripudio 260 sg. (206 sg.), *ẓihār* I, 270 (214), alla compra-vendita II, 127; apposta alla obbligazione II, 27–36; apposta a un *waqf* II, 427, alla garentia II, 487 sg., ad un legato II, 540.

— risolutiva: v. opzione.

Condominio: per migliorie non rimborsate dal proprietario I, 339 (269); fra coeredi I, 346 (275) n. 156; I, 387–393 (307–311); v. anche quota indivisa, proprietà collettiva, retratto.

Condotta licenziosa: v. *fisq*.

Condotto: di acque piovane turbativa del possesso I, 335 (266), 337 (268).

Conferma: v. assenso, consenso, ratifica, convalidazione.

Confessione: ottenuta con la violenza II, 48; — giudiciale II, 589–591; v. inoltre riconoscimento di diritto.

— di paternità: v. paternità.

Confisca: dei beni di funzionari I, 180 (142), 358 (284 sg.).

Confusione: di cose appartenenti a proprietari diversi I, 425 (337 sg.); della qualità di debitore e creditore nella stessa persona II, 105; della cosa data in pegno con altre II, 482; tra il patrimonio dell'erede e quello del *de cujus* sconosciuta al diritto islamico II, 498.

Congiunzione: acquisto per congiunzione di due cose immobili I, 420–421 (333–334); di mobile a immobile (= accessione) I, 421–424 (334–337); di due cose mobili (= *adjunctio*) I, 424–426 (337 sg.).

Coniugi: v. matrimonio.

Consegna: di cose pure e impure I, 322 (256); — di un fondo rustico I, 332 (264 sg.), d'un fondo urbano 332 sg. (264 sg.), d'una quota indivisa I, 333 (265), di cosa già in possesso dell'acquirente I, 333 (265); — requisito per la trasmissione della proprietà I, 427 (339); del fondo nell'*inzāl* I, 441 (350); della contro prestazione nel *salam* II, 175 sg.; nella dazione in pagamento II, 208 sg.; della cosa locata II, 238 sg.; del mezzo di trasporto locato II, 277 sg.; delle cose trasportate II, 278 sg.; della cosa mutuata II, 386 sg.,

e n. 41; del *waqf* II, 432 sg.; del pegno II, 471–474; a chi va fatta II, 472 sg. e n. 33; e la quota indivisa data in pegno II, 467 e n. 15; v. anche tradizione e sotto possesso: acquisto, trasmissione del possesso ecc.

Consenso: al matrimonio I (151) n. 4; I, 211–13 (167 sg.); del padre alla risoluzione del matrimonio della vergine II, 211 n. 312; — reciproco nella compravendita II, 16, 125 sg.; nella locazione-conduzione II, 236 sg.; nella locazione d'opere I, 157 (123), II, 255 (in 2 l.); nel mandato II, 336, 339; nel deposito II, 363; nel comodato II, 375 sg.; nel mutuo II, 386; pel pegno II, 471; degli eredi ad atti del malato grave II, 485; dei creditori ad una fidejussione del debitore II, 485; del padrone a una fidejussione dello schiavo autorizzato a commerciare II, 485; del debitore alla fidejussione II, 490; del marito alla malleveria di comparizione data dalla maritata II, 494; del debitore garantito alla malleveria di comparizione II, 494; v. altresì volontà, accettazione, ratifica, autorizzazione, assenso ecc.; e per i vizi di esso: violenza, errore, dolo.

Consenso contrario: v. mutuo dissenso.

Consenso della Comunità: v. *iǵmā'*.

Consenso dei dottori: v. *iǵmā'*, *'azīmah*.

Consuetudine (nel significato di uso): equiparata ad un testimone II, 617, 619; v. inoltre *'urf*.

Consuetudine del Profeta: v. *Sunnah*.

Consulto giuridico: v. *fatwà*, *muftī*.

Contadino: v. lavoratore agricolo.

Continenza: v. giuramento di astinenza.

Contratti:

— accessori: II, 464.

— commutativi: I, Intr. VIII (VI); — di proprietà II, 112–230; — di godimento II, 231–285.

— consensuali: sono tali la maggior parte dei contratti II, 26: compravendita II, 26, 125; gli altri contratti commutativi II, 26; locazione-conduzione II, 26, 237 e locazione d'opere II, 255; contratti d'irrigazione II, 312 sg., di piantagione II, 319; mutuo II, 386; v. altresì consenso.

— di beneficenza: II, 373–451: comodato II, 373–384: mutuo II, 384–396; donazione II, 397–412; *waqf* II, 412–451; è inoltre tale il deposito II, 361, la fidejussione II, 487; v. pure atto gratuito.

— di garentia: reali o personali II, 464; v. inoltre pegno, ipoteca, fidejussione, garentia.

— fiduciari: sono — il mandato II, 336, 345 sg., 623, il deposito II, 361, 367, 372, 623, la locazione II, 244, 262, 623, la società II, 287, 623 (e quindi l'accomenda II, 78, 332, 623), il comodato II, 378; il fiduciario è dispensato dalla prova della forza maggiore II, 78; v. anche *amīn*.

— formali: II, 20; sono — : il matrimonio I, 213 (168), II, 20, il ripudio I, 259 sg. (205 sg.), 266 (211), 269 sg. (214); II, 20; l'emancipazione di schiavo I, 149 (117); II, 20; la colonia parziaria II, 20 (v. però anche II, 313, 319), l'accomenda II, 20, 326, il *salam* II, 20, 174.

Contratti:
— obbligatori in virtù del fatto: II, 26 sg.; sono —: il deposito II, 363, la colonia parziaria (*musāqāh*) II, 305 sg. (v. però anche II, 319), il cottimo II, 272, il *salam* II, 174, l'accomenda II, 327.
— personali: II, 464.
— reali: II, 464.
Contratto: fonte di obbligazioni II, 16; elementi essenziali del — II, 16–22; classificazione dei contratti II, 23; del rappresentante con se stesso II, 19; regole d'interpretazione d'un — II, 85.
— d'irrigazione: v. *musāqāh*.
— di lavoro: v. cottimo e sotto locazione-conduzione: locazione di opere.
— di piantagione: v. *muġārasah*.
— di semina: v. *muzāra'ah*.
— nullo, rescindibile, viziato ecc.: v. vizio, rescindibilità, nullità ecc.
Convalidazione: del matrimonio d'un convertito I, 114 (89); del matrimonio o del ripudio del pupillo I, 296 (235); dell'atto invalido II, 48 sg.; del pegno di cosa in possesso del creditore II, 473.
Convenzione: v. contratto.
Convenuto: *passim* nel Libro XVI; citazione del — II, 574; deve presentarsi personalmente II, 575; costretto a presentarsi II, 578; — latitante II, 572; e la malleveria di comparizione II, 493 sg.; requisiti della sua risposta II, 588; e il suo giuramento II, 606, 610 sg., 624, 625 sg., 626 sg.; arresto del — II, 593; gli incombe talvolta la prova II, 592.
Conversione all'Islām I, 114–118 (89–92); rapporti giuridici del convertito anteriori alla — I, 114–117 (89–92); — della moglie sola I, 114 sg. (89 sg.); — di entrambi i coniugi I, 115 (90); non fa acquistare la libertà allo schiavo I, 114 (113); eredità del convertito II, 519, 522.
Corano: I, 32–35 (25–27); interpretato dalla *Sunnah* I, 35 (27); contraddizioni del — o di *ḥadīṯ* col — I, 60 sg. (47); versetti abroganti e abrogati I, 61 sg. (48 sg.); abrogazione del — per opera della *Sunnah* I, 64 (50) e n. 122; messo in iscritto per l'utilità I, 71 (56); e il *ḏimmī* I, 104 (81), 107 (84) e l'infedele I, 357 (284); II, 399; oltraggio al — I, 107 (84); suo insegnamento: quale *mahr* I, 218 (172); va retribuito? II, 257 sg.; recitazione della *fātiḥah* prima dell'atto nuziale I, 222 (176); locazione del — II, 234; giuramento sul — II, 628.
Corporazioni: d'arti e mestieri I, 171 (134) e n. 177.
Cosa:
— aleatoria: v. alea.
— apparente: = non trafugabile: v. cosa trafugabile.
— commerciabile: definizione I, 318 (253).
— comune: è fuori commercio I, 318 sg. (253 sg.); (per le conseguenze v. cosa fuori commercio); è nella categoria delle cose *nullius* I, 407 (323); oggetto legittimo di occupazione I, 407 (323), 408 sg. (324);

limitazioni di questo diritto I, 319 sg. (254); esempi di cose comuni I, 408 (324); v. anche caccia, pesca, acqua, minerale.

Cosa:

— consumabile e non consumabile: definizione I, 313 sg. (249 sg.); oggetto di usufrutto ? I, 456 (361 sg.); può locarsi ? II, 234 sg., e comodarsi ? II, 375; *waqf* di — II, 425 sg.; lite relativa a — II, 612.

— contaminata: v. cose impure.

— demaniale: considerata *waqf* I, 324 (258), 343 (272); fuori commercio I, 324 (258) (v. anche cosa fuori commercio); amministrazione del demanio I, 436–440 (346–349); v. anche proprietà collettiva.

— deperibile: rinvenimento di cosa — smarrita I, 413 (328); *waqf* di — II, 425 sg.

— derelitta: è cosa *nullius* I, 407 (323); definizione I, 412 (327); cose gettate tra la folla (*missilia*) I, 412 (327); spighe e frutti lasciati nei campi I, 412 (327); animale messo in libertà I, 412 (327) e n. 480; cose provenienti da un naufragio I, 413 (327 sg.).

— determinata: I, 310 (247); II, 2, 9; non è oggetto di *salam* II, 173; nel contratto di trasporto II, 282 sg.; come quota d'una società commerciale II, 294; deteriorazione o perimento di — II, 457 sg., 487 (v. inoltre perimento); in pegno II, 466, 471.

— determinata genericamente (*fī 'd-ḏimmah*) II, 2 sg., 9 sg.; locazione di — II, 89, 236 n. 27; II, 277.

— divisa e indivisa: definizione I, 315 sg. (251); v. inoltre condominio e comunione.

— divisibile e indivisibile: definizione I, 315 (251); in condominio I, 389 (309), 391 (310) n. 372; I, 392 (311); e il retratto I, 396 (314); in pegno II, 467.

— fungibile (e non fungibile): definizione I, 314 (250); conseguenze della distinzione I, 314 sg. (250 sg.); l'acqua è — ? I, 315 (251); può locarsi ? II, 234 e n. 14; donazione di — II, 403 sg.; perimento di — II, 457 sg., 463; *waqf* di — II, 425 sg.; in pegno II, 467 sg., 478.

— fuori commercio: quale *mahr* I, 219 (173), 225 (178); quale riscatto nel *ḫul'* I, 274 (218) e n. 323; definizione I, 318 (253); categorie di tali cose I, 318–325 (253–259); non prescrittibile I, 343 (272), eccez. I, 343 (272) e n. 143; non è oggetto di obbligazione II, 11; e il comodato II, 375; e la donazione II, 399, 400; e la donazione remuneratoria II, 411; e il pegno II, 466; *waqf* di — II, 423; e la fidejussione II, 486.

— illecita: per i Musulmani è un bene ? I, 310 (246) n. 7; può distruggersi? *ibid.*; non può donarsi II, 399; rubata II, 455; — e il *waqf* II, 426; e la fidejussione II, 486; — e il legato II, 537; v. anche cosa impura, musica, scienze occulte.

— immobile: v. immobili.

— impura: I, 320–324 (254–257): fuori commercio I, 320 (254), 379 (301) n. 313; e per le conseguenze v. cosa fuori commercio; divenuta tale per contatto I, 321 (255 sg.); sua distruzione doverosa I, 379 (301) n. 313; v. anche suini, vino, cane.

Cosa:
— inviolabile: I, 103 (81).
— misurabile: I, 314 (250); II, 64, 181.
— mobile: v. mobili (beni).
— *nullius*: I, 407-414 (323-329); oggetto legittimo di occupazione I, 407 (323); v. anche bottino, cose comuni, cose derelitte, oggetti smarriti, tesoro.
— numerabile: I, 314 (250).
— ponderabile: I, 314 (250); II, 64, 186 n. 238.
— principale: definizione I, 316 sg. (252); v. inoltre sostanza della cosa.
— pubblica: v. cosa comune e cosa demaniale, moschea, strada maestra ecc.
— religiosa: v. culto.
— smarrita: v. oggetti smarriti.
— sperata: oggetto di vendita ? II, 118; oggetto di legato II, 536.
— trafugabile e non trafugabile: importanza della distinzione fra esse I, 316 (251 sg.); nella vendita con facoltà di risoluzione II, 165; nel *salam* II, 175; mancata restituzione di essa II, 262 sg.; nel comodato II, 378, 379, 381 sg., 470; in pegno II, 477.

Costituto possessorio: trasferimento del possesso nel — I, 333 (265).

Costruttore: sue responsabilità II, 273.

Costruzione: accessorio del suolo I, 316 (252); — sul fondo altrui I, 424 (336 sg.), 451 (357); su un terreno legato II, 545 e n. 154; v. anche precario e migliorie.

Cottimo: vizio nel contratto di — II, 51; contratto di cambio congiunto ad un — II, 191; forma di contratto di lavoro II, 254; locazione d'opere congiunta ad un — II, 259;

II, **269-275;** fatto compiuto nella ignoranza della promessa ricompensa per esso II, 273 e n. 155; il contratto di trasporto è un — ? II, 275; la *muġārasah* quale — II, 318 e n. 103; II, 319; diversità fra — e *musāqāh* II, 312 e *muġārasah* II, 318 e n. 103 e accomenda II, 326, 333; mandato sotto forma di — II, 347 sg., 351; credito per un — e il pegno II, 470 n. 27.

Credito: il creditore non può vendere il debitore libero I, 142 (112); cessione del credito del padrone verso il *mukātab* I, 152 (119); tassa sulla esazione d'un credito I, 178 (139); del tutore verso il pupillo e viceversa I, 303 (241); non è oggetto di usufrutto I, 456 (362); prescrizione del — senza titolo scritto II, 111; non vendibile senza l'intervento del debitore II, 118; compensazione di due crediti II, 192-196; delegazione di credito II, 200-206; mandato di riscossione a un nemico del debitore II, 337; azione giudiziaria negata al mandatario contro il debitore II, 340; intervento di estraneo per conservare un — II, 358; donazione del — II, 400 e sua perfezione II, 403; titolo di credito detenuto maliziosamente II, 463; in pegno II, 467 e n. 12; — garantito da pegno II, 469 sg.; (v. inoltre pegno); — futuro, eventuale, sospeso a condizione e il pegno II, 469 e n. 22; II, 470 n. 27;

rimborso immediato del — per la vendita del pegno II, 475; — di cose mobili II, 475; creditori privilegiati I, 137 (107 sg.); II, 472, 481; il debitore non può essere testimone per il creditore e viceversa II, 599; scrittura di un titolo di — II, 614 n. 330; v. anche debito.

Creditore pignoratizio: v. pegno.

Cristiano: negata legittimità del potere d'un Principe — I, 31 (24) n. 153; vocazione ereditaria fra — e musulmano, fra — e ebreo II, 503 sg.; giuramento del — II, 628, 629; v. anche *kitābī*, *kitābiyyah*, *ḏimmī*, *ḏimmiyyah*.

Culto: le *'ibādāt* parte del sistema del diritto I, Intr. V (III); I, 10 (8), 15 (12), e la *niyyah* I, 92 (71 sg.); esercitato liberamente dal *ḏimmī* I, 102 (80), dalla moglie ebrea o cristiana I, 102 (80); oggetti pel culto I, 322 (256), 324 (258); sostituzione in atti del — II, 257; *waqf* in favore del — II, 421; legato per il — II, 537; v. anche doveri religiosi.

Curatela: del prodigo I, 133 (104); persone escluse dall'ufficio della — I, 140 (110), 144 (113); schiavo curatore I, 144 (113); il curatore *walī* nel proprio matrimonio ? I, 203 (160); — e il *ḫul'* I, 273 (217); — degli adulti incapaci I, 289 (229), **304-306 (241-242);** e il contratto di irrigazione II, 312; e il mutuo II, 385; e la donazione II, 403; e il pegno II, 466; e la fidejussione II, 484; v. anche tutela, inabilitazione, incapace.

Curatore matrimoniale: v. *walī*.

Custodia (del minorenne o della nubile): — dei figli del liberto I, 160 (126); spettante alla madre I, 244 (193), 290 (230); sua durata I, 244 (193), 290 (229 sg.) e n. 385; I, **289-293 (229-232);** si può cedere il diritto di —? I, 274 (217) e n. 321; I, 292 (232) n. 389.

— (di cose): e il locatore di lavoro II, 263; e l'artigiano esercente pubblico II, 264 sg.; non ogni incarico di custodire costituisce deposito II, 361.

Ḍa' wa ta'aǵǵal = operazione di sconto: II, 61 n. 253.

Daf' = consegna: II, 2 n. 3.

Daḫl = rendite e, a un dipresso, i nostri frutti civili: I, 317 (252).

Da'īf = adottato: I, 196 (155).

Ḍa'īf = debole (detto di *ḥadīṯ* i cui testimoni non sono abbastanza autorevoli): I, 56 (43 sg.).

Dalālat al-lafẓ = forma della legge, interpretazione letterale: I, 57 (44).

— *al-malfūẓ*: forma della legge, interpretazione letterale: I, 57 (44).

Dalīl, plur. *adillah* = argomento legale, fonte di diritto: I, 32 (25), 37 (29).

Ḍamān = rischio: II, 132; = fidejussione, cauzione: II, 483, 493, 593.

— *aṭ-ṭalab* = malleveria di ricercare un debitore o un convenuto o di aiutare altri a farne ricerca: II, 494.

— *'l-waǵh* o *bi-'l-waǵh* = malleveria di comparizione: II, 493, 592.

aḍ-Ḍamān bi-'l-ḫarāǵ: v. *al-ḫarāǵ bi-'ḍ-ḍamān*.

Ḍāmin = fidejussore: II, 484.

Danaro: confusione di danaro I, 426 (338); — in usufrutto I, 456 (361 sg.); v. anche numerario.

Danneggiamento: v. sotto danno: danno dato.

Danno: «fra due danni scegliere il minore»: principio di diritto I, 69 (54); — arrecato dall'impubere o dal deficiente I, 127 (99); II, 72, dall'animale o dallo schiavo II, 79–81, dalla cosa II, 81–83, dalla cosa comodata II, 383; è la turbativa del possesso I, 334 sg. (266) (v. possesso), e ogni esercizio abusivo del diritto I, 380 (302); «non danno e non danneggiamento reciproco» I, 380 sg. (302 sg.); risarcimento del — II, 70–72, 461–463; — morale II, 70 n. 273; per getto di merci in mare II, 279; per ritardata restituzione del mezzo di trasporto II, 283 sg.; — al pegno II, 476 sg.; a cosa legata II, 546; — dato II, 461–463; proveniente da colpa: v. colpa.

Dār al-ḥarb = *sedes belli*, territorio bellico, cioè paesi abitati dai non Musulmani: I, 82 sg. (64 sg.), 166 (130); obbligo ai Musulmani di emigrarne I, 89 (70); sono — i territori islamici conquistati dagli Europei? I, 89 sg. (70) e n. 39; nave cristiana considerata — I, 98 (76); scomparso nel — I, 162 (127), 167 (130).

Dār al-Islām = paesi abitati dai Musulmani, territorio islamico: I, 83 (65); sua conquista da parte degli infedeli I, 89 (70); la Legge nel — I, 96 sg. (75 sg.); non musulmani nel — I, 99 (77 sg.) (v. inoltre *ḏimmī*); scomparso nel — I, 162 (127), 162–165 (128–130), 167 (131).

Darak = *periculum*, rischio: II, 129.

Ḍarar = danno, *damnum iniuria datum*; impedimento, turbativa propriamente detta: I, 73 (57), 334 (266), 380 (302), 393 (312), 429 (340); II, 70, 72; sevizie o maltrattamenti continuati: I, 286 (226); v. anche danno.

— *al-ǧār* = lett. danno del vicino, cioè servitù prediale: I, 461 (366).

Ḍarībah = canone o diaria pagata al padrone dallo schiavo autorizzato a commerciare per proprio conto: II, 353.

Ḍarūrah = necessità, stato di necessità: I, 68 (53), 90 (70); II, 123, 312.

aḍ-Ḍarūrāt tubīḥu al-maḥẓūrāt = la necessità [fa eccezione alla regola e] rende lecito ciò che [altrimenti] sarebbe vietato: I, 68 (53); II, 393 n. 61.

Ḏāt, plur. *ḏawāt* = sostanza della cosa, *corpus rei*: I, Intr. VIII (VI); I, 435 (345) e *passim*: v. sostanza della cosa; = identità (dell'oggetto): II, 44.

Ḏāt 'uyūn: v. *arḍ ḏāt 'uyūn*.

Da'wà = azione: II, 554; = citazione: II, 574.

— *al-milk* = azione rivendicatoria: I, 429 (340).

ḏawū: v. *ḏū*.

Ḏawū 'l-qurbà = parenti [del Profeta], cioè discendenti di Hāšim (Hāšimiti) e di 'Abd al-Muṭṭalib: I, 182 (143).

Ḍayā' = smarrimento o sottrazione (della cosa): II, 368 n. 117.

Dayn, plur. *duyūn* = credito, diritto di credito: I, 178 (139); in senso stretto = prestazione di numerario o di cose fungibili: I, 310 (246 sg.); = diritto patrimoniale (debito o credito) che investe la persona: II, 2, 3, 4; = *obligatio*, vincolo obbligatorio, obbligazione che ha per oggetto una cosa generica e dà luogo ad un'azione di credito o azione personale: II, 2 sg., 9; = obbliga-

zione personale: II, 110, 174; = debito: II, 2 n. 4; v. anche *man aḥāṭa ad-dayn* ecc.;

'Alayhi dayn = è a suo carico una obbligazione, egli è debitore: II, 4.

Lahu dayn = egli ha una obbligazione, cioè è creditore: II, 4.

Dayn fī 'ḏ-ḏimmah = obbligazione che ha per oggetto una cosa generica e dà luogo a un'azione di credito o azione personale: II, 3, 9.

Dayn fī 'l-'ayn = obbligazione di dare, che ha per oggetto una cosa determinata, non fungibile: II, 2.

Dazione in pagamento (*taṣyīr*): contratto assimilato alla compravendita II, 103, **207-209**; — e il pegno II, 470.

Debito: debitore e guerra santa I, 88 sg. (69); — non è causa di schiavitù I, 142 (112); emancipazione di schiavo fatta dall'oberato I, 135 (106), 136 (117) n. 66; I, 158 (124); — del genitore verso il figlio I, 247 (195); — dell'apostata I, 170 (133); debitore oberato soccorso con la *zakāh* I, 182 (143); debitore moroso o di malafede I, 357 (283); II, 453; dello schiavo commerciante II, 355 e n. 69; pagamento di — fatto da un estraneo II, 359, 360; donazione dell'oberato II, 398 sg., 406; — del figlio donatario e revoca della donazione paterna II, 408; *waqf* del debitore oberato II, 420, 432; i frutti del pegno spettano al debitore II, 468; — esigibile subito II, 475; pagamento *pro parte* del — e il pegno II, 476; pagamento anticipato del — II, 479 n. 65; — non pagato e il pegno II, 479; fidejussione dell'oberato II, 485; — pagato a insaputa del debitore II, 485; mancato o parziale pagamento del — e la fidejussione II, 488; assenza del debitore II, 489; proroga del termine del — e la fidejussione II, 489; assunzione di — altrui II, 492 sg., e il regresso II, 493; malleveria di comparizione del debitore II, 493 sg.; debitore in prigione e la malleveria di comparizione II, 494; — del *de cujus* II, 524 sg., 526; — del legatario premorto II, 534; riconoscimento di debito o liberazione da esso fatti a un erede II, 535 sg. e n. 128; v. inoltre credito, insolvenza e per il debito garantito da pegno anche pegno.

Debolezza di mente: v. vizio di mente.

Decima: pagata dal commerciante non musulmano I, 178 (140).

— legale: v. *zakāh*.

Deficienza: v. vizio di mente.

— di causa: e la transazione II, 217.

Defunto: v. morte.

Deīn Dâvassi (in turco) = azione personale, azione per cui si reclama un credito o un diritto incorporale: I, 311 (248) n. 15.

Delegazione: sola forma di novazione pei Malichiti II, 106; contratto assimilato alla compra-vendita II, 107, **200-207**; suoi effetti II, 3 sg., 204-207; e il capitale del *salam* II, 174 n. 201; detta *ḥawālah* come il mandato di pagare II, 351 sg.; — di somma mutuata II, 386;

— della giurisdizione: II, 566 sg.

Delitto: commesso in terra estera I, 97 (76); commesso da un Mazdeista I, 99 (77) n. 78; — di sangue commesso contro un *ḏimmī* I, 103 (81), 108 sg. (85); commesso da un *ḏimmī* contro un musulmano I, 108 (85), da un con-

vertito I, 117 (92), contro un apostata I, 117 (92), da uno schiavo I, 113 (88), 145 (114); II, 10, (dato in usufrutto) I, 457 (363), dalla *umm walad* I, 156 (123); impedimento alla emancipazione dello schiavo I, 149 (117); commesso dallo schiavo *mukātab* I, 152 sg. (120), dallo schiavo *mudabbar* I, 155 (122); — commesso contro lo schiavo I, 145 (114), contro il *mukātab* I, 152 (120), contro la schiava madre I, 157 (123); irresponsabilità del padre pel — o pel quasi — del figlio I, 246 (195); — dell'avo o del padre sulla persona del nipote o del figlio I, 247 (195); — di sangue non compreso fra i fatti illeciti che danno luogo a obbligazioni II, 452; per il risarcimento del —; v. *diyah*; la presunzione è per l'innocenza II, 620.

Demanio: v. cose demaniali.

Demenza: v. vizio di mente.

Demolizione: dei lavori fatti sul fondo altrui o con materiali altrui I, 424 (336); dell'immobile legato II, 546.

Dentista: v. professionista e artigiano.

Deperimento: v. deteriorazione.

Deposito: e il debitore insolvente I, 137 sg. (108); — non reclamato dal depositante I, 179 (141); non costituisce possesso I, 330 (263); — trasformato in pegno I, 333 (265); colpa contrattuale nel — II, 74; prescrizione dell'azione di — II, 110;

II, **360-372**: contratto fiduciario II, 78, 361, 367; contratto reale II, 363; perimento o deteriorazione del — II, 367 sg., 371, 623; contratti simili al — II, 372; furto di cosa in — II, 453; il pegno quale — II, 465, 475, 479; — del pegno II, 472 e n. 33, presso un terzo II, 478, 480; dubbio se una cosa sia un pegno o un — II, 473; — del pegno presso il debitore II, 482; — di cosa individuata e la fidejussione II, 487; detratto dalla successione II, 525, 526; — della quota di un coerede assente II, 529; lite relativa ad un — II, 589; depositario considerato *amīn* II, 023.

Derrate alimentari: forzata vendita per pubblica necessità I, 357 (284); in usufrutto ? I, 456 (361 sg.); restrizioni apposte al loro commercio II, 62 sg., 129 sg., **178-184**; la permuta o vendita di esse negozio usurario II, 65; *tawliyah* di — II, 65; nel *salam* 175 sg., 176 sg.; categorie di — considerate usurarie II, 181 sg.; — nella transazione II, 212; quota di esse promessa in pagamento II, 236, 260, 276; come quota sociale II, 290 sg.; mutuo di — II, 387; — e il pegno II, 469; vendita di — e la fidejussione II, 486.

Deteriorazione della cosa smarrita in mano all'inventore I, 414 (328), della cosa rivendicata I, 432 (342), della cosa in usufrutto I, 457 (363); risarcimento per la — dovuta a colpa II, 76 sg.; — dell'oggetto d'una obbligazione II, 88 sg., della cosa venduta con patto di riscatto II, 161, della cosa locata II, 234, 243, 246, della cosa affidata al locatore di lavoro II, 263–265, della cosa trasportata II, 278, del mezzo di trasporto II, 281 sg., del deposito II, 364, 365 sg., 367–371, della cosa comodata II, 379–381, di cosa mutuata II, 387; *waqf* di cose deteriorabili II, 425; — della cosa rubata II, 454, della cosa usurpata II, 457 sg., 460, di cosa fuori commercio II, 461; apprezzamento della — II, 463 sg.; — del pegno II, 469, 476 sg.; v. anche perimento.

Determinatezza dell'oggetto dell'obbligazione II, 12; del lavoro nella locazione di servigi II, 256, nel cottimo II, 271; del pegno II, 466 sg.; del credito garentito dal pegno II, 469; non necessaria per la obbligazione garantita II, 486; v. inoltre alea.

Deturpazione: v. mutilazione.

Diaria: v. canone.

Dichiarazione:

— di morte: dell'assente II, 500.

— di nullità: del matrimonio I, 210 (166), 224 sg. (177 sg.); dell'atto nullo II, 47.

— di volontà: v. volontà.

Ḏif' = simile, equivalente; nell'uso ordinario della lingua = doppio: II, 547.

Difetto: v. vizio.

Difesa legittima: casi di — II, 73.

Diffamazione: v. calunnia.

Digiuno: per espiazione I, 268 sg. (213); v. anche culto.

Dimā' = delitti di sangue, reati di sangue: II, 71, 452.

Ḏimmah = (nell'Arabia preislamica) sinonimo di *ǵiwār*, atto con cui si assicurava taluno contro ogni offesa; promessa solenne e indeclinabile di tutela e protezione: II, 4; = patto di sicurtà concesso da un superiore a un inferiore: I, 86 (67), concesso dai Musulmani ad Ebrei e Cristiani e anche a Mazdeisti (v. *ḏimmī*): I, 86 (67), 98 sg. (77 sg.); = personalità, personalità giuridica, per cui taluno è capace di contrarre un'obbligazione attivamente o passivamente: I, 12 (10), 14 (11); II, 4; = dovere di chi ha assunto una obbligazione e con ciò ha vincolato la propria fede: II, 4; quindi personalità giuridica del debitore: I, 310 (247);

'Ammara ḏimmatahu = egli ha assunto l'obbligo di . . .: II, 4 n. 12.

fī 'ḏ-ḏimmah = [obbligazione] su cosa genericamente determinata, non specificamente designata, *res est in obbligatione*: II, 236 n. 27; II, 277.

fī ḏimmatihi ilà fūlān = egli è debitore verso il tale: II, 4 n. 12.

hāḏā fī ḏimmatī = lett. questo è nella mia obbligazione, cioè assumo l'obbligo di ciò, ne rispondo: II, 4 n. 12.

Ḏimmī = seguace della scrittura (Ebreo, Cristiano e anche Mazdeista) che, essendosi sottomesso al dominio musulmano e avendo accettato di pagare tributo, gode della *ḏimmah*, cioè protezione o sicurtà: I, 99 (77); il — e la sua legge personale I, 98 (76); suoi diritti e doveri I, 99–107 (77–84); sinonimo di *mu'āhid* I, 100 (78) n. 86; sua condizione giuridica I, 100–106 (78–83), 116 (91); II, 566; vessazioni cui è soggetto I, 101 sg. (79); culto del — I, 102 sg. (80); successione del — I, 105 (82), 107 (84), 111 (87); II, 504, 522 e n. 84; risoluzione della *ḏimmah* I, 107 (83 sg.); litigio fra un Musulmano ed un — I, 108 sg. (84 sg.); litigio e successione fra —, portati innanzi al *qāḍī* I, 109 (85), 111 (87); litigio fra — di fede diversa I, 111 (87); schiavo — I, 158 (124); II, 355; ha diritto al soccorso sulla *zakāh* ? I, 182 (143); imposte del —

I, 178 (140), 362 sg. (288), 364 sg. (289) ecc., (v. imposta fondiaria e personale); religione del figlio nato dall'unione illegittima del — con una musulmana I, 242 (192) n. 192; proprietà del — I, 356 (283); cose fuori commercio appartenenti al — I, 379 (301) n. 313; II, 455, 461; il — e il retratto I, 394 (312), 395 (314); e le cose rigettate dal mare I, 410 (325); e il tesoro I, 411 (326); e la bonifica I, 417 (331); percettore d'imposte — II, 91; non può comodarsi un Corano ad un — II, 374; — e il *waqf* 421, 426; e il furto II, 453, 455; testimone ad un testamento II, 539; capace di testare II, 533; — e il legato II, 534, 537 sg.; non c'è vocazione ereditaria fra un *ḥarbī* e un — II, 503.

Ḏimmiyyah = femm. di *ḏimmī* (v. anche questa voce); può essere sposata da un musulmano I, 101 (79); colpevole di fornicazione I, 105 (82), 106 (83) n. 117; *ʿiddah* della — I, 116 (91); — e il *liʿān* I, 278 (221) n. 336 (335); e la custodia I, 291 (231); v. anche *kitābiyyah*.

Dīnār fī dīnār = al cento per cento: II, 61 n. 251.

Ḍirār = lett. danneggiamento reciproco, cioè valersi del proprio diritto al solo fine di nuocere altrui; esercizio malizioso del diritto: II, 380 (302).

Dirham bi-dirham = al cento per cento: II, 388.

Diritti:

— dell'uomo: definizione I, 12 (9).

— di credito: I, 310 (247).

— di Dio (*ḥuqūq Allāh*): I, 10 (8); II, 553; verso la collettività: I, 11 (9); definizione dei — I, 11 sg. (9); la libertà è un — I, 13 (10); v. inoltre questioni di Stato.

— di passaggio e simili: v. servitù.

— *in re aliena*: v. diritti sulle utilità della cosa.

— incorporali: I, 310 (247); loro vendita II, 115; loro locazione II, 235.

— patrimoniali: I, **308–326** (**243–260**); definizione I, 310 sg. (247); concetto unitario dei diritti patrimoniali I, 311 (247 sg.); — dello scomparso I, 163 (128), 166 (130); dell'apostata I, 169 sg. (133); della persona giuridica I, 172 (135); del *bayt al-māl* I, 184 (144).

— personali: I, 310 sg. (247).

— reali: I, **308–465** (**243–369**); definizione I, 310 (246 sg.), 325 sg. (259); non ben distinti dalle obbligazioni II, 1 sg.; — e il *waqf* II, 424.

— sulle utilità della cosa: *jura in re aliena*: definizione I, 326 (259), 435 (345); **435–465** (**345–369**): enfiteusi (v. questa voce) I, 436–449 (346–356); superficie (v. questa voce) I, 449–452 (357–359); servitù (v. questa voce) I, 452–465 (359–369); donazione di un — II, 400; — in pegno II, 467.

Diritto: sua concezione secondo i Musulmani I, Intr. VI (IV); I, 6–16 (5–12), 71 (55), 80 (62);

civile e commerciale confusi I, 11 (9); civile e penale compresi in parte nel «*qadā'*» II, 552;

delle persone I, Intr. VII (V); I, 12 (10); I, 119–189 (93–149);

ereditario II, 495–550; sua importanza II, 497; v. inoltre successione;

giudiziario: II, 551–637;

internazionale inesistente fra Stati musulmani I, 97 (76);
islamico: suo sistema I, Intr. V–VII (III–VII); I, 11 (9); sua importanza specie sotto gli Abbasidi I, 74 sg. (58); per le sue scuole: v. scuole di diritto; non è rigido I, 80 sg. (62 sg.); v. inoltre *fiqh*, *šarī'ah*, legge islamica;
patrimoniale I, Intr. VII sg. (V sg.); I. 14 (11); v. inoltre diritti patrimoniali;
penale islamico: applicato nel delitto di un *ḏimmī* contro un *ḏimmī* di fede diversa I, 111 (87); compreso sotto la denominazione *qaḍā* II, 552;
privato secondo i Musulmani II, 53;
pubblico I, Intr. VII (V);
religioso: I, Intr. V (III); v. culto.

Disconoscimento di prole: v. paternità.

Disdetta: v. mutuo dissenso.

Diseredazione: sconosciuta nel diritto islamico II, 498.

Disparità di condizione sociale: v. equivalenza.

Disposizioni di ultima volontà: esecuzione e interpretazione di esse II, 547–549; v. inoltre testamento.

Distratto: v. mutuo dissenso.

Distruzione: v. perimento.

Divinazione: v. scienze occulte.

Divisibile: v. cosa divisibile.

Divisione: dei beni del pupillo I, 297 (236); d'un condominio I, 392 sg. (311 sg.); facoltà di chiedere la — I, 392 (311); cessazione di tale diritto I, 392 (311); della obbligazione II, 6; contratto assimilato alla compra-vendita II, 220; della eredità II, 526–530.

Divorzio: v. ripudio.

Dīwān.= registro, ufficio incaricato di tenere registro delle rendite e delle spese; ruolo delle milizie: I, 176 (139), 183 (143) n. 216.

Diyah = composizione pecuniaria, prezzo del sangue, guidrigildo: I, 109 (85) e *passim*; II, 452;
nel delitto del *ḏimmī* o contro il *ḏimmī* I, 108 (85); per un aborto I, 120 sg. (94), dovuta dalla madre che ha provocato l'aborto I, 121 (95); per il delitto contro lo schiavo e dello schiavo I, 144 sg. (114); per la uccisione di una libera I, 121 (94) n. 11; I, 124 (97); per la uccisione di una schiava I, 121 (94) n. 12, di una schiava madre I, 157 (123); — per uno schiavo *mukātab* I, 153 (120) pagata dal *bayt al-māl* I, 183 (144); — e il debitore insolvente I, 137 (107); nella colpa imputabile alle due parti II, 77; luogo ove è pagabile II, 92; suo termine II, 93; non compresa nella eredità II, 501 n. 23; omicida involontario erede e la ripartizione della — II, 503; e i diritti ereditari della gente che l'ha pagata II, 521; per pena capitale causata da falsa testimonianza II, 608; v. inoltre delitto.

Dolo: e la rimozione del tutore I, 299 (237); — del locatore condomino I, 388 (308); — di chi pianta o costruisce nel terreno altrui I, 424 (336 sg.); definixione del — II, 42 sg.; reale o verbale II, 43; rende l'atto rescindibile II, 50;

— nel perimento di cosa venduta con facoltà di risoluzione II, 165 sg.; nella delegazione II, 205 sg.; causa di rescissione d'una transazione II, 217, 218; — nel prezzo della locazione-conduzione II, 236; — del locatore di opere II, 264; del depositario II, 372: del creditore pignoratizio II, 476 sg.; — e la fidejussione II, 487; dell'esecutore testamentario II, 550; cf. anche colpa, usurpazione.

Domicilio: cambiato del debitore II, 489.

Dominio: diretto e utile del *waqf* II, 436; — dell'enfiteuta II, 253: v. inoltre godimento e diritti sulle utilità della cosa.

Donazione: fatta al pupillo e accettata dal tutore I, 297 (235); fatta dall'impubere I, 127 (100), dal malato di malattia mortale I, 130 sg. (102), dall'insolvente I, 135 (106); II, 406; — all'insolvente I, 138 (108); di schiavo I, 145 (114); fatta dalla maritata I, 234 sg. (185 sg.); — a due persone congiuntamente I, 331 (264); la *'umrà* è usufrutto o — ? I, 454 (361); — reciproca *causa mortis* e forme affini II, 59; transazione sotto forma di donazione II, 210, 216; fatta al socio d'una società II, 297; vietata — del debitore al creditore II, 390; casi dubbi di donazione II, 401;

II, **397–412**; presa di possesso nella — I, 331 (263) n. 83; II, 161, 402–406; — del genitore I, 247 (196); del genitore, del tutore e del curatore II, 403 sg.; revoca della — I, 247 (196); II, 407; varie forme di — II, 409–412; — e l'usurpatore II, 458; — allo schiavo in pegno II, 468; il testamento considerato donazione *causa mortis* II, 499; a un erede II, 535; il legato invalido e ratificato dagli eredi è una — di questi ? II, 542 e n. 145; atto scritto di — II, 614 n. 330; v. anche liberalità, atto gratuito.

— di usufrutto a vita: v. usufrutto.

Donna: esentata dalla guerra santa I, 88 (69); in tempi preislamici I, 122 sg. (96), 190–192 (150–152); II, 496; nell'Islām I, 123–125 (96–98), 195–198 (154–156); esclusa dagli uffici pubblici I, 124 (97); II, 563; *diyah* della — I, 124 (97); condizione della maritata I, 125 (98), 148 (117), 210 (166), 232–234 (184 sg.), 306 (243); II, 255, 399, 420; — prossima al parto I, 130 (102), 273 (217) n. 317; e l'emancipazione di schiavo I, 148 (117); e il patronato I, 159 (125); non può essere *walī* I, 203 (160); costretta al matrimonio I, 209 sg. (165 sg.); deflorata I, 210 (166), 211 (167); vecchia zitella I, 210 (166); suo consenso al matrimonio I, 208–211 (162 sg.); doveri della maritata I, 229–231 (181–183); claustrazione della — I, 230 (182); — indocile I 231 (183), e n. 156; — che si rifiuta di prestare il debito coniugale I, 230 (182), 233 (184), 265 (210); mantenimento della — I, 232–234 (184 sg.), 245 (194); — che abbandona il tetto coniugale I, 233 (184); — e spese della famiglia I, 234 (185), 246 (195); e mantenimento del marito indigente I, 234 (185); e l'amministrazione dei suoi beni I, 234 (185); e la presa di possesso d'una donazione I, 331 (263) n. 83, II, 232; doveri e diritti della madre I, 243–248 (192–196); può essere mandataria per un ripudio ? I, 257 (204); — impubere e il giuramento di astinenza del marito I, 268 (212); — inabile al congiungimento e il *ẓihār* I, 270 (214); requisiti della — per concludere un *ḫul'* I, 273 (216 sg.); può esercitare la tutela ? I, 294 (233), 295 (234); prescrizione contro una — I, 348 (276); può dar mandato ? II, 336 n. 7; può donare ? II, 399; — maritata e la fidejussione II, 484, e la malleveria di compa-

rizione II, 493; nella successione I, 124 (97); II, 495, 496, 496–514,515 sg.; 518, 523; esecutrice testamentaria II, 549; può essere arbitro? II, 553; rappresentata in un processo II, 576; e la testimonianza I, 124 (97); II, 597 sg., 598; e la prova testimoniale II, 609; e il giuramento II, 628, non può attestare l'idoneità di un testimone II, 600; v. inoltre matrimonio e sotto successione: eredi legittimari e *'āṣib*, ecc.

Dono: consolatorio: v. ripudio; nuziale: v. *mahr*.

Doveri religiosi: per l'impubere I, 127 (100); per il pubere I, 130 (101); trascuranza dei — I, 132 (103) n. 58; I, 140 (110); v. inoltre culto.

Ḏū = lett. possessore di, quello del...:

— *farḍ*, plur. *ḏawū furūḍ* = erede quotista (v. *farḍ*): II, 505, 506, 510, 516, 520, 523.

— *ḥaqq* = investito di un diritto: II, 335.

— *raḥim*, plur. *ḏawū arḥām* = parente uterino, cioè parente di sesso femminile e parente maschio della linea materna, *cognatus* del diritto romano: I, 242 sg. (192) e n. 193, II, 523 sg.

— *šubhah*: possessore di buona fede, colui che è in buona fede: I, 338 sg. (269), 415 (329).

— *'l-yad* = possessore: I, 328 (261).

Duḫul = matrimonio consumato: I, 129 (101); introduzione della moglie presso il marito: I, 222 (175); consumazione del matrimonio legalmente presunta: I, 227 (180) n. 141, I, 233 (184).

Ebrei: rispetto del sabato I, 102 (80); vocazione ereditaria fra Musulmani e Ebrei e fra Ebrei e Cristiani II, 504; e il giuramento II, 628, 629; v. anche *kitābī*, *kitābiyyah*, *ḏimmī* e *ḏimmiyyah*.

Eccezioni pregiudiziali: ignote al diritto musulmano II, 587.

Educazione: del minorenne I, 292 (231 sg.); del pupillo I, 295 (234).

Efficacia obbligatoria (*luzūm*): condizione per la — del contratto II, 17; v. inoltre contratti consensuali e contratti obbligatori in virtù del fatto, *lāzim*, *wāǧib*.

Elemosina: fatta ad un assente I, 322 (264); i guadagni turpi dello schiavo van dati in elemosina I, 146 (115); presa di possesso dell'— da altri per il beneficiario I, 332 (264); differenza fra elemosina e donazione II, 398; è una specie di donazione II, 411 sg.; è irrevocabile II, 412; — per la fine del digiuno II, 543.

— legale: v. *zakāh*.

Emancipazione: della donna I, 125 (98), 129 (101), 272 (216); del figlio o della figlia dall'autorità paterna I, 129 sg. (101); per l'emancipazione da quella del tutore; v. tutela.

— di schiavo: vietata al malato grave I, 131 (102); emessa dall'impubere I, 128 (100), dall'ubbriaco I, 134 (105), dall'insolvente I, 135 (106), 136 (107) n. 66; imposta dal giudice I, 147 (115);

I, **147–150** (**116–118**); quale espiazione I, 148 (116), 268 (213); per estensione I, 149 (117), 158 (124); l'emancipazione dà origine al patronato I,

159 sg. (125 sg.); definizione dell'affrancante I, 159 (125) n. 145; necessaria pel matrimonio del padrone con la propria schiava o della padrona col proprio schiavo I, 207 (164); non costituisce *mahr* I, 217 (172); impedisce che la nullità parziale tragga seco la nullità dell'intero atto II, 52 n. 214; giuramento riguardante una — II, 99 sg.. — e la locazione dei servizi dello schiavo II, 269; — di schiavo donato II, 408, per revocarne la donazione II, 408 n. 102; — di schiavo in pegno II, 475, 482; — e la revoca delle disposizioni testamentarie II, 544 e n. 150; — di schiavo legato vale revoca del legato II, 545; — e la prova testimoniale II, 610; atto scritto di — II, 614; v. inoltre atto gratuito, patronato, liberto, liberta.

Emancipazione per contratto (*mukātabah*) I, 150–154 (118–121), e la fidejussione II 487; v. inoltre sotto schiavitù: schiavo *mukātab*;

— per testamento I, 154 sg. (121); differenza fra essa e il *tadbīr* I, 155 (122);

— *post mortem* (*tadbīr*) I, 155 sg. (121 sg.); valida senza l'accettazione del beneficato I, 143 (112) n. 90; emessa dall'impubere I, 155 (122), dalla maritata al proprio schiavo I, 235 (186), dal prodigo I, 155 (122); secondo gli Sciafiiti I, 155 (122); secondo i Malichiti è un contratto I, 155 (122); al 2° posto nell'ordine di preferenza dei legati II, 543.

— a termine I, 156 (122); — in virtù di legge I, 156–158 (123 sg.);

Empietà: v. *fisq*.

Enfiteusi: — di beni demaniali I, 181 (142), 438–440 (348 sg.), di beni *waqf* I, 440 (349); vari nomi per l'— I, 440 (349); definizione dell'*inzāl* I, 441 (350); requisiti per la perfezione del contratto di *inzāl* I, 441 (350); diritti e doveri dell'enfiteuta I, 441 sg. (350); caso di più enfiteuti I, 442 (350 sg.); estinzione dell'— I, 442 (351); riscatto del fondo I, 442 (351); altre varietà di locazione perpetua I, 443–449 (351–356); si trasforma in dominio utile II, 253; affinità fra il contratto di piantagione e l'enfiteusi greca II, 322; — oggetto di *waqf* II, 424.

Ente morale: *waqf* in favore di un — II, 418 sg.; 422, 431, 433.

Enzel: v. *inzāl*.

Equità: v. *istiḥsān*.

Equivalenza (*kafā'ah*): rescissione del matrimonio per mancanza di — I, 206 (163); sua definizione I, 207 (163).

Erario: v. *bayt al-māl*.

Erba: l'— dei campi è cosa comune I, 408 (324); v. anche legname, foraggio.

Eredità: v. successione.

Ereditarietà: del godimento di terre demaniali I, 405 (321) n. 434.

Eresia: = miscredenza (*fisq fī 'd-dīn*) e = semplice eresia (*bid'ah*): v. miscredenza.

Eretico: testimonianza dell'— I, 140 (110); distinto dall'apostata I, 168 (132) n. 167; termine concessogli per ricredersi I, 169 (132 sg.) e n. 169; equiparato all'idolatra pel suo matrimonio I, 208 (164).

Ermafrodito: sua condizione I, 126 (98 sg.).

Errore: II, 44–46; sulla persona causa di rescissione del matrimonio I, 209 (165), 285 (226); nel dare ripudio I, 260 (206); l'— di diritto non è scusa legittima del silenzio I, 348 (276); professionale e la responsabilità II, 75; — di fatto e la transazione II, 217; — di diritto e la transazione II, 218; e i rapporti sessuali del creditore con la schiava pignorata II, 475 n. 47; nella testimonianza II, 608.

Esame a futura memoria: II, 556.

Escussione: del debitore II, 488–90 e n. 108.

Esecutore testamentario: v. testamento.

Esercito nemico: v. forza maggiore.

Espiazione (*kaffārah*): sua misura stabilita dall'uso I, 49 (38); per violazione d'un giuramento d'astinenza I, 268 (213); per la revoca di un *ẓihār* I, 271 (215); — imposta II, 14; per giuramento violato o pronunciato per errore II, 100; legato per una — II, 543.

Esplicito: v. *naṣṣ*.

Espressione della volontà: v. volontà.

Espropriazione: del debitore insolvente o moroso I, 357 (283); per utilità pubblica I, 357 (283 sg.); suo prezzo pagato dall'erario I, 358 (284); e la proprietà della cosa I, 434 (345).

Estimazione civile: I, 138–141 (108–110); v. anche *'adālah*.

Estinzione: dell'obbligazione II, 102–111; della fidejussione II, 491 sg.; v. anche adempimento.

Età: I, 126–130 (99–101).

Eunuco: e il giuramento di astinenza I, 268 (212) e n. 289; *ẓihār* dell'— I, 269 (214); sua paternità esclusa *ipso jure* I, 277 (220).

Evizione: dell'oggetto *mahr* I, 219 (173); garentia per causa di — II, 138–140, 486, 487; dell'oggetto d'una vendita che ha prodotto una delegazione II, 206 sg.; — di cosa donata II, 407; del pegno II, 476; dell'eredità II, 530; v. anche garentia.

Facchino: sua affermazione di aver rimesso a destinazione il carico II, 262; responsabilità del — nel perimento della cosa II, 264.

Facoltà di opzione: per la cosa locata II, 233, 242; cause di rescissione o di opzione del matrimonio I, 280 (222); vendita con facoltà di —: v. sotto compra-vendita, varietà della c.-v.

Fā'idah = vantaggio, lucro, frutti: I, 317 (252); II, 389.

Fakk al-ḥaǵr = emancipazione formale: I, 129 (101); emancipazione definitiva: I, 300 sg. (238).

Falas = insolvenza: I, 135 (106).

— *'āmm* = stato generale d'insolvenza: I, 136 (106).

Famiglia: genitore o congiunto divenuto schiavo del figlio o congiunto I, 157 sg. (124); casi in cui i figli appartengono alla madre I, 193 (152); — nell'Arabia preislamica I, 192–194 (152–154); — nell'Islām I, 195–198 (154–156); affratellamento adottivo e adozione I, 196 (155); II, 496; mantenimento

dei famigliari I, 232 sg., (184 sg.) (v. inoltre mantenimento); appartenenti alla — I, 241 (191); allattamento del figlio I, 243 (192 sg.); patria potestà, tutela del padre o dell'avo I, 244 (193), 293 sg., (233) (v. altresì patria potestà); doveri del padre I, 245 (194), della madre I, 246 (195), dei figli I, 246–248 (195 sg.); privilegi dei genitori I, 247 (195); custodia del figlio impubere e della figlia vergine I, 289–293 (229–232); prescrizione fra genitori e figli I, 346 (275); guadagno del figlio convivente col padre II, 302, della moglie II, 302 sg.; diritto del padre e della madre alla revoca della donazione II, 407; donazione onerosa del padre sui beni del figlio II, 410; l'azione di furto non si dirige contro gli ascendenti II, 454; riguardo alla successione; v. sotto successione *'āṣib*, *farḍ*.

Faqd = assenza: I, 173 (136); II, 500.

Faqīh = giureconsulto, interprete della Legge, *juris prudens*, *jurisperitus* I, 52 (40), 74 sg. (57–59), 323 (257); = studioso degli istituti del diritto positivo in opposizione ad *uṣūlī* I, 52 (41), 75 (58); = *sacerdos juris*: I, 74 (58); II, 558.

Far', plur. *furū'* = ramo, caso secondario, derivato: I, 65 (51) n. 131; v. anche *furū'*.

Farāḍi = lett. quotista, cioè il giurista specializzato nel diritto ereditario: II, 497.

Farāġ = (nei codici ottomani) tradizione delle cose di cui non si può trasmettere la proprietà, ma il semplice possesso: I, 427 (339) n. 536.

Farā'iḍ = divisione della eredità: I, Intr. VI (V); I, 11 (9); sistema delle successioni o parti ereditarie II, 497; = precetti del culto: I, 45 (35).

Farḍ = precetto, norma: II, 497; = [atto] obbligatorio: I, 8 (7), 58 (45); = [atto] meritorio, la cui omissione è punibile: I, 9 (7) n. 52; = dovere religioso I, 17 (13), di stretto precetto: I, 386 (306);

= erede legittimo, legittimario, cioè erede cui la legge riserva una quota fissa nella successione; (v. successione): I, 172 (135 sg.); II, 496; definizione e elenco: II, 505 sg., *passim* da 505 a 514; II, 517, 529, 541.

(plur. *furūḍ*) nel diritto ereditario = quota fissa: II, 497 e n. 7; II, 505, 506, 516.

— *'ayn* = precetto obbligatorio personale o di stretta osservanza, che ogni credente è tenuto a compiere personalmente: I, 9 (7) n. 52; I, 58 (45), 88 (69), 291 (231), 307 (244); II, 257.

— *kifāyah* = precetto collettivo, cui non tutti sono tenuti e da cui, compiuto che sia da alcuni credenti, gli altri sono dispensati: I, 7 (6) n. 45; I, 9 (7) n. 52; I, 17 (13), 74 (58), 88 (69), 306 (243) n. 437; I, 307 (244); II, 257, 562.

Farīḍah, plur. *farā'iḍ* nel diritto ereditario = quota fissa: II, 497 e n. 7; II, 505; = asse ereditario, eredità: II, 511, 526; v. anche *fara'iḍ*.

Fasād = rescindibilità, nullità relativa: I, 213 (168), 223 (176); II, 76, 393; invalidità: II, 37, 49–52; v. anche *fāsid*; = vizio: II, 38, 76, 393; vizio intrinseco [di un contratto]: II, 275.

— *aṣ-ṣadāq* = lett. vizi del dono nuziale: causa di rescindibilità o nullità relativa del matrimonio: I, 223 (176), 225 (178).

F a s a q a = allontanarsi, deviare dal retto cammino, quindi non tener conto o contravvenire ai precetti della legge etico-religiosa dell'Islām: II, 596.

F a s ḫ = rescissione: I, 128 (100), 209 (165), 278 (221); II, 49.

— *m ā b i ' ḍ - ḍ i m m a h f ī m u ' a ḫ ḫ a r* = vendita (lett. annullamento) da parte del creditore al debitore di quanto questi gli deve mediante una obbligazione di somma maggiore: II, 62.

F ā s i d = viziato, rescindibile: I, 225 (178), 338 (269), 396 (314); II, 38, 39, 45, 49-52, 56, 172, 260; *imperfectum negotium*: II, 132; per aš-Šāfi'ī = *bāṭil*: II, 38 n. 155; v. inoltre *f a s ā d*.

F ā s i q = *pravus*, chi non osserva i precetti della Legge divina, indegno: I, 18 (14), 69 (54); persona di condotta immorale: I, 139 (109), 140 (110), 203 (160), 207 (163), 247 (195), 294 (233); II, 596; (v. per l'indice analitico *f i s q*).

F a ṭ ḥ a l - k u w w a h = *servitus luminum*: I, 460 (365).

Fatto illecito: II, 452-463: furto II, 452-455; rapina II, 455-458; furto d'uso II, 459-461; danneggiamento II, 461-463.

F a t w à = parere giuridico: I, 418 (332); II, 564, 569, 636; v. anche *m u f t ī*.

F a w ā t = divenire irrevocabile: II, 153; mutamento o trapasso irrevocabile da una forma in un'altra: I, 415 (330); irrevocabilità: II, 50; lett. la condizione di ciò che non si può reintegrare, di ciò che è divenuto irrevocabile: II, 50 n. 203;

= [oggetto] irrestituibile [per perimento, deteriorazione, trasformazione]: I, 431 (342); II, 408; = [contratto] già eseguito da una parte: II, 87; = [obbligazione divenuta] ineseguibile [perchè l'oggetto è perito o deteriorato]: II, 98;

il — e la perdita del possesso I, 350 (278); traslativo di proprietà, I, 415 (329 sg.); — della cosa rivendicata I, 431 (342); — e l'atto invalido II, 49 sg., 132; e l'obbligazione consistente in numerario II, 87; e il debitore moroso II, 98; e l'azione redibitoria II, 153; — della cosa venduta con patto di riscatto II, 161, — dell'oggetto del mutuo dissenso II, 197 sg., della cosa donata II, 408, 411, della cosa usurpata II, 458, della cosa legata II, 545.

F a y ' = etimologicamente: ciò che viene restituito a colui cui spetta; per reminiscenza d'un passo coranico: ciò che vien preso agli infedeli senza allestimento di cavalli e cammelli, cioè senza far uso delle armi, e quindi: *a*) tributi ordinari pagati dagli infedeli; *b*) beni che fuggendo essi hanno abbandonato; *c*) successioni vacanti degli infedeli; *d*) analoghi acquisti fatti in via pacifica dal *bayt al-māl* (v. questa voce): I, 94 (74), 96 (75), 107 (84), 170 (133), **179** (**140** sg.), 182 (143); = proprietà pubblica, cioè acquisto fatto dall'erario in via pacifica: I, 421 (334);

il — è grazia divina concessa al Profeta I, 94 (74); suo impiego I, 94 sg. (74), 96 (75), 182 sg. (143) e n. 216; sono —: la successione del *ḍ i m m ī* condannato a morte per violazione della *ḍ i m m a h* I, 107 (84), i beni dell'apostata I, 169 sg. (133); II, 521 sg., vari tributi I, 178 sg. (140 sg.); la miniera in terra di decima I, 376 (298), secondo alcuni la riva abbandonata dal mare I, 421 (334).

Fay'ah: = reintegrazione dei rapporti coniugali; consumazione effettiva dei rapporti coniugali; atto sessuale: I, 268 (213) n. 293.

Ferimento: v. delitto e, per il risarcimento, *diyah*.

Feto: condizione perchè si consideri nato I, 120 (94); diritti del feto abortito per percosse I, 120 sg. (94); segue la sorte della madre I, 120 (94); v. anche aborto, parto.

Feudalità: nell'Oriente musulmano I, 187 sg. (147); — militare I, 188 (148).

Fī 'd-ḏimmah: v. *ḏimmah*.

Fidejussione: prestata dall'impubere I, 128 (100), dal malato di malattia mortale I, 130 sg. (102), dall'insolvente I, 135 (106), dalla maritata I, 235 (185 sg.); cauzione data dal tutore per costrizione del *qāḍī* I, 299 (237), data da chi esercita il retratto I, 398 (316); — del credito delegato II, 204; — di un terzo non autorizzato II, 357, 359; — illecita mediante corrispettivo II, 291;

II, **483-492**; forme speciali di — II, 492-494; v. anche atto gratuito.

Fiduciario: il tutore è un — I, 302 (240); v. inoltre contratti fiduciari.

Fidyah = il divorzio ottenuto dalla moglie mediante l'abbandono di una parte dei diritti a lei conferiti nel contratto nuziale: I, 274 (217) n. 320.

Figlia: v. famiglia e sotto successione: eredi legittimari e *'āṣib*.

Figlio: v. paternità, famiglia, successione ecc.

Figurazioni: divieto di riproduzione delle figure e eccezioni: I, 322 (256) e n. 56.

Fi'l = atto positivo o modo di agire: I, 36 (28), 37 (29) n. 22; tradizione che si riferisce ai Compagni del Profeta I, 36 (28) n. 19.

Fi'lan = effettivamente: I, 356 (282).

Filiazione: v. paternità.

Filosofia: libri di — vietati I, 323 (257).

Finestra: turbativa del possesso I, 335 (266).

Fiqh = scienza del diritto, *jurisprudentia*: I, Intr. VII (V): I, **16** (**12**); II, 258, 558; = cognizione e interpretazione della Legge divina, specialmente nei riguardi dell'etica, della teologia morale e dei doveri del culto: I, 74 sg. (58) e n. 178; = diritto positivo, legge positiva: I, 52 (40); II, 594.

importanza del — I, 16 (12), 75 (58); II, 558; sua divisione in due parti: *uṣūl al-fiqh* e *furū' al-fiqh* I, 51, 52 (40) e n. 78; fonti del — I, 32-50 (25-39) (v. Corano, *Sunnah*, *iǵmā'*, *qiyās*); metodologia giuridica I, 51-70 (40-54); ermeneutica delle fonti I, 57-70 (44-54); regole sussidiarie di diritto I, 70-73 (55-57); ufficio del — nello sviluppo del diritto I, 74-81 (57-63).

Firqah = separazione [dei coniugi): I, 278 (221).

Fisco: v. *bayt al-māl*.

Fisq = *prævitas*, empietà, immoralità, deviazione dalla retta via, dalla condotta d'un *bonus vir* (*'adl*): I, 139 (109 sg.); II, 563;

il — nel Califfo I, 18 (14), 26 (20), 69 (54); è — non osservare le leggi imperative e i precetti proibitivi I, 58 (45), non rispettare i genitori I, 246 (195); deferire o riferire il giuramento al genitore II, 596, far prestiti ad interesse II, 596; — del *walī* I, 140 (110), 203 (160), del curatore I, 140 (110), 203 (160) e n. 59, del tutore I, 294 (233), 299 (237), del *qāḍī* I, 140 (110); II, 563, 573; — e la testimonianza I, 140 (109), 140 (110); fidanzata a un *fāsiq* richiedibile in matrimonio I, 199 (157); — impedimento al matrimonio con donna di buona famiglia I, 207 (163); — e l'interdizione I, 304 (241) n. 426 (425); v. anche *'adālah*.

Fiṣq fī 'l-badan = immoralità di vita, cioè condotta licenziosa e non conforme alla legge islamica: I, 26 (20).

— *fī 'd-dīn* = miscredenza o deviazione dai principî della vera fede: I, 26 (20).

Fiṭrah = elemosina per la fine del digiuno: II, 543.

Fiume: navigabile proprietà demaniale I, 404 (320); isola nata nel fiume I, 419 sg. (333); alveo abbandonato del fiume I, 420 sg. (334).

Fondazione pia: v. *waqf*.

Fondiario (regime): v. regime fondiario.

Fondo: una terra coltivata non è oggetto di concessione del Principe I, 186 (146) n. 231; tradizione d'un — (rustico o urbano) I, 332 (264), 333 (265); non è oggetto di *salam* II, 174 sg.; locazione di fondi rustici II, 233, 247–253; fitto pagabile anticipatamente ? II, 242, 250 sg.; — con irrigazione assicurata o non II, 233 n. 8; II, 250 sg.; fine della locazione di un — rustico II, 252; terra seminativa in una piantagione II, 304, 314; v. anche immobile, precario, migliorie ecc.

Fonti del diritto: v. *fiqh*.

Foraggio: l'eccedenza del — è cosa fuori commercio I, 319 (254), 384 (304); proprietà del — I, 371 (294), 383 (304) e n. 333.

Forma: del negozio giuridico: v. sotto volontà: espressione della volontà.

Fornicazione: — in terra estera I, 97 (76); del musulmano con una *ḏimmiyyah* I, 105 (82); del *ḏimmī* con altro *ḏimmī* I, 106 (83); tra un musulmano e una *ḏimmiyyah* I, 105 sg. (82 sg.), 106 (83) n. 117; dello schiavo I, 144 (113); condannata dal Corano e dalla Tradizione I, 198 sg. (157); sua pena applicata al marito in dolo nel matrimonio nullo I, 224 (177); conseguenze per la prole I, 242 (191) e n. 191; — del padre o dell'avo con la schiava del figlio o del nipote *ex filio* I, 247 (195 sg.); — e la violenza II, 42 e n. 173; v. anche adulterio, prostituzione.

Forno: turbativa del possesso pel vicino I, 335 (266), 337 (268); in condominio I, 390 (309), 392 (311); oggetto di retratto ? I, 396 (314).

Fortezza: proprietà demaniale I, 404 (320).

Forza maggiore: sono casi di —: i vizi sopravvenuti alla moglie dopo il matrimonio I, 281 (223), l'impotenza del marito posteriore al matrimonio I, 282 (224); — e la rescissione dell'enfiteusi o la riduzione del suo canone I, 442 (350); — e l'usufruttuario I, 458 (363); nessuno risponde della — II, 77 sg.; casi di — II, 77 sg.; prova della — II, 78, 264; — che interrompe

il lavoro II, 274, che impedisce la partenza del viaggiatore II, 282 sg., che interrompe il viaggio II, 283, che impedisce al socio di partecipare al lavoro comune II, 303; può imporsi al comodatario per patto il rischio del caso fortuito ? II, 381 sg.; — e il pegno II, 477; — causa di perimento o deterioriorazione: v. perimento, deteriorazione.

Frantoio: v. olio.

Fratello: v. sotto successione: eredi legittimari e casi speciali.

Frutti (*ġallah*): considerati accessori I, 317 (252), 374 (297); comprendono i prodotti naturali della cosa, sia simili a questa, sia dissimili da essa (frutti propriamente detti) e le rendite I, 317 (252 sg.); — pendenti e la rescissione della vendita d'un fondo I, 339 (269); — degli alberi selvatici I, 408 (324); appartenenza dei — I, 374 (297), 414 sg. (329) (per quelli della miniera; v. miniera); consumati o percetti dal possessore di buona fede I, 415 (329); nella rivendicazione I, 432 (343); — spettanti all'usufruttuario e all'enfiteuta I, 414 (329), 457 (362); spese di percezione dei — nell'usufrutto I, 457 (363); — della cosa restituita per ripetizione d'indebito II, 69; — prodotti fra la costituzione dell'obbligazione e la sua esecuzione II, 88 sg.; — della cosa trattenuta dal debitore moroso II, 98; vendita del raccolto non maturo II, 120 sg.; rischio nella vendita d'un raccolto verde II, 131; consegna d'un raccolto maturo II, 131; — della cosa venduta II, 133 e n. 77; II, 134, se evitta II, 139; — della cosa restituita per vizio redibitorio II, 151 sg.; — della cosa venduta con patto di riscatto II, 161 sg.; — nella compra-vendita con facoltà di risoluzione II, 163; — agricoli acquistabili prima della maturazione ? II, 173 n. 198; parte dei — quale prezzo della locazione II, 236, 247 sg., 249; — maturi o non ancora maturi in una locazione II, 239; raccolto distrutto e la locazione dei mietitori II, 268; — del valore sociale abusivamente adoperato dal socio II, 297; — nell'accomenda II, 331 n. 152; — nel comodato II, 377; — del *waqf* II, 426; — della cosa posseduta ingiustamente II, 456; — della cosa usurpata II, 457, 460; — in pegno II, 467 (in due punti); — del pegno II, 468 sg., e n. 19; II, 476; — da dividersi fra i coeredi II, 529; — maturati d'un legato II, 546.

— civili: categorie di — ammesse I, 317 sg. (253); v. inoltre frutti (*ġallah*).

Fuḍūlī = lett. intruso, che si occupa di ciò che non lo riguarda, ossia *negotiorum gestor*, colui che agisce nell'interesse di un altro senza valido mandato legale, cioè senza mandato del *dominus negotii* o della legge: II, 356 e n. 73; in un processo II, 577.

Fuoco: cosa fuori commercio I, 318 (253 sg.).

Furū' al-fiqh = rami del diritto: I, 51 (40) e 52 (40) n. 78; v. *fiqh*.

Furāṭah = acque il cui uso era concesso per ordine di precedenza a chi primo vi accedeva: I, 353 (280) n. 193.

Furto commesso in territorio musulmano da un infedele I, 106 (83); del padre a danno del figlio I, 247 (196).

II, **452-455**; di cosa pignorata II, 475, 477.

— d'uso: v. usurpazione di godimento (*ta'addī*).

Ġabn = lesione (si ha quando l'acquisto di una cosa è avvenuto per più della tolleranza consueta o la cessione di essa per meno di quella): II, 46 sg., 124, 296, 300.

— *fāḥiš* = lesione grave: II, 530.

Ġabr = coazione, violenza: I, 209 (165), 212 (167), 295 (234); II, 3 e n. 6; II, 41; = coazione matrimoniale: I, 244 (193).

— *ḥarām* = coazione esercitata in modo illegittimo, ingiusta: II, 41.

— *ḥukmī* = coazione legale: II, 41.

Ġabriyyah = forzosa [detto della successione legittima]: I, 428 (340).

Ġaddi-l-ab = avo paterno: II, 515.

Ġāgīr = (nell'India mongolica) feudo militare: I, 188 (148) e n. 241.

Ġahl = ignoranza, spesso adoperato per *ġalaṭ* errore, cioè difetto di corrispondenza fra il concetto della nostra mente e la realtà obiettiva: II, 44.

— *aṣ-ṣifāt* = ignoranza delle qualità: II, 117.

— *bi-'ḏ-ḏāt* = errore sulla sostanza, *error in corpore*: II, 44.

— *bi-'l-ḥukm* = errore di diritto: II, 44, 45 sg.

— *bi-'s-sabab* = ignoranza della causa, errore di fatto: II, 44.

— *bi-'l-waṣf* = errore o ignoranza intorno alla qualità della cosa: II, 45.

Ġā'ib = [individuo] non presente, assente (in quanto è lontano dal suo domicilio, ma di cui si continua ad aver notizie): I, **162** (**127**), 348 (276); II, 565, 579, 633; (v. assenza); [cosa] non presente, cioè fuori del luogo del contratto: II, 36, 117 sg., 233.

Ġa'iḥah = infortunio, sinistro: II, 131, 251.

Ġā'ilah = vizio morale (libertinaggio, furto e tendenza a fuggire): II, 141.

Ġā'iz = [atto] lecito, permesso: I, 8 (7), 57 (45), 59 (46), 379 (301).

Ġalaqa = divenire di proprietà [del creditore insoddisfatto: pegno]: II, 480.

Ġalaṭ = errore: II, 44.

— *bi-'ḏ-ḏāt* = *error in corpore*, errore sulla sostanza: II, 44.

Ġāliyah = φύγαδες ossia coloni o servi della gleba, vincolati al fondo che coltivavano e che in gran numero si trovavano in Egitto, Palestina, Siria al momento della conquista araba: I, 181 (142), 437 (347).

Ġallah = prodotto o frutti, e cioè: *a*) prodotti naturali della cosa (simili ad essa o dissimili da essa: I, 317 (252), 317 (253), 456 (362); *b*) anche rendite (non però interessi sui capitali): I, 317 sg. (252 sg.), 457 (362); *per l'indice analitico* v. frutti (*ġallah*).

— *qā'imah* = frutti non percetti: I, 415 (329).

Ġalsah = diritto per l'artigiano, il quale ha deposto gli arnesi od attrezzi della sua industria od arte in un locale, di continuare ad occuparlo pagando lo stesso canone di affitto: I, 447-449 (355 sg.).

Ġalsat al-ḫanūt = *ġalsah*: I, 447 (355); v. *ġalsah*.

Ġamā'ah = comunione o collettività islamica, comunità dei Credenti: I, 2 (2), 23 (18), 24 (19), 40 (32); = Consiglio della tribù: I, 402 (319).

Ġamā'at al-mu'minīn o *al-muslimīn* = comunità islamica: I, 2 (2), 96 (75), 175 (137), 403 (320).

Ġāmi' = raccolta [di *ḥadīṯ*], pandette: I, 38 (30).

Ġanīmah = bottino di guerra (detto tanto di cose mobili quanto delle terre di conquista; v. *per l'indice analitico*: bottino): I, **92** sg. (**72** sg.), 94 (74), 96 (75), 175 (138) e n. 189; I, 178 (139), 178 (140), 179 (141), 364 (289), 367 (292), 407 (323), 411 (326).

Ġār, plur. *ġīrān* = vicino: II, 548 555; v. inoltre *ġiwār*.

Ġaraḍ ṣaḥīḥ = scopo valido: II, 11, 555.

Ġarar = alea (v. questa voce): II, 54, **56**, 119; = incertezza, indeterminatezza: II, 538; v. anche *bay' al-ġarar*.

Garentia: dell'*inzāl* I, 441 (350), della cosa venduta II, 138–154; — dei tre (giorni o notti) e — annuale per gli schiavi II, 145; — di un credito delegato II, 205 sg.; nella dazione in pagamento II, 209; delle cose scambiate per una transazione II, 216, della cosa locata II, 241, della quota sociale II, 293; nella società cooperativa di lavoro II, 302; — solidale per obbligazioni varie II, 487; ricorso per — contro i coeredi II, 530; v. inoltre contratti di garanzia, fidejussione ecc.

Ġarīb = [tradizione] fondata sulla testimonianza di un gruppo di testimoni degni di fede: I, 55 (43); v. inoltre *ġurabā'*.

Ġarīm = creditore e debitore a un tempo, *reus* (*reus debendi, reus credendi*): II, 4, 5.

Ġarrawāni = due speciali casi nella divisione della successione: II, 509.

Ġarūqah (*in Egitto*) = anticresi: II, 160 n. 161.

Ġarz al-ġiḏ' o *al-ḫašabah* = *servitus tigni immittendi*: I, 452 (359), 460 (365).

Ġaṣb = rapina, usurpazione violenta, spoliazione con violenza, spoliazione di cosa di cui si rifiuta la restituzione (in opposizione a *ta'addī* = usurpazione semplice): I, 334 (266); II, 97, 212, 247, 365, 452, **455**, 455 n. 15; II, 459; *per l'indice analitico* v. usurpazione violenta.

Ġāṣib = rapinatore, ingiusto possessore: II, 96, 374, 378, 381, 456, 460: *per l'indice analitico* v. usurpazione violenta.

Ġāyah = punto di partenza o punto di estinzione (d'una obbligazione): II, 92.

Ġayr = avanti a un agg. e anche avanti a un sost. = non:

— *an-nazar* = non di buona amministrazione: II, 343 e n. 27.

— *bāliġ* = impubere: I, 127 (99).

— *lāzim* = non obbligatorio, [contratto] da cui ognuno dei contraenti può recedere quando meglio gli piaccia: II, 26.

— *manqūl* = [cosa] immobile, non trasportabile da un luogo ad un altro: I, 313 (249).

— *ma'ṣūm* = non protetto [dalla Legge] (si dice di cosa dannosa al benessere fisico o alla sanità morale dell'uomo, cioè alla fede od ai costumi, per quanto dilettevole o vantaggiosa per altri riguardi): I, 309 (246); II, 455.

— *muḥtaram* = *ġayr ma'sūm*: v. questa voce.

Ġayr munqasim = [cosa] indivisa, che appartiene cioè a più persone congiuntamente per quote ideali o astratte: I, 315 (251).

— *muntazim* = male amministrato: II, 524.

Ġazā' = corrispettivo: I, 100 (78);
= compenso o canone, *vectigal*; contratto per cui una persona acquista il diritto di costruire o di piantare piante fruttifere sul fondo altrui, pagando detto canone; per i Marocchini una locazione o rinnovabile o perpetua: I, 448 (356).

Genitori: v. famiglia.

Gestione di affari altrui: II, 356–360; il gestore non può comodare II, 374.

Ġihād = guerra santa; regoled ella guerra; stato di guerra: I, 15 (12), 83 (65) n. 4; I, 87 sgg. (68 sgg.), 123 (96); II, 59, 559; *per l'indice analitico* v. guerra santa.

Ġihah = destinazione: I, 174 (137).

Ġilsah = I, 394 (313); v. *ḫulū*.

Ġināyah = delitto civile, offesa al bene altrui: II, 452; al plur. *ġināyāt* = diritto penale: I, Intr. VII (V); I, 11 (9), 15 (12).

Gioco d'azzardo: vietato dall' Islām II, 54 sg.; eccez. II, 55; chi vi è dedito non può essere testimone II, 597.

Gioielli: v. ornamenti.

Giudicatura; definizione II, 561.

Giudice *ḏimmī*: per le controversie fra *ḏimmī* I, 105 (82); può condannare a pena capitale I, 105 (82); le sue sentenze sono lodi arbitrali I, 106 (83).

Giudice musulmano: v. *qāḍī*.

Giudizio: II, 554–589; mandato di procedere in giudizio dato ad un nemico del convenuto II, 337; deve essere pubblico II, 556; suoi elementi essenziali II, 558; ordine e forma dei giudizi II, 574–580; istruzione del — II, 580–589; udienza del *qāḍī* II, 574 sg.; ferie giudiziarie ignote al diritto musulmano II, 574; priorità di certe cause II, 575; e la malleveria di comparizione del convenuto II, 493 sg., 592; giudizio contumaciale II, 578 sg.; domanda dell'attore orale o scritta II, 584 sg., 586; respinta dal *qāḍī* II, 586 sg.; procedura del — II, 585; la promozione della lite impedisce la decadenza del diritto II, 585; istruzione segreta del *qāḍī* II, 608; v. inoltre tribunale.

Giuramento: del *ḏimmī* I, 104 (81), del debitore insolvente I, 138 (108); figlio che deferisce il — al proprio genitore I, 140 (110), 247 (195); — detto *ẓihār*: v. sotto ripudio questa voce; — della moglie dopo un *li'ān* I, 277 (220), 278 (221) e n. 337 (338), del marito, già impotente, di aver compiuto il debito coniugale I, 282 (223 sg.), dell'abbandonata dal marito senza mezzi I, 284 (225), della moglie sulla consumazione del matrimonio II, 619; — deferito a entrambi i coniugi sul *mahr* I, 285 (226); — necessario al prescrivente ? I, 349 (278); deferito dal retraente a chi acquista una proprietà a titolo gratuito I, 396 (314); deferito al retraente I 400 (317), 400 (318); —

per completare la prova della rivendicazione di proprietà I, 430 (341); del proprietario di cosa ritrovata nel bottino I, 434 (344); — obbligatorio per la prova della forza maggiore nell'*amīn* ? II, 78; — come modo di assicurare una obbligazione II, 99 sg.; pronunciato sotto l'influsso della violenza o del dolo II, 100; — che non ha probabilità di adempimento II, 109; — per la rescissione d'una transazione II, 217; transazione per evitare un — II, 218; — e l'*iqrār* II, 220, 225, 226; — in un riconoscimento di parentela II, 230; — talvolta deferito al conduttore II, 244, al committente di lavoro II, 262, 266, al locatore di opera II, 261, 266, ai contraenti di un cottimo II, 275; — dei contraenti un'accomenda in caso di contestazione II, 332, 334; non si può dare mandato di emettere un — II, 338; — del mandante o del mandatario in caso di contestazione II, 339, 343, 345, 346; — nel caso di più richiedenti un deposito II, 367; — del depositario e del deponente II, 367 e n. 115; — circa la restituzione o il perimento della cosa comodata II, 378, 382; — in caso di dissidio fra i contraenti di un comodato II, 382; per il perimento di un pegno II, 477, 478; — del creditore prima della vendita del pegno II, 480, del creditore per rivendicare il pegno II, 482; — e la proroga del termine del pegno II, 489; a proposito di un testamento II, 539; e il procuratore del litigante II, 585; per provare il possesso II, 584; quale mezzo di prova o conferma di essa I, 341 (271) n. 135; I, 430 (341); II, 593, 609 sg., 611, 626; — in una causa per cosa mobile deteriorabile II, 612 sg.

II, **624–630** : sua grande importanza II, 624; — di sospetto II 624, di liberazione o soluzione II, 624 sg., di denegazione 625 sg., di chi ha prodotto un testimone II, 626; forma del — II, 629; — falso II, 624, 629; — del convenuto II, 588, 606, dell'attore II, 588, 620; — deferito ai due litiganti II, 619; non è dovuto dal testimone II, 605.

Giuramento di astinenza (*īlā'*): I, 267–268 (212–213), dello schiavo I, 113 (88), 268 (213) e n. 290 (291); I, 288 (229); casi in cui non produce ripudio I, 268 (212);

— imprecatorio (*li'ān*) I, 276–279 (219–222); suo scopo: il disconoscimento di paternità I, 238 (188), 239 (189), 276 sg., (219); — sue conseguenze I, 242 (192), 276–77 (219), 279 (221); II, 504; impedimento perpetuo ad una nuova unione tra le stesse parti I, 206 (163), 278 sg., (221); — non può farsi per mandato II, 338.

Giurisdizione: v. *qādī*, giudizio.

Ġiwār = atto con cui si assicurava taluno contro ogni offesa ed implicava per chi l'assumeva un debito di onore e di coscienza; protezione: I, 82 (64), 86 (67), 91 (71); II, 493 n. 125.

— presso gli Arabi preislamici I, 82 (64); convivenza con Ebrei e Cristiani concepita come — I, 86 (67); concessione di esso — I, 91 (71).

Ġiyāb = scomparsa: II, 500.

Ġiyār = panno di colore (che i non Musulmani dovevano portare sulle spalle e sul petto): I, 101 (79).

Ġizyah = tributo o imposta personale o capitazione pagata dal *ḏimmī* (v. anche *ḫarāǧ*): I, 86 (67), 99 (77), 99 sg. (78), 101 (79), 107 (83), 176 (139), 178

(140), **365-370** (**289-294**) e *passim*;; *per l'indice analitico* v. i m p o s t a p e r s o n a l e;
per alcuni giuristi = tassa di soggiorno sul territorio musulmano: I, 100 (78).

Ǵ i z y a t a l - a r ḍ = *ḫarāǧ*, tributo fondiario: I, 368 (292) n. 265.

G o d i m e n t o: — di cose demaniali concesso dallo Stato I, 405 (321); — della cosa venduta riservato dal venditore per sè ? II, 136; dazione in pagamento consistente nel — di una cosa II, 208; — nel comodato II, 374 sg., e n. 4; — del *waqf* da parte del costituente II, 434 sg., da parte del beneficiario II, 435 sg.; — del pegno II, 468; — a turno degli eredi II, 527; — v. anche d i r i t t i s u l l e u t i l i t à d e l l a c o s a; u s u r p a z i o n e d i g o d i m e n t o.

G r a n o: v. d e r r a t e a l i m e n t a r i.

G r a s s o: dell'animale morto I, 320 (255); commerciabilità del — animale I, 321 (256).

G r a v i d a n z a: durante la — la donna può rifiutarsi al marito I, 230 (182); per il mantenimento della donna nella — v. m a n t e n i m e n t o.

Ǵ u ' ā l a h = promessa di ricompensa: II, 15; = locazione di opera, cottimo: II, 254, 269, 270; v. anche *ǵ u ' l*.

G u a r d i a n o: sua responsabilità in caso di furto II, 264.

G u e l s a h al Marocco = anche enfiteusi propriamente detta: I, 447 (355) n. 611; v. inoltre *ǵ a l s a h*.

G u e r r a: combattente equiparato al malato di malattia mortale I, 130 (102).

— s a n t a (*ǵihād*): sue regole comprese nella *šarī'ah* I, 15 (12); dovere del Califfo I, 22 (17); ufficio canonico I, 23 (17) n. 117; definizione I, 83 (65) n. 4; è la forma delle relazioni fra Islām e Infedeli I, 83 (65); — contro gli Arabi idolatri I, 87-96 (68-75); volontari aiutati coi proventi della *zakāh* I, 182 (143); donazione d'un cavallo per la — II, 59; liberalità per la — II, 397 sg.

G u i c h (al Marocco; nel letterario *ǵayš* = esercito) = terre concesse gratuitamente, ma con l'obbligo di servizio militare: I, 404 (321) n. 433.

Ġ u ' l = promessa di ricompensa: II, 15, 51; locazione di opera, *locatio operis*, cottimo II, 254, 259, **270** sgg., 275, 280; *per l'indice analitico* v. c o t t i m o.

Ġ u l ā m = giovane, *juvenis* (fino ai 19 anni): I, 126 (99) n. 38.

Ġ u l ū l = furto di cosa facente parte del bottino di guerra: I, 93 (72).

Ǵ u n ū n = demenza: II, 145; = alienazione mentale intermittente: I, 132 (103).

— *ġ a y r m u ṭ b a q* = pazzia intermittente o periodica: I, 304 (241).

— *m u ṭ b a q* = demenza, furore, alienazione mentale totale, pazzia continua: I, 132 (103), 304 (241).

Ġ u r a b ā', plur. di *ġarīb* = *peregrini*, coloni o servi della gleba, vincolati al fondo che coltivavano: I, 181 (142).

ġ u r m = risarcimento: II, 76, 452, 462.

Ġ u r r a h = composizione pecuniaria (*diyah*) pagata da chi ha provocato un aborto e che si considera acquistata dal feto abortito: I, 121 (94).

Ġ u r ū r = dolo: II, 42 sg., 264; = inosservanza volontaria e cosciente dei doveri derivanti da una obbligazione: II, 73.

Ġurūr fi'lī = dolo di fatto, dolo reale: II, 43, 264.

— *qawlī* = dolo verbale: II, 43.

Ġuzāf = quantità determinata in blocco, *per aversionem*: II, 171 n. 186; v. inoltre *bay' al-ġuzāf*.

Gzā: I, 448 (356); v. *ġazā'*.

Ḥabal = imbecillità: I, 304 (241).

Ḥabar = informazione: I, 239 (189);
= tradizione, *ḥadīṯ*: II, 366;
= anche *ḫabar al-wāḥid*: I, 55 (43).

— *al-wāḥid* = tradizione fondata sull'autorità di un unico testimone: I, 55 (43); II, 535.

Ḥabb = lett. chicchi, grani, cioè prodotti alimentari che si conservano: cereali, leguminose, riso, grani oleosi e i loro prodotti: I, 177 (139).

Ḥabs = ritenzione: II, 100.

Ḥaḍānah = custodia: I, 125 (98), **244** (**193**), **289** (**229**), 307 (244).

Ḥadd, plur. *ḥudūd* = limite: I, 8 (7), 355 (282); = pena determinata dalla legge coranica: I, 93 (72), 97 (76), 124 (97), 140 (110), 224 (177), 247 (196); II, 553, 570, 596, 634; v. anche *ḥudūd*.

— *al-firyah* = pena stabilita dal Corano per la calunnia: I, 277 (220).

Ḥāḍin = custode di un minorenne: I, 160 (126), 344 (273); II, 637.

Ḥāḍir ḥukman = presente giuridicamente o legalmente, cioè che si trova nel luogo o a distanza di due giorni al più: I, 347 (276) n. 166.

Ḥadīṯ = relazione di un detto o fatto del Profeta; tradizione orale, tradizione I, 37 sgg. (29 sgg.); racconto o relazione mediante cui un fatto riguardante il Profeta è a noi pervenuto (da non confondersi con *Sunnah*): I, 37 (29) n. 22.
= *sunnat al-qawl*: I, 37 (29); v. sotto questa voce.
significato tecnico del vocabolo I, 37 (29); composto del testo (*matn*) e dell'*isnād* I, 37 (29), 52 (41); il — autentico è fonte di diritto I, 37 (29); raccolte di — I, 38 (29 sg.); valore del — I, 39 (30), 39 (31); esame dell'autenticità del — I, 52–56 (41–44); scienza del — I, 53 (41); le varie categorie di — I, 53 sg. (41 sg.); contraddizioni di — fra loro o col Corano o con l'*iġmā'* I, 60–64 (47–50); vari gradi di efficacia dei — I, 63 (49 sg.).

Ḥaġariyyah (da *ḥaġar* = pietra) = regola relativa ad un caso speciale nella divisione della eredità: II, 510.

Ḥaġb al-isqāṭ = preclusione per decadenza (da una successione): II, 502.

— *aṣ-ṣifāt* = esclusione per ragione delle qualità (da una successione): II, 502 sg.

Ḥāġib = usciere [di tribunale]: II, 566.

Ḥaġr = interdizione, inabilitazione; vincoli, impedimenti, limitazioni della capacità; causa che limita, causa di limitazione: I, 14 sg. (11), 122 (95), 122 (96), 134 (105), 155 (106), **304** (**242**); II, 113 n. 5; II, 356.

— *al-ḥaġr bi-'d-duyūn* = inabilitazione per i debiti: I, 135 (106).

Ḥakam: = arbitro: II, 553; v. arbitrato e *taḥkīm*.

Ḥ a k a m t u = ho giudicato, parola con cui si conclude la sentenza del *qāḍī*: II, 636.

Ḥ a k a r = rendita, affitto: I, 443 (351) n. 594.

Ḥ ā k i m = giudice: II, 561; = autorità legittima: II, 553.

H a l ā k = perimento: II, 458; = distruzione totale della cosa: II, 463.

Ḥ a l ā l = lecito: I, 59 (46), 267 (212); II, 73, 217.

Ḥ a l ī ʿ = *dimissus*, espulso dalla famiglia (figlio): I, 193 (153).

Ḥ a l w, detto comunemente *ḫ u l ū*: I, 445 (353); v. *ḫ u l ū*.

Ḥ a l w a h = il rimaner soli degli sposi: I, 228 (180), 228 (181), 249 (198) e n. 219; II, 619.

Ḥ a l w a t a l - i ḫ t i d ā ʾ = il rimaner soli degli sposi: I, 228 (180).

Ḥ a m ā l a h = fidejussione: II, 483, 492, 493.

Ḥ a m ā l a h m u t a r a q q a b a h = fidejussione eventuale o futura: II, 486 n. 89.

Ḥ a m ā l a t a l - w a ǵ h = malleveria di comparizione: II, 493.

Ḥ a m ā s a h (da *ḫ u m s* = quinto) = *mas'alat al-ḫammās*, tipo di società agricola corrispondente alla nostra colonia parziaria: II, 307–309.

Ḥ a m ī l = garante nel *ḫ a m l*, cioè nell'assunzione del debito altrui: II, 492, 493.

Ḥ a m l = assunzione di debito altrui, *constitutum debiti alieni*: II, 492 sg.

Ḥ a m l a l - ḫ a š a b a h = [*servitus*] *oneris ferendi*: I, 463 (368).

Ḥ a m m ā m = bagno: I, 315 (251) e *passim* (v. b a g n o).

Ḥ a m m ā s = tipo di colono parziario (presso i Malichiti): II, 308, 309.

Ḥ a n ṭ a, plur. *ḫ a n ā ṭ ī* = corporazioni d'arte e mestieri: I, 171 (135) n. 177.

Ḥ a q ī q a h: v. *l a y s a m i n ḫ a q ī q a t i h i*.

Ḥ a q q, plur. *ḫ u q ū q* (v. anche questa voce) = diritto (e dovere); verità, giustizia: II, 570; *ḏ ū ḫ a q q* = investito di un diritto: II, 335.

— *a l - ā d a m ī* = diritto dell'uomo, rapporto più specialmente personale e privato: I, 12 (9).

— *A l l ā h* = diritto di Dio, diritto che trascende il privato interesse, precetto così chiamato in quanto ha per materia il dovere dell'uomo verso il suo Creatore e non dipende dall'arbitrio individuale: I, 10 (8), 11 (9), 13 (10); v. q u e s t i o n i d i S t a t o.

— *a l - m a ǵ r à* = *servitus stillicidii, sen fluminis immittendi*: I, 460 (365).

— *a l - m a m a r r* = servitù di passaggio: II, 115.

— *a l - m a n ā f i ʿ* = lett. diritto sulle utilità della cosa, sul godimento di essa; servitù: I, 452 (359) n. 634.

— *a l - u a n f a ʿ a h* = diritto al godimento di una cosa: II, 462.

— *a l - m a s ī l* = *servitus stillicidii, seu fluminis immittendi*: I, 460(365); v. anche *m a s ī l*.

— *a l - m u r ū r* = *servitus itineris*: I, 460 (365).

— *a ṭ - ṭ a r ī q* = *servitus itineris*: I, 460 (365).

— *f ī ʾ l - ʿ a y n* = diritto di credito che ha per oggetto la prestazione di una cosa determinata; tanto il diritto reale propriamente detto o diritto sopra

una cosa (*jus in re*) quanto il diritto ad una cosa dovuta in virtù di una obbligazione: I, 310 (247), 325 sg. (259).

Ḥaqq fī 'd-dimmah = diritto di credito: I, 310 (247).

— *fī mu'ayyan* = diritto di credito che ha per oggetto la prestazione di una cosa determinata: I, 310 (247).

— *intifāq* = servitù (nei testi moderni): I, 452 (359).

— *muġarrad* = diritto incorporale: I, 310 (247).

— *muta'alliq bi-'l-'ayn* = diritto reale, *jus in re*, rapporto immediato d'una persona verso una cosa: I, 310 (247), 325 (259), 453 (359); II, 2.

— *muta'alliq bi-'d-dimmah* = obbligazione, diritto di credito, rapporto di credito di una persona verso un'altra: I, 310 (247); II, 2.

— *tawfiyah*: v. *mā fīhi ḥaqq tawfiyah*.

Ḥaraġ = peccato: I, 17 (13).

Ḥarāġ (o *Ḥarg*) = *ġizyah*, cioè tanto l'imposta sui terreni quanto la tassa personale o capitazione: I, 362 (287); quindi il solo tributo fondiario imposto ai vinti, *vectigal*: I, 361 sgg., 287 sgg. e *passim*: v. imposta fondiaria.

= canone delle concessioni enfiteutiche, *vectigal*: I, 181 (142), 439 (348) e *passim*: v. canone.

= rendite, a un dipresso i nostri frutti civili: I, 317 (252);

= canone o diaria pagata al padrone dallo schiavo autorizzato a commerciare o a esercitare un'arte o un mestiere per proprio conto: I, 146 (115), 151 (119); II, 353.

— *misāḥah* = imposta fondiaria determinata secondo la superficie del fondo: I, 178 (140).

— *muqāsamah* = imposta fondiaria proporzionale [al raccolto]: I, 178 (140).

— *muwaẓẓaf* = imposta fondiaria fissa: I, 178 (140).

al-Ḥarāġ bi-'ḍ-ḍamān wa 'ḍ-ḍamān bi-'l-ḫarāġ = colui che ha i vantaggi ha i rischi e colui che ha i rischi ha i vantaggi; *qui habet lucrum, et periculum habere debet et qui habet periculum et lucrum habet*; *ubi emolumentum ibi onus*; *lucrum pro periculo*: v. per le citazioni rischio.

Ḥarāġiyyah: v. *arḍ ḫarāgiyyah*.

Ḥaram = territorio di proprietà d'un tempio: II, 415, 416.

= territorio riservato, intorno ai centri urbani più importanti, ov'era vietata la caccia, il pascolo, il legnatico ad altri che non fosse abitante del luogo: I, 353 (280);

Ḥarām = [atto] vietato, illecito, da cui è doveroso astenersi e che è punibile, peccaminoso; peccato I, 8 (7), 9 (7) n. 52; I, 57 (45), 119 (93) n. 4; I, 199 (157); II, 73, 141; proibita (nella formula di divorzio: tu sei per me proibita): I, 261 (207).

al-Ḥaramayn = le due Città sante, cioè Mecca e Medina: I, 30 (23); II, 433.

Ḥarbī, plur. *ḥarbiyyūna* = infedele con cui non esiste trattato, infedele non tributario, nemico, cioè tanto il non musulmano (abitante nel *dār al-ḥarb*) quanto il forestiero (cf. il latino *peregrinus* = *hostis*): I, 83 (65) n. 4; I, 98 (77), 109 (85); II, 504;

Ḥarhī nel *dār al-ḥarb* I, 83 (65) n. 4; nel *dār al-islām* I, 98 (77); *ḏimmī* che diviene — I, 107 (84); con salvacondotto I, 109 (85); musulmano che diviene — I, 118 (92); II, 533; — e il *waqf* II, 422; vocazione ereditaria fra — e *ḏimmī* II, 504; successione del — II, 522.

Ḥarīm = spazio intorno alla proprietà; zona di rispetto o spazio libero riservato intorno ai pozzi od alle sorgenti o intorno alla pianta per irrigarla e prestarle le cure necessarie; terra incolta lasciata libera attorno ad un villaggio o altro centro abitato per servire agli usi civili degli abitanti del luogo; spazio libero intorno alle abitazioni urbane destinato al deposito degli spurghi ecc.: I, 371 sg. (295 sg.), 417 (331) n. 501; v. inoltre terra incolta, acqua, pozzo, pianta fruttifera, spazio.

— *baladī* = territorio riservato intorno ai centri rurali pel pascolo, il legnatico, la provvista d'acqua; esso si estende al percorso che un uomo a piedi può fare, da mattina a sera, fra andata e ritorno: I, 402 (319); per gli Sciafiiti = la piazza o luogo di riunione degli abitanti, il luogo adibito alle corse o esercizi equestri, lo spazio destinato all'accampamento dei cammelli e pecore e quello destinato ai giuochi dei fanciulli: I, 402 (319).

— *al-bi'r* = zona di rispetto o spazio libero, riservato, intorno ai pozzi e alle sorgenti: I, 371 (295).

Ḥarṣ = stima a occhio: II, 170.

Ḥaṣā'iṣ an-nabī = prerogative o regole particolari al Profeta, *jus singulare*: I, 37 (29) n. 21; I, 217 (172).

Ḥasan = buono, accettabile (detto di tradizione che si fonda sulla fede di testimoni di media credibilità rispetto alla memoria, alla precisione e esattezza): I, 41 (32), 56 (43).

— *al-qaḍā'* = buon pagatore: II, 390.

Hāšimiti = membri della famiglia del Profeta: esclusi dal soccorso sui proventi della *zakāh* I, 182 (143); loro diritto al quinto del bottino I, 182 (143).

Ḥaṭa' = colpa, ciò che viene fatto senza intenzione, atto preterintenzionale *colpa aquiliana*, difetto di diligenza: II, 70, 368, 503; = colpa contrattuale: II, 74.

al-Ḥaṭa' ka-'l-'amd fī amwāl an-nās = la colpa è uguale, al dolo quando si tratta dei beni altrui: II, 74.

Ḥāṭib = mediatore di matrimonio (v. mediazione): I, 199 (157).

Hawā' = spazio libero sovrastante il fondo, cioè colonna d'aria che s'innalza al disopra del suolo: I, 371 (294); v. anche *bay' al-hawā'*.

Ḥawāḍir = luoghi abitati: II, 597.

Ḥawālah = delegazione, l'atto col quale taluno trasmette al proprio creditore un credito ch'egli ha verso un'altra persona allo scopo di liberarsi del debito che egli ha verso il delegatario: II, 3, 106, 200 e n. 282; v. delegazione;
= mandato di pagare: II, 351.

Ḥawz = possesso: I, 326 (259) e n. 69, 327 sgg. (260 sgg.); = potere effettivo sulla cosa, possesso giuridico: I, 330 (262);
= prescrizione acquisitiva, lungo possesso: I, 461 (366);
= acquisto della proprietà, presa di possesso: I, 351 (279);
= ricevimento, presa di possesso: II, 402, 473, 521 n. 79.

Ḥawz ḥukmī = possesso giuridico o legale: II, 432.

— *ṭawīl* = possesso che si è protratto per lungo tempo: I, 341 (271).

Ḥayawān = beni viventi o animati e cioè schiavi, animali da lavoro, animali da pascolo: I, 313 (249).

Ḥayrī = [*waqf*] di beneficenza: II, 434.

Ḥazaqah = diritto analogo al *ḫulū*, speciale agli Israeliti nel Marocco e in Tunisia: I, 445 (353) n. 602.

Hibah = donazione, oggetto della donazione: II, 23, 398. 531; v. *per l'indice analitico*: donazione.

— *'alà aṯ-ṯawāb* = donazione remunerativa, cioè onerosa o *sub modo*: II, 410.

— *li-ṯ-ṯawāb* = donazione remunerativa, cioè onerosa o *sub modo*: II, 410.

Ḥibṯah = vizio giuridico o inerente al possesso della cosa, che la rende illecita: II, 141.

Ḥiḍānah: I, 290 (230); v. *ḥaḍānah*.

Ḥikr = enfiteusi, contratto con cui viene locata una terra per un periodo indeterminato affinchè il locatario vi costruisca o se ne serva per piantarvi degli alberi; tanto il contratto quanto il canone pattuito; enfiteusi con canone variabile, in uso generalmente pei beni *waqf*: I, 440 (349), 443 sg. (351 sg.), 445 (353), 450 (357).

Ḥīlah, plur *ḫiyal* = astuzia per eludere la legge: II, 393.

Ḥilf = patto di alleanza, specie di affratellamento (nel tempo preislamico): I, 82 (64), 196 (155).

Ḥilṭ = confusione delle quote sociali: II, 292, 294.

Ḥilw = *ḫulū*: I, 369 (293) n. 272 v. questa voce.

Ḥimà = territorio riservato al pascolo del gregge comune nei periodi di siccità: I, 352 (280); pascoli pubblici: I, 324 (258); nell'Arabia preislamica = territorio riservato al pascolo per le greggi della tribù: I, 405 (321), 406 (322); = riserve demaniali: I, 364 (289); = territorio di proprietà d'un tempio: II, 415.

Ḥimāriyyah (da *ḥimār* = asino) = regola relativa ad un caso speciale nella divisione della eredità: II, 510.

Ḥint = spergiuro, giuramento falso: II, 629.

Ḥirābah = brigantaggio, rapina a mano armata: I, 106 (83); II, 455, 606.

Ḥisbah = censura: I, 23 (17) n. 117.

Ḥiṣṣah = parte o quota ideale in una comproprietà, *res plurium communis pro partibus indivisis*: I, 387 sg. (307 sg.).

— *mušā'ah* = quota indivisa: I, 316 (251), 388 (308).

Ḫiyānah = qualsiasi forma di dolo o abuso nell'esercizio delle funzioni tutorie: I, 299 (237); abuso di fiducia: II, 454.

Ḫiyār = opzione, risoluzione, facoltà di opzione, facoltà di risolvere il contratto: I, 280 (222), 282 (224); II, 23, 25, 47, 162, 233; v. inoltre *bay' al-ḫiyār* e *bay' al-iḫtiyār wa 'l-ḫiyār*.

Ḥiyār al-'ayb = diritto di risoluzione [del contratto di compra-vendita] per vizio redibitorio (analogamente del matrimonio): I, 280 (222); II, 33 n. 133; II, 142.

— *an-maǵlis* = *optio in congressu*, diritto di opzione che dura finchè i contraenti siano in presenza l'uno dell'altro II, 24 sg., 126 n. 47.

— *al-naqīṣah* = redibizione = *ḫiyār al-'ayb*: II, 33 n. 133.

— *ar-ru'yā* = lett. *optio visionis*, facoltà di risolvere il contratto concessa al compratore e al conduttore qualora, esaminata la cosa, non la trovi conforme a quanto desiderava: II, 142, 233, 242.

— *aš-šarṭ* = diritto di opzione, opzione convenzionale, *pactum displicentiae*: II, 33, 163, 242, 393.

— *at-tarawwī* = facoltà di deliberare = *ḫiyār aš-šarṭ*: II, 33 n. 133.

— *al-waṣf al-mašrūṭ* = opzione per la qualità pattuita: II, 142.

Ḥiyāzah = possesso: I, 326 (259), 330 (262): presa di possesso: II, 402, 432.

Ḥokor = (in Algeria) il canone che lo Stato percepiva sulle terre *'arš*, cioè date in godimento alla tribù: I, 443 (351) n. 594.

Ḥormah = (presso i beduini moderni) lett.: colei che è proibita ad ogni altro, cioè moglie: I, 191 (151) n. 6.

Ḥubs o *Ḥubus* = distinto da *waqf*: II, 413 n. 115; = *waqf passim*: v. *waqf*.

Ḥubus munqaṭi' = *waqf* interrotto, cioè estinto: II, 432.

Ḥudūd, plur. di *ḥadd* = diritto penale [musulmano]: I, 43 (34); v. anche *ḥadd*.

Ḥuǵǵah, plur. *ḥuǵaǵ* = argomento legale, prova, *documentum*: I, 37 (29); II, 429, 593.

Ḥukm = legge: I, 6 (5), 8 (7); efficacia della legge: I, 58 (45); = decisione, disposizione: I, 66 (52) e n. 134; = sentenza II, 631.

Ḥukm šar'ī = regola legale: I, 65 (51) n. 131.

Ḥukmān = giuridicamente: I, 170 (134), 356 (282); implicitamente, *ipso jure*: II, 353; cf. *rahn ḥukmī*.

Ḥukr = *ḫikr*: I, 443 (351) e sgg.: v. questa voce *e per l'indice analitico*: enfiteusi e anche superficie.

Ḥul' = ripudio mediante riscatto, divorzio consensuale; riscatto o compenso, o indennità pagata dalla moglie al marito affinchè egli consenta a darle ripudio; talora divorzio puro e semplice, cioè la risoluzione del matrimonio per mutuo consenso: I, 272 (215), 275 sgg. (218 sgg.). 296 (235); v. *per l'indice analitico* sotto ripudio.

Ḥultah = comunione: II, 292; comunione volontaria, non a fine di lucro: II, 287 n. 3; = rapporto di affari o di interessi: II, 627.

Ḥulū o *Ḥalw* = tipo di locazione perpetua o enfiteusi; tanto il diritto quanto le costruzioni o piantagioni che il locatore ha avuto il diritto di fare sul fondo; *per l'indice analitico* v. enfiteusi e anche superficie.

— *an-naṣbah*: v. *an-naṣbah*: I, 447 (354 sg.).

Ḥulwān = dono nuziale: I, 191 (151).

Ḥ u m s = quinto: I, 178 (140), 179 (141); = canone di un quinto dei prodotti: I, 375 (298), 439 (348); v. anche *ḫ a m ā s a h* .

Ḥ u q ū q , plur. di *ḥ a q q* = diritti e anche doveri.

— *m ā l i y y a h* = diritto patrimoniale (in senso astratto): I, Intr. VIII (VI); diritti patrimoniali (v. sotto d i r i t t i): I, 308 (245), 311 (247) 312 (248); II, 1; v. anche *m ā l* .

— *ś a ḫ ṣ i y y a h* = diritti personali: I, 308 (245).

Ḥ u r m a h = incolumità personale: I, 13 (10).

ʿ I b ā d ā t = diritto religioso: I, Intr. VII (V); = pratiche del culto (v. *per l'indice analitico* c u l t o): I, 10 (8), 15 (12), 88 (68), 12 (71).

I b ā ḥ a h = diritto promiscuo di tutti su tutto: I, 14 (11); = libertà, lett. liceità: I, 8 (6).

I b r ā' = lett. liberazione, cioè remissione del debito: II, 102, 107.

Īd ā' = deposito (*per l'indice analitico* v. questa voce): I, 253 (200) n. 233; II, 360; = protesta segreta, fatta da chi ha dovuto transigere: II, 219.

I ʿ ḏ ā r = interpellazione finale [del *qāḍī* ad un contumace in una lite]: II, 579; del *qāḍī* prima di emanare la sua sentenza: II, 632.

ʿ I d d a h = ritiro legale della donna vedova o ripudiata o il cui matrimonio sia stato annullato, per accertarsi che non sia incinta e impedire la *confusio sanguinis*: I, 249 (197 sg.), 262 (208 sg.);

— della *ḏimmiyyah* I, 110 (86), convertitasi all'Islām I, 116 (91), della schiava I, 113 (88), 288 (229); — e il matrimonio di due rinnegati I, 118 (92); — della moglie dello scomparso I, 164 (129), 166 (131); la donna nella — non è richiedibile in matrimonio I, 199 (158), non contrae matrimonio I, 205 (162), 223 (177); la — e la dichiarazione di nullità del matrimonio I, 224 (177), e lo scioglimento del matrimonio I, 224 (177 sg.); caso di esenzione della vedova I, 226 (179), 249 (197 sg.) e n. 219; la — e la mancata consumazione del matrimonio I, 228 (181), 262 (208), 266 (211); cessa con la mestruazione I, 237 (188) n. 178; I, 251 (199);

I, **249-251**; l'*istibrā'* I, 252–253 (199, 200); ripudio dato durante la — I, 255 (202); — dopo un ripudio I, **263** (**208** sg.), 269 (213), 271 (215), 284 (225); suo inizio e durata I, 263 (209), 271 (215); esenzioni da essa I, 263 (209); condizione giuridica dei coniugi durante la — I, 264 (209); II, 504, n. 41; II, 506; conseguenze della mancata revoca del ripudio nella — I, 265 (210); diritti e doveri dei coniugi durante la — 263 sg. (209), 266 (211); — dell'abbandonata dal marito senza mezzi e che ha dato ripudio a se stessa I, 283 sg. (225).

I d d i ʿ ā' = affermazione [in un giudizio]: II, 555.

I ḏ n = autorizzazione di gestire parte dei suoi beni data dal tutore al pupillo: I, 300 (238); = autorizzazione, concessione (del Principe per lavori di bonifica): I, 418 (332); = autorizzazione a commerciare data allo schiavo: II, 353.

— *b i - ' t - t i ġ ā r a h* = preposizione: II, 14.

I d o l a t r a : ostilità contro l'— I, 85 (67) e n. 13; guerra perpetua contro gli — I, 98 (77); tributo dell'— I, 98 (77) matrimonio con l'— I, 208 (164), 224 (177); v. inoltre m i s c r e d e n z a .

I d o l o : impurità dell'— I, 322 (256); — d'oro o d'argento I, 411 (326) n. 469.

I ḍ r ā r = esercitare il proprio potere con malizia: I, 210 (166).

' I f ā ṣ w a w i k ā ' = involto o filo [che involgeva la cosa trovata): I, 414 (328).

I ġ ā b = offerta o proposta di contratto: I, 20 (16); II, 15, 16, 125, 465; = precetto assoluto: I, 59 (46).

I ġ ā r a h = locazione di lavoro o di opere o di servigi: II, 231, 254, 269, 276, 280; anche locazione delle cose mobili, salvo le navi e gli animali: II, 231, 232 e n. 3; per gli Sciafiiti tanto la locazione-conduzione di cose quanto quella di opere o di persone: II, 231 n. 2; II, 275; locazione delle opere di uno schiavo a scopo di trasporto: II, 275; canone o prezzo di locazione: I, 377 (299), 461 (366).

— *m u ' a b b a d a h* = locazione perpetua: I, 366 (290).

— *m u ' a ġ ġ a l a h*: v. *i ġ ā r a t a y n*.

I ġ ā r a t a y n = doppia locazione, contratto cioè per cui l'immobile viene concesso per un certo periodo, generalmente assai lungo, ad una persona la quale sborsa, per una volta tanto, un certo capitale, considerato come anticipazione di canone (*iġārah mu'aġġalah*) ed inoltre si obbliga a fissare un canone annuo (*iġārah mu'aġġalah*) calcolato in cifra assai mite e sempre inferiore al valore locativo del fondo: I, 443 sg. (352).

I ġ ā z a h = ratifica: II, 18, 48, 90; anche ratifica tacita: II, 49.

I ġ b ā r = coazione: I, 209 (165).

I ġ l ā q = violenza: II, 47.

I ġ m ā ' = *consensus populi*: I, 32 (25); consenso della Comunità dei Credenti, consenso generale, unanime I, 40 sgg. (31 sgg.), 80 (62); II, 571; consenso dei Dottori che hanno maggiore autorità I, 43 (34), 44 (35); secondo gli Ẓāhiriti, consenso dei Compagni del Profeta I, 44 (34) n. 44; consuetudine seguita a Medina (pei Malichiti) I, 44 (34 sg.);

l'— quale fonte del diritto I, 32 (25), 40-46 (31-36): garantisce l'autenticità delle altre fonti I, 41 (32); è complemento e interpretazione di quelle I, 41 (32); è anch'esso una forma di rivelazione I, 41 (32); suoi requisiti perchè sia fonte di diritto I, 42 (33); sue forme I, 42 (33); suoi gradi I, 43 (33 sg.); chi costituisce l'— ? I, 42-44 (33-35); importanza dell'— I, 46 (36); l'— e le tradizioni non sicuramente autentiche I, 56 (44); in conflitto con la Tradizione I, 60 (47), 64 (50); prevale sul rigore dei principî II, 256; giustifica il cottimo II, 270.

— *f i ' l ī* = consenso di azione, cioè gli atti che tutti i credenti, a qualunque scuola appartengano, hanno consuetudine di praticare: I, 42 (33).

— *q a w l ī* (o *i ġ m ā ' a l - q a w l*) = consenso verbale, cioè la dottrina in cui tutti i Dottori esplicitamente consentono: I, 42 (33).

— *s u k ū t ī* = consenso tacito, che si desume dall'approvazione tacita di atti o fatti pubblici e notori cui nessuno contraddice: I, 42 (33).

I g n o r a n z a : prescrizione sospesa contro chi ignori che una cosa gli appartiene I, 348 (276); v. inoltre e r r o r e .

Iǵtihād = altissimo grado nella cognizione della legge divina; I, 18 (14); prudente arbitrio, coscienza giuridica dell'interprete della legge: I, 24 (19), 70 (54), 70 (55) e n. 160; I, 73 (57), 165 (130), 182 (143), 185 (146); del *qāḍī*: II, 557 n. 29; II, 592, 608, 637; = l'atto di tendere tutte le forze dell'animo, fino all'estremo limite, allo scopo di penetrare il senso intimo della Legge sacra e trarne le regole da applicarsi al caso concreto: I, 75 (59); per aš-Šāfi'ī: risoluzione di un caso dubbio mediante il ragionamento analogico = = *interpretatio legis*: I, 76 (59) n. 185; per la differenza fra *iǵtihād* e *qiyās* secondo Ibn Rušd I, 76 (59) n. 185; in senso proprio = congettura I, 77 (60); = equo apprezzamento I, 245 (194);

l'— nel Califfo I, 18 (14), 24 (19); nel Principe I, 70 (54), 182 (143), 185 (146); uso dell'— I, 70 (55), 73 (57); per stabilire il termine normale della vita I, 165 (130); per la misura degli alimenti dovuta dal padre al figlio I, 245 (194); definizione dell'— I, 75 sg. (59), e n. 185; differenza dell'— dal *qiyās* I, 76 (59) n. 185; I, 79 (61 sg).; chiusura della porta dell'— I, 79 sg. (62) e n. 201.

Iġtirās = *muġārasah*: v. questa voce.

Iḫdām = opere di uno schiavo, usufrutto delle opere di uno schiavo per un tempo determinato o per tutta la sua vita: I, 435 (345), 455 (361), 457 (363).

Iḥrām = assumere la veste di pellegrino, iniziare cioè i riti preliminari del pellegrino, stato di pellegrinaggio: I, 208 (164), 225 (178), 230 (182);

l'— e il fidanzamento o il matrimonio I, 208 (164), 225 (178); impedimento alla funzione del *walī* I, 225 (178); — della donna e il suo rifiuto al marito I, 230 (182); revoca del ripudio anche durante l'— I, 264 (210); — e il mandato di contrarre matrimonio II, 336 n. 7.

Iḥrāz = custodia: I, 329 (262), 373 (296); = occupazione: I, 406 (323) e n. 440; I, 408 (324).

Iḫtibās = ritenzione: II, 100.

Iḫtikār = contratto in forza del quale taluno prende in locazione una terra *waqf* sia per costruirvi sia per trasformarla in piantagione di piante fruttifere, sia per questi due usi ad un tempo: I, 443 (352).

Iḫtilāf = divario.

— *ad-dārayn* = divario di due territori, cioè del *dār al-ḥarb* e del *dār al-Islām*: II, 60 n. 247.

— *al-ummah* = divergenze dei dottori: I, 78 (61).

Iḫtilāl = alterazione o deficienza delle facoltà mentali, *imbecillitas, fatuitas*: I, 132 (103).

Iḫtilāṭ = confusione: I, 426 (338); = confusione [delle quote sociali]: II, 292.

Iḫtiṣāṣ = avere in uso esclusivo (vocabolo usato invece di *milk* per le cose impure): I, 322 (256).

al-Iḫtiṣās bi-'š-šay' dūna al-ġuramā' = il privilegio di un creditore a scapito degli altri creditori: II, 472 n. 35.

Iḫtiyār = scelta, scelta oculata, elezione: I, 20 (15, 16); II, 10; = preferenza, secondo il concetto aristotelico (βούλησις); il risultato d'una deliberazione in cui la volontà ha prescelto liberamente e con riflessione tra i vari partiti

quello che appare migliore: II, 39; v. inoltre *bay' al-iḫtiyār* e *bay' al-iḫtiyār wa 'l-ḫiyār*.

Iḥyā' = bonifica: I, 104 (81) n. 108; I, 186 (146) e n. 233; I, 354 (281), 376 (298) n. 299; v. anche *iḥyā' al-mawāt*.

— *al-mawāt* = bonifica di terre incolte, lett. vivificazione di terre morte: I, 416 sgg. (330 sgg.) (*per l'indice analitico* v. bonifica).

Ikrāh = violenza: I, 209 (165), 258 (205); II, 40; pei Malichiti tanto la coazione fisica quanto la morale: II, 41.

— *ḫukmī* = violenza legittima: I, 357 (284).

Īlā' = astinenza o continenza; forma di ripudio dato mediante giuramento di astinenza o continenza: I, 113 (88), 116 (91), 267 sgg. (212 sgg.), 288 (229); v. giuramento d'astinenza.

'Illah = *causa, ratio legis*, ragione di decidere: I, 65 sg. (51) e n. 131; I, 66 (52); infermità o difetto fisico o morale, *vitium*: I, 130 (102); *'illah 'alà al-ḥaqīqah*: I, 66 (52) n. 134; causa determinante: I, 66 (52) n. 134; *al-'illah aš-šar'iyyah* = *ratio legis*: I, 66 (52) n. 134.

'Ilm = scienza; conoscenza, cioè corrispondenza del nostro concetto con quello che le cose sono in sè: II, 44.

— *al-farā'iḍ* = diritto ereditario: II, 497.

— *al-ḥadīṯ* = scienza del *ḥadīṯ*: I, 53 (41).

— *at-taḫṣīṣ* = scienza della specificazione o limitazione (parte della metodologia del diritto): I, 60 (47).

al-'Ilm = la scienza religiosa per eccellenza, la scienza del diritto unita alla teologia: I, 16 (12), 112 (87); cognizione della Legge divina: I, 18 (14); anche la scienza del *ḥadīṯ*: I, 53 (41) o la scienza del diritto: II, 559.

— *aḍ-ḍarūrī* = la scienza intuitiva: I, 56 (44).

Iltizām = obbligazione: II, 3; = *redemptio vectigalium*, diritto di percezione di un'imposta di una data regione o di un certo luogo: II, 235.

Imām = *antistes*, direttore della preghiera: I, 22 sg. (17); (non può essere una donna I, 124 (97), nè uno spurio, un impubere, uno schiavo: I, 144 (113); salario dell'— II, 259);

= capo della Comunità musulmana o dello Stato musulmano, Principe musulmano: I, 16 (12, 13), 99 (77) e *passim*, in quanto adempie a una funzione religiosa I, 22 sg. (17 sg.) e n. 117 (v. *per l'indice analitico* Califfo, Principe);

= autorità legittima: I, 163 (128), 203 (161) n. 61; = giudice: I, 203 (161); II, 554.

Imāmah = principî del regime politico; imāmato: I, 23 (18) n. 121; *per l'indice analitico* v. Califfo e *Imām*: I, 16 (12).

Īmān = fede: I, 9 (7); fede interna (distinta da Islām = professione esterna): I, 5 (4) n. 33.

Imārat al-istīlā' = comando o principato per occupazione: I, 28 (21) n. 143.

Imbecillità: v. vizio di mente.

Immagine sacra: considerata cosa impura I, 322 (256).

Immobile (bene): definizione I, 313 (249); e la prescrizione acquisitiva I, 345 (274); proprietà dell'— urbano in paese di conquista I, 369 (293 sg.); e il retratto I, 395 sg. (314); limitazioni nel periodo della locazione di — II, 238 e n. 35; escluso dal mutuo II 465; 386; e il pegno II, 465; e il caso di forza maggiore II, 477; cause immobiliari II, 568, 579, 586, 592, 612, 633.

Immoralità: v. *fisq*.

Impedimenti matrimoniali: nel tempo preislamico I, 191 (151); nell'Islām I, 204–208 (161–164), 223 (176); in seguito ad un matrimonio nullo consumato I, 225 (178); perdurano coi parenti del marito durante la *'iddah* I, 264 (209); il *li'ān* è un — perpetuo I, 278 sg. (221).

Imposta fondiaria (*ḫarāǧ*): suo ammontare stabilito dal Principe I, 24 (19); pagata annualmente dal *ḏimmī* I, 99 (78); fonte di rendita del *bayt al-māl* I, 179 (140); sue due specie I, 178 (140); nei primi tempi confusa con l'imposta personale I, 361 sg. (287), 366 sg. (291); per le terre di capitolazione I, 368 (292); per le terre di conquista I, 369 (293); in caso di perimento del prodotto I, 369 (293); non pagata I, 369 (293); al Marocco I, 369 (293) n. 270; — impedisce il *waqf* dell'immobile II, 423.

Imposta personale (*ǧizyah*): esigibile dai Mazdeisti ? I, 98 sg. (77); origine del vocabolo *ǧizyah* I, 99 (78); tassa personale del *ḏimmī* I, 99 (78); sua misura secondo le scuole I, 99 (78), 368 (292); tassa di soggiorno o corrispettivo per la sicurezza accordata I, 86 (67), 100 (78), 367 (291); da esigersi in modo sprezzante I, 101 (79); — rifiuto del suo pagamento I, 107 (83); — fonte di rendita del *bayt al-māl* I, 176-178 (139–140); — nei primi tempi confusa con la fondiaria I, 362 (287), 365 (289), poi distinta I, 366 sg. (291).

Imposte: varie imposte I, 177 sgg. (139 sgg.); canoniche e non canoniche I, 179 sg. (141) e n. 206; riscosse da chi ha ricevuto un *iqṭā'* I, 187 (147), dal *multazim* in Egitto I, 188 (147), n. 237; pagamento delle — nell'enfiteusi I, 442 (351); nella superficie I, 451 (358); appalto delle — II, 235; v. anche *zakāh*, decima, imposta fondiaria, imposta personale.

Impotenza: anteriore al matrimonio I, 282 (223); posteriore al matrimonio I, 282 (224); v. anche eunuco.

Impubere: — e la guerra santa I, 88 (69); e il bottino I, 94 (73); figlio — dell'apostata I, 118 (92); limitato nella capacità giuridica I, 127 sg. (99 sg.); — e l'emancipazione di schiavo I, 149 (117), 155 (122); non è imputabile di apostasia I, 168 (132); la persona giuridica è assimilata all'— I, 172 (135); orfano nell'Arabia preislamica I, 194 (153); matrimonio dell'— I, 201 (159); 210 (166); suo mantenimento I, 234 (185), 245 (194 sg.); suo delitto o quasi delitto I, 246 (195); suo ripudio I, 256 (203); *ḫul'* dell'— I, 273 (216 sg.); impugnativa dell'impubere I, 201 (159), 298 (236), 298 (237); II, 218; infortunio all'operaio — II, 267; locazione dei servigi dell'— II, 269; regresso per il mantenimento dell'— II, 358, 359; non può donare II, 399; donazione a un — II, 399; — e il pegno II, 466; — e la fideiussione II, 484; — erede II, 527, 528; — capace di testare ? II, 532, 533; legato a un — II, 533;

ammesso in un caso come testimone II, 594 sg.; può essere arbitro? II, 533; v. anche incapace, tutela, custodia.

Impubertà: I, 127–129 (99–101); divisione di questo periodo in due epoche I, 127 (99).

Impugnativa: della idoneità dei testimoni II, 607 sg.; v. inoltre rescissione e per l'impugnativa dell'impubere v. impubere.

Imputazione: dei pagamenti II, 87 sg.

Inabilitazione: del debitore insolvente I, 136–138 (106–108), del pazzo o deficiente I, 304–306 (241 sg.); atti anteriori al decreto di inabilitazione I, 305 (242); revoca o cessazione della — I, 306 (242); — e il mandato II, 336 sg., 350; — dello schiavo commerciante II, 356; — e la presa di possesso del *waqf* II, 432; e il pegno II, 466; inabilitato coerede II, 528; v. anche incapace, prodigo, insolvenza.

Inadempienza: risoluzione del matrimonio per — I, 282–285 (224–226); — considerata con severità II, 95; — del debitore nel contratto di *salam* II, 177.

ʿInah = in generale: vendita di ciò che non si possiede; ogni negozio in cui una vendita per contanti è congiunta alla ricompra della stessa cosa in guisa che il venditore riceva alla scadenza più di quanto aveva sborsato; anche vendita di un oggetto di qualità inferiore congiunta a compera di oggetto migliore a termine: II, 395; anche vendita per cento di un oggetto che vale, ad esempio, ottanta, forma larvata di mutuo fruttifero: II, 396; = contratto di commissione: II, 396 sg.; = vendita di derrate o altre merci prima che il venditore ne abbia ricevuto consegna: II, 129 n. 56.

ʿInān: v. *širkat al-ʿinān*.

Incanto: v. sotto compravendita: vendita all'incanto.

Incapace: per vizio di mente I, 128 (100) n. 46; non può affrancare uno schiavo I, 148 (117); raccomandato dal Corano e dalle tradizioni al tutore I, 195 (154), 289 (229); *mahr* dell'— I, 219 (173) n. 113; *ḫul'* della incapace d'obbligarsi I, 273 (216); — nel mondo preislamico I, 289 (229); — e il possesso I, 330 (262) e n. 79; caso di donazione fatta a due persone, di cui una — I, 331 (264); prescrizione contro un — I, 348 (276); il rappresentante di un — e il pubblico incanto dei beni di questo II, 19; lesione di un — II, 47; può ricevere l'adempimento di un'obbligazione? II, 91; infortunio occorso all'operaio — II, 267; — e la società II, 288; e il mandato II, 336 sg.; — e il deposito II, 361 sg.; — e il comodato II, 374; e la donazione II, 399 (in due punti); — e la presa di possesso del *waqf* II, 432; e la fideiussione II, 390; protetto dal *qāḍī* II, 566; — e la testimonianza II, 603, 609; convenuto — II, 625; — e il giuramento II, 627; v. inoltre capacità, impubere, debitore, schiavo, prodigo ecc.; v. inoltre prescrizione; per l'— donatario, beneficiario del *waqf* v. atto gratuito ecc.

Incapacità: di un coniuge al matrimonio I, 223 (176); — al lavoro nel figlio pubere I, 245 (194); sopravvenuta incapacità del tutore I, 299 (237). Per l'incapacità giuridica v. incapace, capacità.

Incendio: e il pegno II, 477; v. inoltre perimento.
Incertezza: v. alea, indeterminatezza.
Incolumità personale: I, 13 (10).
Incompatibilità di carattere: fra coniugi I, 286 sg. (227).
Indennizzo: v. risarcimento; per infortunio, v. questa voce.
Indeterminatezza: del *mahr* I, 219 (173); della mercede in una locazione di servigi II, 259; del corrispettivo d'una donazione II, 410; nell'oggetto della fideiussione II, 486 sg.; del legato II, 537; v. inoltre determinatezza ecc.
Indivisibilità: casi di — II, 7 sg.; del pegno II, 476.
Indivisione: v. comunione.
Industria: rumorosa è turbativa del possesso altrui I, 336 (267).
Inesistenza di causa: causa di rescissione d'una transazione II, 217.
Infanticidio: condannato dall'Islām I, 195 (154).
Infedele: omicidio commesso dall'— 106 (83); affrancante — I, 160 (125); si può chiedere in matrimonio la donna già fidanzata a un — I, 199 (157); — può emettere un *li'ān* ? I, 276 (219) e n. 330; non può essere tutore I, 294 (233), nè *qāḍī* II, 563; costretto a vendere lo schiavo musulmano o minorenne, il suo Corano I, 357 (284); l'impiego d'un — è lecito; eccez. II, 255; è riprovevole la locazione di servigi di un musulmano ad un — II, 255; non può essere gettato a mare pel pericolo di naufragio II, 279; un musulmano può contrarre società con un — ? II, 288; limitazioni nel contratto d'irrigazione con un — II, 312; può essere agente di accomenda II, 325; può essere mandatario d'un Musulmano ? II, 337 e n. 9; — non succede al Musulmano e viceversa II, 503; vocazione ereditaria fra seguaci di religioni diverse II, 504; legato di un — II, 537; testimone di un testamento II, 539; cause miste e cause tra Infedeli II, 568; — perito II, 613; giuramento dell'— II, 628; uguale al musulmano, se innanzi al *qāḍī* II, 556, non però secondo gli Sciafiiti II, 556 n. 25; v. anche religione, *ḏimmī*, *musta'min*.
Infermità: I, 130 (102); **131-134 (103-105);** il sordomutismo e il contratto fra Califfo e popolo I, 26 (20); — e la guerra santa I, 88 (69); e il bottino I, 94 (73); mantenimento del figlio infermo I, 245 (194), 246 (195); servigi del paralitico II, 257; e la rescissione del matrimonio I, 275 (218); — esclude dalla custodia I, 291 (231), in certi casi dalla funzione di *qāḍī* II, 564.
Infortunio: dell'operaio II, 267, del locatore di lavoro II, 268; nei lavori di un fondo rustico usurpato II, 461.
Inkār = negazione: II, 576; v. inoltre *ṣulḥ 'alà inkār*.
Inondazione: del fondo locato II, 251.
Inqāḍ = superficie, edificio costruito dal superficiario sul suolo altrui: I, 449 sg. (357 sg.); v. superficie.
Insegnante: suoi servizi II, 256, 266 sg.; del Corano e della Legge II, 257 sg.
Insolvenza: I, **135-138 (106-108);** e l'emancipazione di schiavo I, 135 (106), 149 (117), 158 (124), pignorato II, 475; schiava madre dell'insolvente I, 157 (123) in 2 punti; e il residuo del *mahr* I, 220 (174); mantenimento dei

figli dell'insolvente I, 246 (195); e il ripudio I, 256 (203); e il *ḫul'* I, 273 (216), 273 (217), 446 (354); espropriazione dell'insolvente I, 357 (283); merce ritrovata identica presso l'insolvente II, 155; e la vendita con diritto di opzione II, 164; debitore delegato insolvente e regresso del delegatario II, 205 e n. 297; II, 207; — del conduttore II, 245, del mandante o del mandatario II, 350, dello schiavo commerciante II, 355, del donante II, 399, 406, del ladro II, 455; — e la presa di possesso del pegno II, 473; — del debitore e il pegno II, 482; fideiussione dell'insolvente II, 485, per un insolvente II, 486; — del fideiussore II, 490; — del debitore e la malleveria di comparizione II, 494; — del *de cujus* II, 525; — d'un coerede contro cui sia stato fatto ricorso per garentia II, 530; — e la facoltà di testare II, 533; v. anche debito.

Integrità fisica: v. infermità.

Intercessione (*šaf'ah*): I, 5 (4) n. 27.

Interdizione: v. inabilitazione.

Interesse: v. mutuo fruttifero.

— pubblico: v. utilità generale.

Intermediario: v. mediazione.

Interprete: in tribunale II, 566; perito II, 613.

Intifā' = uso, diritto d'uso: I, 197 (156), 404 (321), 435 (345), 458 (363), 458 (364) n. 662.

al-Intifā' lā al-manfa'ah = il godimento precario, non il godimento pieno: II, 376 n. 17.

Invalidità: degli atti onerosi dall'impubere non assistito I, 128 (100); degli atti gratuiti dello schiavo *mukātab* non assistito dal padrone I, 152 (119); degli atti gratuiti del tutore a nome del pupillo I, 296 (235), 298 (237); l'atto invalido si può convalidare II, 48; ha una esistenza benchè imperfetta II, 49; produce l'acquisto della proprietà, se congiunto col possesso II, 49; — dà luogo alla rescissione II, 49; — riflessa o indiretta II, 51; v. anche rescindibilità, rescissione, *fāsid*, *fasād*.

Inzāl = consegna effettiva, immissione nel possesso, tradizione del possesso (d'un fondo): I, 441 (350) e n. 589; II, 132; (in Tunisia) specie di enfiteusi; tanto il contratto quanto il canone pattuito per essa: I, 440 sgg. (349 sgg.), 445 (353), 443 (353) n. 595.

Ipoteca: si costituisce come pegno II, 465, 483; — dei beni del pupillo pel suo mantenimento I, 297 (236); d'un *waqf* II, 437; sostituita dalla vendita con patto di riscatto II, 483; precedente — sui beni del debitore II, 489.

Iqālah = mutuo dissenso o consenso contrario, disdetta o risoluzione di contratto per comune accordo delle parti (distratto dell'antica giurisprudenza), *résiliation*: II, 107 sg., 192, 196 sg. e n. 264; II, 198, 199, 316; risoluzione o cessione della compra-vendita per mutuo dissenso: II, 65, 155 n. 153.

Iqbāḍ = trasmissione del possesso, tradizione, consegna: I, 332 (264); II, 473; immissione nel possesso (di un fondo): II, 132.

Iqrār = riconoscimento, confessione: I, 239 (189); II, 107, 576, 589, 590; = dichiarazione, quietanza, *acceptitatio*: II, 107; = riconoscimento di debito: II, 40,

535; = confessione o riconoscimento di diritto in favore altrui: II, 220 sgg.; = confessione giudiziale: II, 591 n. 204; v. inoltre: *ṣulḥ ʿalà iqrār*.

— *an-nasab* = riconoscimento di paternità o di parentela: II, 228.

Iqṭāʿ = concessione di fondi demaniali, concessione sovrana, cessione della proprietà di una terra pubblica, senza che al beneficiato sia fatto obbligo di coltivarla: I, **185** sgg. (**146** sgg.), 418 (332), **438** sgg. (**347** sgg.); 455 (361); II, 235; = concessione di esercizio: I, 378 (300).

— *iǵārah* = enfiteusi propriamente detta, conduzione enfiteutica: I, 181 (142), 438 (348), 439 (349); = concessione a titolo di locazione: I, 377 (299).

— *imtāʿ* = concessione di godimento: I, 439 (348 sg.).

— *intifāʿ* = concessione fatta a titolo di usufrutto o godimento, conduzione enfiteutica: I, 378 (300), 439 (348), 439 (349).

— *irfāq* = concessione precaria: I, 378 (300) n. 309; godimento (di un fondo demaniale): I, 435 (345).

— *istiġlāl* = conduzione enfiteutica: I, 438 sg. (348), 439 (349).

— *istirfāq* = concessione di uso o precario: I, 439 (349).

— *milk* = concessione fatta a titolo di proprietà: I, 378 (300).

— *tamlīk* = concessione traslativa di proprietà: I, 378 (300) n. 309.

Iqtiḍāʾ = l'atto con cui il creditore riceve dal debitore una cosa della stessa natura di quella che gli è dovuta e che estingue l'obbligazione: II, 86; = pagamento (considerato rispetto al creditore che riceve): II, 103 n. 396.

Irfāq = precario, atto benevolo, concessione benevola a titolo di beneficenza: I, 386 (306), 450 (357), 452 (359) e n. 634; II, 23 e *passim*; v. precario.

Irǵāʾ al-ḫuǵǵah li-l-ġāʾib = riservare [al convenuto contumace] il diritto di produrre le sue ragioni contro la sentenza: II, 578.

Irḫāʾ as-sitr = abbassamento delle portiere (della tenda), cioè il rimaner soli degli sposi: I, 228 (180); II, 619.

Irrestituibilità: v. *fawāt*.

Irrevocabilità: di atti invalidi II, 49 sg.; del mandato di vendita del pegno dato dal debitore II, 480.

Irrigazione: pel contratto di irrigazione: v. *musāqāh*.

Irṯ = successione (*per l'indice analitico* v. successione): I, Intr. VI (IV); I, 11 (9); = eredità, asse ereditario: II, 500, n. 22; II, 505, n. 43; v. anche *lā irṯ* ecc.

Irtiǵāʿ = revoca: II, 407.

Irtikāb aḫaff aḍ-ḍararayn = scelta del minore fra due danni: I, 69 (54).

Īṣāʾ = disposizioni d'ultima volontà che non hanno carattere patrimoniale; l'atto che le contiene: I, 295 (234); II, 532.

Išāʿah = stato d'indivisione di una comproprietà: I, 388 (308).

Islām = dedizione, remissione di sè a Dio: I, 5 (4); = professione esterna, distinta da *īmān* = fede interna: I, 5 (4) n. 33; = ritorno alla fede primitiva dei Patriarchi: I, 7 (5);

dār al-islām e *dār al-ḥarb* I, 83 (64 sg.); — rispetto al *dār al-ḥarb* I, 84-95 (65-75); « ogni bambino nasce nella fede primigenia » I, 84 (65 sg.); la conquista araba non ebbe carattere di crociata I, 87 (68); — requisito dei contraenti nella *mukātabah* I, 152 (119), per ottenere soccorsi sui proventi della *zakāh* I, 182 (143), per dar ripudio I, 256 (203), per il giuramento imprecatorio I, 276 (219) (vedi però n. 330), per raccogliere un trovatello I, 306 (243), per essere arbitro (*ḥakam*) II, 553, per essere *qāḍī* II, 563; il trovatello si presume musulmano I, 307 (243) n. 441; eccez. I, 307 (243) e n. 442; — invita i musulmani ad osservare i patti II, 84; esorta all'indulgenza verso il debitore II, 94; servigi di un musulmano ad un infedele II, 255; musulmano mandatario di un infedele II, 337; v. anche conversione all'Islām, apostasia, miscredenza, infedele, religione.

'iṣmah = potestà, autorità; autorità maritale e diritto di godimento della moglie, potere del marito sulla persona della moglie: I, 125 (98), **215** (**169** sg.), 215 (181), 230 (182), 310 (247); II, 500; = impeccabilità ed infallibilità: I, 36 (28).

Isnād = serie o catena dei testimoni mediante i quali è stato trasmesso un *ḥadīṯ*: I, 37 sg. (29 sg.), 52 (41), 359 (285).

Isola: formatasi in un fiume I, 419 (333).

Isqāṭ = rinuncia, abbandono: I, 369 (293) n. 272; II, 103, 104 n. 403.

Istahlaka: v. *mā lā yustahlaku* ecc.

Istaḥsana: v. *istiḥsān* e anche *man istaḥsana* ecc.

Istibrā' = accertamento della vacuità della matrice nella schiava per impedire la *confusio sanguinis*: I, 252 (199 sg.) e n. 231; II, 30;

la schiava nell'— non è richiedibile in matrimonio I, 199 (158); — necessario perchè il nuovo possessore abbia commercio con la schiava I, 205 (162); obbligatorio per la schiava quando cessi il possesso del padrone I, 252 (199 sg.); casi in cui non si fa luogo all'— I, 253 (200); durata dell'— I, 253 (200); impedisce la dazione della schiava in pagamento II, 208; consegna a un terzo della schiava per l'— II, 36, 361.

Istīfā' = pagamento (considerato rispetto al creditore che riceve): II, 103 n. 396.

Istiġlāl = sfruttamento, percezione dei frutti; diritto di usufrutto: I, 440 (349); v. anche *bay' al-istiġlāl*.

Istiḥbāb: v. *amr istiḥbāb*.

Istiḥlāf 'alà al-miṣḥaf = giuramento sul Corano: II, 628.

Istihlāl = primo vagito del feto: I, 120 (94).

Istiḥqāq = azione rivendicatoria: I, 429 (340); evizione, perdita da parte del compratore della cosa acquistata in forza di un diritto superiore a quello per il quale egli possiede: II, 138.

Istiḥsān = far prevalere sulla norma dettata dall'analogia altra dettata da considerazioni di utilità pratica e di equità: I, 72 sg. (56 sg.) e n. 165; v. definizione malichita I, 73 (57) n. 170; equità, ragioni di equità: I, 80 (63); II, 625.

regola sussidiaria di diritto I, 72-73 (56 sg.); — e il retratto I, 394 (313), e la compravendita con diritto d'opzione II, 163, e la registrazione del *waqf* II, 429.

Istīlā' = occupazione: I, 31 (24), 406 (323) e n. 440.

Istilḥāq = riconoscimento di paternità, attribuzione di paternità: I, 239 (189); 240 (190), 242 (191), 296 (235); II, 228; = (prima dell'Islām) adozione di schiavo o di prigioniero di guerra: II, 228.

Isti'mān = v. *bay' al-isti'mān*.

Istimlāk = occupazione: I, 406 (323).

Istinbāṭ = estrarre (si usa per indicare l'opera del giurista che, non trovando nel Corano o nelle tradizioni la regola applicabile al caso da risolvere, la deve ricercare, estrarre da quanto si trova disposto in altri casi consimili): I, 46 (36), 75 (59).

Istir'ā' = atto segreto con cui l'attore protesta mediante notari, facendo prendere atto della causa che gli impedisce di agire: I, 348 (277); II, 219.

Išṭirāk = comunione (presso i Ḥanafiti): I, 388 (308) n. 350.

Istiṣḥāb = lett. connessione, collegamento, dipendenza, cioè regola secondo la quale si presume che il fatto di cui è già stata accertata l'esistenza continui a perdurare qual'era: I, 162 (128) n. 152; I, 327 (260), 344 (273); II, 617, 621–623.

— *al-iġmā'* = presunzione basata sul consenso dei Dottori: II, 622 sg.

— *al-yaqīn wa ṭarḥ aš-šakk aṭ-ṭāri'* = (per gli Sciafiiti) presunzione per cui un fatto accertato si ritiene tuttora esistente fino alla prova di un fatto causa della sua cessazione (con ufficio negativo e positivo): II, 622.

Istiṣlāḥ = applicazione, criterio della utilità per stabilire una norma: I, 70 sg. (55 sg.), 71 (55) n. 162.

I'ṭā' = donazione: II, 413.

Iṭbāq = alterazione delle facoltà mentali che si manifesta in forma permanente: I, 304 (241).

I'tibār al-amṯāl = sinonimo di *qiyās*: v. questa voce I, 65 (51) n. 131.

I'tiqād = credere fermamente [che un fatto è la verità: testimone]: II, 605.

I'tiṣār = revoca: II, 407.

I'tiyāḍ = sostituzione, quindi pagamento di cosa diversa da quella pattuita: II, 176.

Itlāf e *Itlāf al-māl* = sperpero: I, 14 (11), 379 (301); = diminuzione di patrimonio: II, 461;

= distruzione totale della cosa: II, 463.

'Itq = affrancamento, emancipazione: I, 147 sgg. (116 sgg.); II, 20; *per l'indice analitico* v. emancipazione.

Ittifāq al-muǵtahidīn = *consensus prudentium*; v. *iǵtihād*.

Ittiṣāl = continuità non interrotta (ad es. della serie dei testimoni di un *ḥadīṯ*): I, 37 (29), 53 (42).

Iura in re aliena: v. *diritti sulle utilità della cosa*.

Ius poenitendi: v. *ḫiyār*.

'Iwaḍ = corrispettivo: I, 213 (169); II, 64; = risarcimento: I, 272 (216).

— *fi'lī* = corrispettivo di un fatto o diritto personale: II, 109.

'Iwaḍ mālī = corrispettivo di un valore patrimoniale: II, 109.

Ka 'l-milk = quasi proprietà: I, 451 (318).

al-Kabā'ir = [i sette] peccati maggiori: I, 246 (195).

Kafā'ah = uguaglianza, equivalenza sociale: I, 206 sg. (163).

Kafālah = fideiussione: II, 23, 99.

— *fī 'l-abdān* = malleveria di comparizione: II, 493.

Kaffārah = espiazione d'un giuramento falso per errore o di un voto non osservato: I, 49 (38), 268 (213), 271 (215); II, 14, 100, 630; quindi = espiazione dovuta per un *ẓihār* o per un omicidio, per infrazione del digiuno, per violazione dei doveri del culto ecc.: II, 543: *per l'indice analitico* v. espiazione.

Kāfī = sufficiente, cioè avente le attitudini, anche fisiche, necessarie per esercitare un ufficio, *par negotio*: I, 294 (234).

Kafīl = fidejussore: II, 484.

Kahl = *vir* fino ai 51 anni: I, 126 (99) n. 38.

Kayfiyyat al-qaḍā' = il modo o forma in cui avviene il giudizio: II, 558.

Kala' = pastura o foraggio, cioè l'erba che cresce spontanea nei campi aperti: I, 319 (254), 383 (304).

Kalālah = caso speciale nella divisione della eredità: II, 511.

Kālī = credito a termine, residuo del *mahr* che si paga a termine: I, 220 (174), 225 (178), 283 (224); II, 200, 543; v. anche *bay' al-kālī bi-'l-kālī*.

Kamāl at-taṣarruf al-muṭlaq = *plena in re potestas*, il diritto di godere e disporre pienamente di una cosa ad esclusione di ogni altro: I, 355 (282).

al-Kamšah al-maġhūlah = la manciata incerta o ignota, cioè una manciata di monete che nel Maġrib si aggiunge spesso al prezzo pagato e che viene data ai poveri senza accertarne la quantità (astuzia legale per impedire il retratto): I, 398 (316).

Kanz = tesoro (tanto se anteriore quanto se posteriore all'Islām): I, 410 sgg. (325 sgg.), 411 (326) n. 474.

Karāmah = grazia speciale (concessa alla Comunità dei Credenti): I, 41 (32).

Kārī = locatore: II, 232.

Kātib = segretario, scrivano [di tribunale]; equivale in parte al nostro cancelliere: II, 566.

Kaylī = (cosa) che si determina a misura di volume: I, 314 (250).

Kināyah ḫafiyyah = espressione indiretta tacita: II, 21.

Kināyah ẓāhirah = espressione indiretta palese: II, 21.

Kirā' = *vectigal*, *pensio*, prezzo di locazione: I, 369 (293); = locazione di cose; locazione di cose immobili e anche quella delle navi e degli animali di trasporto: II, 231, 232 e n. 3; II, 275; = locazione per danaro o affitto [di fondi rustici] (in contrapposizione a *muḫābarah*): II, 247.

— *'alà at-tabqiyah* = locazione permanente, cioè conduzione enfiteutica (al Marocco): I, 440 (349).

— *madmūn* = locazione di cosa genericamente determinata: II, 89.

— *mu'abbad* = locazione a lungo termine e contratti affini, enfiteusi: I, 436 (346), 440 (349); II, 254.

Kirdār (nel Maġrib) = *ḥikr* (in Egitto), enfiteusi con canone variabile usitata generalmente per beni *waqf*: I, 445 (353); anche la superficie, cioè le costruzioni o piantagioni istituite dall'enfiteuta sulla proprietà: I, 445 (353) n. 600.

Kitābah = affrancamento di schiavo per contratto o riscatto convenzionale: I, 147–150 (116–118); II, 8; e il prezzo di tale affrancamento: I, 151 (119); e il contratto o l'atto di esso: I, 151 (119); II, 353, 487; *per l'indice analitico* v. sotto schiavitù: schiavo *mukātab*.

Kitābī, femm. *kitābiyyah* = seguace della Scrittura, cioè Ebreo o Cristiano: I, 86 (67);

suoi rapporti col musulmano I, 86 (67); sua successione I, 105 (82); sua conversione e il matrimonio I, 114 (89); può essere *wālī* ? I, 203 (160); non può sposare una musulmana I, 208 (164), 223 sg. (177); matrimonio del musulmano con una *kitābiyyah* I, 201 (159), 208 (164), del musulmano libero con la *kitābiyyah* I, 207 (163), 224 (177); il marito non eredita da una moglie *kitābiyyah* I, 236 (186); giuramento della *kitābiyyah* per un *li'ān* I, 278 (220).

Kufū' = equivalenza sociale: I, 205 sg. (163).

Kurā' = animali da lavoro, cioè cavalli, asini, cammelli da lavoro: I, 313 (249).

al-Kutub as-sittah = lett. i sei Libri, cioè le raccolte di *ḥadīṯ* di al-Buḫārī, Muslim, Ibn Māǵah, Abū Dā'ūd, at-Tirmiḏī e an-Nasā'ī: I, 38 (30).

Lā ḍarara wa lā ḍirāra = non danno nè reciprocanza di danno (o danneggiamento reciproco), cioè: *a*) nessuno può far uso del proprio diritto al solo scopo di nuocere altrui, senza utilità per sè; *b*) nessuno può far uso del proprio diritto in guisa da nuocere altrui, in modo sproporzionato al vantaggio che ne ritrae: I, 15 (11 sg.) e n. 78; I, 380 sg. (302); II, 73, 635.

Lā irṯa ma'a aš-šakk = non v'ha successione in caso di dubbio (o finchè v'ha dubbio) (*ḥadīṯ*): I, 162 (127); II, 500.

Lā ṭā'ah fī ma'ṣiyah = niuna obbedienza nel peccato: I, 26 (20); II, 73.

Lā ṭalāqa ma'a iġlāq (*ḥadīṯ*) = non v'ha ripudio quando vi è violenza: II, 47.

Laffaqa: v. *talfīq*.

Lafīf = turba, massa di persone di ogni età e condizione: II, 603.

Lafẓ = manifestazione o espressione: I, 256 (203), 259 (205); quindi espressione della volontà [di dar ripudio]: I, 259 (205); v. anche *bi-'l-lafẓ*.

Lago: proprietà demaniale I, 403 sg. (320).

Lahu mā aslama 'alayhi = a lui la proprietà di quanto possedeva al momento della sua conversione all'Islām: I, 353 (281).

Lāmīn (*sic!* per *al-amīn*) = capo di corporazione, capo d'arte: I, 171 (135) n. 177.

Laqīṭ = trovatello raccolto: I, 306 (243) e n. 438.

Lavoratore: v. sotto locazione-conduzione: locazione di opere ecc.

— agricolo: privilegiato fra i creditori I, 137 (107 sg.).

Lavori: in un fondo esposto a retratto I, 398 (316); in un fondo rivendicato I, 432 sg. (343); in una superficie I, 451 sg. (358), 451 sg. (358); in un fondo usurpato II, 460; v. anche migliorie, raccolto.

Lavoro: titolo d'acquisto della proprietà già in epoca preislamica presso i sedentari I, 354 (281); v. inoltre cottimo e sotto locazione-conduzione: locazione d'opere.

Laysa min ḥaqīqatihi = non è della sua essenza, cioè non è condizione necessaria [per l'esercizio di un privilegio]: II, 471.

Lāzim = obbligatorio: I, 153 (120); II, 17, 26, 41, 126, 164, 272, 545; = effettivo: II, 53; v. anche *ġayr lāzim*.

Lāzim bi-'l-'amal = obbligatorio in virtù del fatto, *contractus qui re fiunt*: II, 26.

Lāzim bi-'l-'aqd = obbligatorio in virtù del consenso, *contractus qui consensu fiunt* (v. contratti consensuali): II, 26, 313.

Lāzim bi-'l-fi'l = obbligatorio in virtù d'un principio di esecuzione (v. contratti obbligatori in virtù del fatto): II, 26.

Lāzim bi-'l-qawl = obbligatorio in virtù del consenso, *obligans ipsis verbis* (v. contratti consensuali): II, 26.

Lebbroso: matrimonio del — I, 210 sg. (166 in pr. e f.).

Legato: a favore di un *ḏimmī* I, 101 (79); a favore di un debitore insolvente I, 138 (108); ricevuto da una persona giuridica I, 172 sg. (136); II, 534; animo di acquistare nel legatario I, 427 (339); — di usufrutto, di abitazione I, 453 (360); definizione del — II, 16 n. 63; — futuro può donarsi II, 400; esecuzione del — dopo pagati i debiti del *de cujus* II, 526.

II, **530–549**; esecutore testamentario II, 549 sg.; v. anche successione, liberalità, disposizioni di ultima volontà, testamento.

— di libertà: v. emancipazione di schiavo.

Legge: concetto della — per il musulmano I, 6 (5), 71 (55); determinazione del significato e della portata della — I, 57–70 (44–54); forma della — I, 57–60 (44–47); conflitto di leggi I, 60–64 (47–50); abrogazione della — I, 61–64 (48–50); interpretazione della — I, 64 sg. (50 sg.); interpretazione analogica I, 64–70 (50–54); limiti della — determinati dalla differenza di religione I, 83 (65); tutti i Musulmani sono uguali davanti alla — II, 556.

— islamica: promulgata una volta per sempre I, 112 (87); non ha aspetto retroattivo I, 112 (88); applicata talvolta anche ai *ḏimmī* I, 106 (83); in conflitto con quella di altre comunità I, 108–111 (84–87); v. inoltre *šarī'ah*.

Legge naturale: comune a tutte le religioni, è compresa nella *šarī'ah* II, 12.

Leggi: delle Comunità non islamiche in conflitto fra loro I, 108-111 (84-87).

Legname: di una terra *nullius* I, 408 (324); locazione d'una terra mediante una quota del suo — II, 248.

Lenone: non può essere testimone I, 140 (110).

Lesione: definizione II, 46; è ragione di rescissione del contratto II, 46; dà luogo ad un *ḫiyār* (opzione) II, 47; nella transazione II, 218; nella divisione della eredità II, 528, 530; inferta a una persona, considerata danno II, 461; del diritto altrui: v. danno, colpa.

Letame: sua commerciabilità I, 320 (255); turbativa di possesso pel vicino I, 336 (267).

Lettera di cambio: vietata dai rigoristi II, 392.

Li-ta'līf al-qulūb = spese per conciliare i cuori, ossia spese segrete della politica: I, 176 (138).

Li-waǵh Allāh = intuitu Dei, cioè in contemplazione delle ricompense della vita eterna: II, 398.

Li-waǵh aqwà = per motivi superiori: I, 72 (56).

Li-t-tadāwī = lett. per curarsi, cioè [sostanze] medicinali: II, 181.

Li-t-tafakkuh = ciò che si consuma a guisa di companatico o frutta: II, 181.

Li-t-tawāzur wa't-tanāṣur = per la reciproca difesa: I, 1 (1); II, 495.

Li'ān = anatema, ossia giuramento imprecatorio contro la moglie: I, 206 (163), 238 (189), 242 (192), 275 sgg. (219 sgg.); II, 553, 628; v. *per l'indice analitico*: giuramento imprecatorio.

Liberalità: acquistata da un nascituro I, 119 (93); fatta allo schiavo I, 146 (115); considerata con favore II, 397, 536; ratifica di legato a un erede II, 535 e n. 127; v. anche donazione, atto gratuito.

Liberta: suo *walī* I, 202 (160); v. inoltre patronato, emancipazione di schiavo, schiava.

Libertà: regola fondamentale del diritto I, 8 (6), 12 (9); stato naturale dell'uomo I, 13 (10); II, 12; suoi limiti I, 12 (10); requisito del Califfo I, 18 (14); si presume sempre I, 13 (10), 150 (118); II, 618; il libero non può darsi in schiavitù I, 13 (10), nè l'emancipato rinunciare alla — I, 13 (10), 150 (118); II, 546; prescrizione acquisitiva della — I, 158 (124); non ammette transazione II, 212.

— di coscienza: I, 85 (66).

Liberto: suoi rapporti col patrono I, 159 sg. (125 sg.); — di una persona giuridica I, 173 (136); e il riconoscimento di paternità I, 240 (190); e la custodia del minorenne I, 290 (230); non può essere *qāḍī* II, 563; v. inoltre patronato, emancipazione di schiavo, schiavo.

Liceità: v. atto lecito.

Liquore: v. vino.

Lite: v. giudizio.

Locazione-conduzione: la locazione è condizione di privilegio pel creditore I, 137 (107); non costituisce possesso I, 330 (263); locazione della miniera I, 377 (299), della cosa comune I, 388 (308); retratto sulla quota locata I, 397 (315); vizio nel contratto di — II, 51; colpa contrattuale nella — II, 75; congiunta con una vendita nel contratto II, 123; risoluzione d'una — a tempo indeterminato II, 199; transazione sotto forma di — II, 210, 216.

II, **231-285:** di cose II, 232-254; prezzo della locazione II, 94, 236, 242, 525 n. 93; forma del contratto di — II, 236 sg. e n. 29; periodo della — II, 237 sg.; obblighi del locatore II, 238-241: consegna della cosa locata II, 238 sg.; riparazioni della cosa locata II, 239-241; garentia della cosa locata II, 241; obblighi del conduttore II, 241-244; abusi del conduttore II, 244; subaffitto II, 243; restituzione della cosa locata II, 243; fine della — II, 245 sg.; — di fondi rustici II, **247-254:** locazione perpetua o a lungo termine II, 253 sg.; la cosa comodata non può locarsi II, 376; — con facoltà di risoluzione per palliare un mutuo fruttifero II, 393 sg.; donante conduttore della cosa donata II, 404; donazione di cosa locata II, 404; *waqf* di cosa locata II, 424, di cosa presa in locazione II, 424 sg.; furto di cosa locata II, 453; locazione di cosa individuata garantita da pegno II, 470; locazione del pegno al debitore II, 482; morte del locatario II, 525 e n. 93; la possibilità di locazione esclude il godimento a turno degli eredi II, 528; la — e la lite ad essa relativa II, 589.

— d'opere e di servigi: dello schiavo I, 145 (114), *mukātab* I, 152 (119), *mudabbar* I, 156 (122), della schiava madre I, 157 (123), del figlio impubere I, 244 (193); vizio nel contratto di — II, 51.

II, **254-269:** limitazioni della capacità contrattuale II, 255; requisiti del lavoro II, 255-259; mercede II, 256, 257 sg., 259 sg., 266 sg.; obblighi del locatore II, 260-265, del conduttore di lavoro II, 265-267; estinzione della — II, 267-269; differenza fra una *musāqāh* e una — II, 312; la *muġārasah* quale — II, 318 e n. 103; II, 319; — confrontata con l'accomenda II, 328; mandati sotto forma di — II, 347, 351; non compresa nella eredità II, 501 n. 23.

— d'opera: v. cottimo.

— perpetua: v. enfiteusi.

Locuste: v. perimento, forza maggiore.

Lucro: v. rischio.

— illecito: v. ribā.

Luogo: dell'adempimento della obbligazione II, 91 sg.; — della consegna della cosa venduta II, 135; — della restituzione di cosa comodata II, 378, mutuata II, 387 sg., 391 sg.; — della comparizione del debitore per cui sia stata data malleveria di comparizione II, 494.

Luqaṭah: v. *luqṭah*.

Luqṭah o *luqaṭah* = cosa smarrita, oggetto raccolto: I, 325 (279), 410 (325), 411 (326), 412 (327), **413** sg., (328 sg.); II, 135, 372; *per l'indice analitico* v. oggetti smarriti.

Luzūm = efficacia obbligatoria: II, 17, 27.

Mā fīhi ḥaqq tawfiyah = cose fungibili vendute a peso, a misura ecc.: II, 130.

Mā lā yuġābu 'alayhi = cose che non si possono sottrarre alla vista, non trafugabili: I, 316 (251) e *passim*: v. cosa trafugabile.

Mā lā yustahlaku bi-'l-isti'māl = cose non consumabili: I, 313 (249).

Mā malakat al-yad = proprietà, possesso: I, 351 (279).

Mā rukkiba fīhā li-t-ta'bīd = lett., ciò che è stato unito ad essa [cioè alla cosa principale] per l'uso perpetuo, *quae perpetui usus causa in aedificio sunt*: I, 317 (252) n. 31.

Mā yaġūzu bay'uhu wa mā lā yaġūzu = ciò che si può vendere e ciò che non si può, cioè cose in commercio e cose fuori commercio: I, 318 (253).

Mā yarmīhi an-nās ruġbatan 'anhu = ciò che viene gettato via perchè non si desidera averlo, ossia cose derelitte: I, 412 (327).

Mā yata walladu 'an aš-šay' = *quod nascitur mediante re*, ossia ciò che rappresenta il godimento della cosa sotto forma di rendite civili: I, 318 (253).

Mā yatawalladu min aš-šay' = *quod nascitur ex ipsa re*, cioè i prodotti organici di una cosa: I, 317 (259).

Mā yuġābu 'alayhi = lett. cose che si possono sottrarre alla vista, facilmente occultabili, trafugabili: I, 316 (251) e *passim*: v. cosa trafugabile.

Mā yustahlaku bi-'l-isti'māl = cose consumabili con l'uso: I, 313 (249).

Madanī = (detto dell'uomo) [animale] socievole, politico: I, 10 (8).

Maḏhab, plur. *maḏāhib* = indirizzo, scuola: I, 75 (59), 77 (60).

Madīn = debitore: II, 5; = ricevente l'anticipazione (nel *salam*): II, 170.

Ma'din, plur. *ma'ādin* = miniera, minerale: I, 177 (139) e *passim*; *per l'indice analitico* v. miniera, minerale.

al-Ma'din ġubār (parte di un *ḥadīṯ*): v. *al-aġmā' ġubār*.

Maḍmūn = assicurata, garantita (obbligazione): II, 10; dicesi del contratto di trasporto, in cui il vetturale si obbliga a somministrare una cavalcatura o una imbarcazione non specificamente designata, sicchè egli è tenuto a somministrare un altro mezzo di trasporto se quello viene a mancare: II, 277; = [debitore] per cui viene prestata garentia nella fideiussione: II, 484.

— *'anhu* = (per gli Sciafiiti) [debitore] per cui viene prestata garanzia nella fideiussione: II, 484.

— *bihi* = debitore per cui viene prestata garanzia nella fideiussione: II, 484; = (per gli Sciafiiti) debito che forma oggetto di garanzia nella fideiussione: II, 484, 486.

— *fī 'l-'ayn* = garantito *in specie*: I, 315 (250).

— *fī 'd-dimmah* = garantito dalla responsabilità del debitore: I, 314 (250); = obbligazione generica: II, 10.

— *fīhi* = debito che forma oggetto di garanzia nella fidejussione: II, 484.

— *lahu* = creditore cui è prestata la garanzia nella fidejussione: II, 484.

Madmūnah = [locazione di] cosa genericamente determinata: II, 236 n. 27.

Madre: v. famiglia, e sotto successione: eredi legittimari, casi speciali.

Ma'dūd = [cosa] numerabile: I, 314 (250) e n. 23.

Ma'dūn lahu (oppure *ma'dūn lahu fī 't-tiǵārah*) = [schiavo] autorizzato a commerciare: II, 353 e *passim*: v. sotto schiavo.

Mafqūd = assente, persona di cui non si hanno più notizie, ma che si spera di poter rintracciare: I, 162 (127); II, 565.

Mafsadah = inconveniente: I, 73 (57).

Maǵallah = Codice civile ottomano: I, 319 (253).

Maǵhūl = indeterminato: II, 172.

Magia: v. scienze occulte.

Magistratura: v. *qāḍī*.

Maǵlis aš-šar' = tribunale: II, 557.

Maḥall = sostrato, materia; luogo od oggetto dell'azione; oggetto [del contratto]; subietti: I, 200 (158) e n. 50; I, 201 (159) e n. 52; I, 256 (203), 257 (204).

Maḥārim, plur. di *muḥram* = persone che sono tra loro in grado proibito pel matrimonio: I, 205 (162), 229 (181), 264 (209).

Maḥḍar = appunti presi dal giudice per ricordo delle dichiarazioni delle parti: II, 585.

Maḥǵūr = inabilitato ad agire, soggetto alle limitazioni dette *ḥaǵr*, interdetto: I, 122 (95), 127 (100), 130 (102), **304** (**241** sg.), 330 (262); II, 17 n. 66; II, 113, 353, 542.

— *'alayhi* = interdetto: II, 336.

Māhirah = donna maritata mediante *mahr*: I, 191 (151) n. 5.

Maḥmūl 'anhu = persona di cui un garante si è assunto il debito: II, 492.

Mahr = (nei tempi preislamici) corrispettivo pagato ai congiunti della sposa per ottenere il loro consenso al matrimonio e di cui una parte spettava forse a quest'ultima; quindi dono nuziale: I, 214 (169) e *passim*.

— della moglie convertitasi all'Islām I, 115 (90); — consistente in cose impure nel matrimonio di convertiti all'Islām I, 115 (90) n. 157; nel matrimonio dello scomparso I, 164 (129) n. 158; nell'Arabia preislamica I, 191 (151), 214 (169); requisito essenziale pel matrimonio I, 200 (158), 214 (169), 216 (170), 216 (171) n. 102; natura del — I, 214 sg. (169 sg.); minimo e massimo del — I, 215 (170), 219 (173), 225 (178); nel matrimonio detto *šiġār* I, 216 (171); — di equivalenza I, 215 (171) (v. altresì *mahr al-mitl*); sua determinazione nel contratto I, 217 (171), 218 (172), rimessa al marito o alla moglie I, 217 (171); l'alea vi è tollerata I, 219 (173); oggetto dato in — non commerciabile I, 218 (173); come viene pagato I, 219 sg. (173 sg.); residuo del — I, 220 (174); a chi è pagato I, 220 (174);

uso del — pagato in contanti I, 220 (174); — e la nullità del matrimonio I, 224 (177); vizi del *mahr* che rendono il matrimonio rescindibile I, 225 (178); — e lo scioglimento del matrimonio I, 226 (178); *mahr* illecito nel matrimonio rescindibile sanato dalla consumazione I, 226 (179); in caso di mancata consumazione del matrimonio I, 226 (179), 228 (180); in caso di consumazione presunta del matrimonio II, 619; rifiuto della donna al marito se questi non ha pagato il — I, 230 (182), o se l'oggetto — è stato rivendicato da un terzo I, 230 (182); — alla morte del marito I, 251 (199); — e la ripudiata prima della consumazione del matrimonio I, 262 (208); — e i rapporti sessuali con la ripudiata durante la *'iddah* I, 263 (209) n. 272; esigibile dalla ripudiata I, 265 (210); dopo un ripudio triplice I, 266 (211); rinunzia al *mahr* o a parte di esso come riscatto nel *ḫul'* I, 274 (217) e n. 320; dopo un ripudio dirimente per reintegrare la convivenza I, 275 (218); dopo un *li'ān* I, 279 (221); dopo la risoluzione giudiziale del matrimonio I, 282 (224); mancato pagamento del — o della parte di esso ancora dovuta I, 283 (224); in seguito a un ripudio pronunciato da arbitri I, 287 (227); nel caso di un matrimonio di schiavo rescisso dal padrone I, 287 (228); *mahr* cui la moglie aveva rinunciato ripetibile II, 68; diritto della moglie al — prima della consumazione del matrimonio II, 93 sg.; congiunto ad una vendita ? II, 123; vedova ancora creditrice di parte del — II, 213 sg.; garantito dal padre, da un congiunto o da persona altolocata II, 492; resto del — da pagarsi per disposizione testamentaria II, 543.

Mahr al-miṯl = dono nuziale di equivalenza, cioè equivalente a quel dono che per consuetudine del luogo viene dato da un uomo pari allo sposo a donna di condizione sociale pari a quella della sposa: I, 216 (171), 226 (179) n. 137 e *passim*;

dovuto alla emancipata sposata dal padrone I, 209 (165); per uno *šiġār* annullato I, 216 (171); se il contratto tace sul *mahr* I, 217 (171), 224 (177), 251 (199), 265 (210); in sostituzione di un *mahr* non commerciabile I, 219(173), 224 (177), 226 (179); II, 50 sg.; rappresenta il massimo per l'incapace I, 219 (173) n. 113; — e la ripudiata prima della consumazione I, 262 (208); in sostituzione di un *ḫul'* fuori commercio I, 274 (218) n. 323.

Maḥram = *waqf*: II, 428 n. 195.

Maḥramah ṣadaqah = *waqf*: II, 428 n. 195.

Maḥẓūr = atto vietato: I, 8 (7), 57 (45).

Maiale: v. suini.

Makīl = misurabile; che si vende a misura di volume: I, 314 (250) e n. 23; II, 64, 181.

Makrūh, femm. *makrūhah* = [atto o clausola] riprovevole, riprensibile; [atto] da cui è meglio astenersi, ma che, se compiuto, non è punibile per se stesso o civilmente rescindibile: I, 9 (7) n. 52; I, 57 (45), 59 (46), 199 (157), 207 (164), 254 (201), 255 (202), 272 (216), 322 (256) n. 56; I, 323 (257), 325 (259); II, 32 e n. 131; II, 337.

al-Makrūh lā yufsaḫu = il patto o la clausola riprovevole non è ragione di rescissione: II, 32 n. 131.

Maks tawẓīf = imposta o tributo: I, 179 (141).

Māl = bene, valore patrimoniale, commerciabile; patrimonio, ricchezza; anche bestiame: I, Intr. VIII (VI); I, 229 (181), 308 (245), **308** sgg. (**246** sgg.), 309 (246) n. 5 e n. 6; I, **312** sgg. (**248** sgg.); II, 1, 11, 21, 64, 79 e *passim*; per *l'indice analitico* v. bene patrimoniale.

— *Allāh* patrimonio di Dio, cioè pubblico, Tesoro pubblico I, 4 (3) n. 23; I, 184 (144), 361 (287 sg.), 364 (289).

— *al muslimīn* = patrimonio che appartiene in comune a tutti i Musulmani: I, 183 (144).

— *nāṭiq* = beni loquenti, cioè animali e schiavi: I, 312 sg. (248 sg.).

— *ṣāmit* = beni muti, cioè oro e argento grezzo ed altri metalli coniati o altrimenti lavorati: I, 312 sg. (248 sg.).

Malafede: v. buona fede, dolo, usurpazione.

Malattia: I, 130–134 (102–105); e la guerra santa I, 88 (69); e il contratto di matrimonio I, 208 (164), 224 (177) e n. 131; e la rescissione del matrimonio I, 207 (163), 280 sg. (222 sg.); e il rifiuto della donna al marito I, 230 (182); spese di medico e medicinali I, 233 (184); mantenimento del figlio malato I, 245 sg. (194 sg.); mantenimento della ripudiata o vedova già malata prima del matrimonio I, 245 (194); ripudio del malato I, 256 sg. (203) e n. 246, dato nel delirio della febbre I, 132 (104), 260 (206); giuramento di astinenza del malato I, 268 (212) e n. 288; I, 269 (213); divorzio con riscatto contratto dal malato o dalla malata I, 273 (217) e n. 317; termine assegnato al coniuge per la cura I, 281 (223), 288 (228 sg.); e la custodia I, 291 (231), 292 (232); e la prescrizione I, 348 (276); *iqrār* d'un malato grave II, 222; malattia del locatore d'opere II, 268; — del socio e il lavoro comune II, 303; — del depositario II, 365 n. 108; e la donazione II, 399; e il *waqf* II, 419, 429 sg., 432; e la fidejussione II, 485; e il testamento II, 533, 542; malato rappresentato in un processo II, 576.

Malichita (dottrina): paesi in cui prevale I, Intr. V (III).

Mālik = proprietario: I, 146 (115).

— *al-intifā'* = usuario, *dominus usus*: I, 458 (363) n. 661.

— *al-manfa'ah* = usufruttuario, *dominus utilitatis*: I, 458 (363) n. 661.

— *bi-amrihi* = *sui juris*, avente la capacità di obbligarsi: II, 590.

Malleveria: v. garentia, fidejussione.

— di comparizione: obbligo assunto di presentare una persona in giudizio o alla scadenza dell'obbligazione, *cautio judicio sistendi* II, 493 sg.

— di ricerca: d'un debitore o d'un convenuto II, 494.

Maltrattamento: — dello schiavo I, 146 sg. (115), 158 (124), 358 (284); — dell'apostata nei giorni concessigli per pentirsi I, 169 (133); — del figlio I, 244 (193); se causa di un *ḫul'*, il riscatto è repetibile I, 275 (218); — della moglie I, 286 (226 sg.); — dell'animale I, 358 (284).

Mamlūkah: v. *arḍ mamlūkah*.

Ma'mūnah ovv. *ma'mūnat ar-rayy*: v. *arḍ ma'mūnah*.

Ma'mūrah: v. *arḍ ma'mūrah*.

Man aḥāṭa ad-dayn bi-mālihi = il debitore il cui patrimonio è investito da ogni parte dal debito, ossia debitore insolvente: I, 135 (106).

Man bi-yadihi al-arḍ = gli abitanti dei paesi di conquista: I, 369 (293) n. 269.

Man bi-yadihi ʿuqdat an-nikāḥ (Cor. II, 238) = colui che ha in mano il vincolo nuziale, ossia il *walī* o il marito: I, 202 sg. (160).

Man ištaddat waṭʾatuhu waġabat tāʿatuhu (aforismo legale) = cui soverchia la potenza è dovuta l'obbedienza: I, 31 (24).

Man istaḥsana fa-qad šaraʿa (detto di aš-Šāfiʿī) = chi applica l'*istiḥsān* legifera: I, 72 (57) n. 169.

Man māta ʿan ḥaqqin fa-li-wāriṯihi (*ḥadīṯ*) = chi muore lasciando un diritto, questo spetta al suo erede: II, 501.

Maʿnà = (anche) contenuto [di una tradizione]: I, 52 (41).

Manāfiʿ (plur. di *manfaʿah*: v. anche questa voce) = utilità (plur.), servizi, godimento che può trarsi dalla cosa; (tutti i) modi di godimento (quindi anche il precario, il comodato ecc.): I, Intr. VIII (VI); I, 326 (259), 414 (329), 452 sg. (359) e n. 634; II, 231, 424, 573; v. anche *bayʿ al-manāfiʿ*.

— *mušṭarakah* = utilità comuni, diritti di godimento concessi dallo Stato: I, 405 (321).

Manbūḏ = *projectus*, *derelictus*, infante esposto, bambino abbandonato: I, 306 (243) e n. 438 (437).

Mandato: — conferito da persona poi scomparsa I, 163 (128); — della persona fisica che agisce per quella giuridica I, 172 (135); matrimonio con mandato di fiducia I, 217 (171); ripudio per — I, 257 (204); — conferito alla moglie per dar ripudio a se stessa I, 257 (204), 272 (216) n. 313; decadenza di tal — I, 257 (204); — dato agli arbitri nei dissensi coniugali I, 286 (227) n. 368 (367); colpa contrattuale nel — II, 74, 75; il mandatario non può comprare per sè i beni che ha — di vendere, eccez. II, 114; — per un *iqrār* II, 223;

II, **335–372**; può il mandatario essere un incapace? II, 90, 336 sg.; non può essere un infedele I, 104 (81); II, 337; — generale o speciale II, 339–343, 345 sg.; il mandatario può farsi sostituire? II, 341 sg.; solidarietà dei mandatari II, 342; responsabilità del mandatario II, 342 sg., 346; atti oltre il mandato II, 343 sg.; persone da cui il mandatario non può acquistare o a cui non può vendere II, 345; resa dei conti del mandatario II, 345 sg.; trasgressione o colpa del mandatario II, 346, 349; diritti e doveri del mandante II, 347 sg., 348 sg.; il mandatario non ha diritto di ritenzione II, 348; effetti del mandato rispetto ai terzi II, 347; caso del mandante e del mandatario che contraggono lo stesso negozio II, 349; estinzione del mandato II, 349–351; casi in cui non può revocarsi il mandato II, 350; può il mandatario rinunciare al mandato? II, 351; come può essere dato dallo schiavo autorizzato a commerciare? II, 355; furto della cosa del mandante II, 453; — di vendita del pegno dato dal debitore II, 480; — di fare credito a una persona II, 488 e n. 103; il mandatario è un fiduciario II, 623 (v. contratti fiduciari); contratti affini al mandato II, 351–360: mandato di pagare II, 351 sg.;

autorizzazione a commerciare data allo schiavo II, 352–356; gestione degli affari altrui II, 356–360; — per un processo II, 575–578, 576 n. 137.

— di pagare (*ḥawālah*) II, 351 sg.

— pubblico: v. *wakālah*.

Mandūb = atto raccomandabile, lodevole, meritorio, la cui omissione non è punibile: I, 8 (7), 9 (7) n. 52; I, 57 (45), 199 (157), 265 (210); II, 373, 564.

Manfa'ah = utilità (sing.), godimento: I, 435 (345), 444 (352), 453 (359), 458 (363), 458 (364) n. 662; II, 11 e *passim*; talora = usufrutto: I, 454 (360) n. 638.

Manhī 'anhu = atto vietato: I, 8 (7).

Manīḥah = usufrutto a titolo benefico del latte di un animale: I, 354 (281).

Manqūlāt, plur. *manqūlāt* = [cosa] mobile, trasportabile (tanto la cosa mobile quanto quella che non è infissa in modo permanente, ed i semoventi, cioè animali, schiavi): I, 313 (249).

Mantenimento: *iġtihād* pel — della moglie e dei figli I, 76 (59) n. 185; I, 245 (194); — dello schiavo I, 147 (115), 234 (185), del trovatello I, 183 (144), 307 (244) e n. 443, della moglie dello scomparso I, 163 sg. (128 sg.), 166 (130), della moglie I, 225 (178), 230 (182), 232 sg. (184 sg.), 281 (223), dei domestici I, 234 (185), dei figli I, 234 (185), 245 sg. (194 sg.), del marito indigente I, 234 (185), della figlia ripudiata o vedova I, 245 (194); persone cui è dovuto il — I, 245 (194); la madre è tenuta al — dei figli ? I, 246 (195); — dei genitori e degli ascendenti I, 247 sg. (196), della moglie del padre I, 248 (196) n. 215, della madre passata a seconde nozze I, 248 (196); — della vedova I, 250 (198), della ripudiata I, 262 (208), 264 (209) e n. 274; I, 266 (211), 279 (221); — di gestazione I, 250 (198), 266 (211), 279 (221); II, 67 sg.; mancato — della moglie I, 283 (224 sg.); durante l'assenza del marito I, 283 sg. (225); — della moglie dello schiavo I, 288 (228), dei figli dello schiavo I, 288 (228); — del pupillo I, 297 (236); II, 466, del custodito I, 292 (231), del tutore I, 302 (240); — dello schiavo pignorato II, 479 n. 60.

Manutenzione: spese di — del fondo locato II, 252; d'un *waqf* II, 437 sg.; v. anche spese.

Maqāl = domanda orale dell'attore: II, 584.

al-Maqḍī 'alayhi = la parte contro cui avviene il giudizio: II, 558.

— *bihi* = la legge secondo cui si deve giudicare: II, 558.

— *fīhi* = oggetto o materia del giudizio, questioni relative alla giurisdizione ed alla competenza: II, 558.

— *lahu* = la parte in favore della quale avviene il giudizio: II, 558.

Maqṭū' = [*ḥadīṯ*] che si riferisce ad un *tābi'* dei Compagni del Profeta: I, 53 (41); = [serie dei testimoni di un *ḥadīṯ*] interrotta per la mancanza di uno o due fra essi: I, 53 (42).

al-Ma'qūd 'alayhi = oggetto o materia su cui cade il consenso, oggetto del contratto: I, 201 (158), 213 (168); II, 16, 19, 113, 233, 255.

Marāfiq = atti di buon vicinato: I, 385 (306).

Mare: proprietà delle cose rigettate dal mare I, 409 sg. (325), 413 (327); rive abbandonate dal mare I, 421 (334).

Marfū' = [*ḥadīṯ*] che si riferisce al Profeta: I, 53 (41).
Marhūn = cosa pignorata: II, 465.
— *bihi* = credito garantito mediante pegno: II, 465, 469.
Marito: v. matrimonio e sotto successione: eredi legittimari.
Ma'rūf = beneficenza: v. *'aqd ma'rūf*.
Maṣabb al-mirḥād = (*servitus*) *cloacae immittendae*: I, 460 (365).
Mas'alat al-ḥammās (v. *ḥamāsah*): II, 308.
al-Mašfū' minhu = colui contro il quale si esercita il retratto: I, 395 (314).
Mašhūr = notorio: I, 50 (39); II, 571; = [*ḥadīṯ*] fondato sulle testimonianze di un gruppo di testimoni degni di fede: I, 55 (43).
Masīl = (*servitus*) *clocae immittendae*: I, 460 (365).
Masīs = consumazione del matrimonio: I, 227 sg. (180) e nn. 141 e 143.
Ma'ṣiyah = ribellione a Dio, peccato, violazione della Legge divina: I, 6 (5); 58 (45); II, 312; = violazione d'un precetto morale: II, 15 n. 56; = disobbedienza: I, 25 sg. (20); II, 73: = scopo (di un *waqf*) contrario ai principî generali del diritto islamico: II, 420 sg.
Maṣlaḥah e plur. *maṣāliḥ* = utilità, interesse (o interessi) pubblico, generale: I, 9 (7), 24 (18), 25 (19), 71 (55), 73 (57), 79 (63), 183 (143), 185 (145), 185 (146); al plur. = usi pubblici: I, 183 (143) n. 216.
— *'āmmah* = utilità generale, utilità pubblica: I, 12 (9), 23 (18) n. 121.
— *kulliyyah ḥāǵiyyah* = utilità generale ed effettiva: I, 71 (55).
Maṣrif = scopo, causa (ad es. di un *waqf*): II, 419, 426.
— *mu'abbad* = carattere perpetuo (del *waqf*): II, 420.
Mašrū' = *jus*: I, 72 (56) n. 165.
Mašrūb = materia alimentare liquida: II, 64.
Ma'ṣūm = [bene] inviolabile: I, 103 (81); = [diritto] protetto dalla legge, tale che a nessuno è lecito disporne senza il permesso di colui cui spetta: I, 356 (282).
Matā' = cosa destinata al consumo: I, 313 (249).
Materialista: equiparato all'idolatra: I, 98 (77), 208 (164).
Maṭl = ritardo nell'adempimento, mora: II, 94, 95, 96, 97.
Maṭlūb = convenuto, colui contro il quale si dirige l'azione o la domanda; debitore: II, 5.
Matriarcato: tracce di — in Arabia I, 190 (150).
Matrimonio: suo posto nel sistema del diritto islamico I, Intr. VI (IV), VII (V); con seguaci di religioni diverse I, 99 (77) n. 78; I, 101 (79), 201 (159), 208 (164), 236 (186); fra *ḏimmī* I, 103 (81), 110 (86); di un Mazdeista con sua sorella o sua suocera I, 110 (86); del convertito I, 114 sg. (89 sg.); dell'apostata I, 118 (92), 169 (133); condizione della maritata I, 125 (98), 148 (117), 210 (166), 234 (185), 306 (243); II, 255, 399; — dell'inabilitato I, 131 (102), 133 (104), 137 (107), 201 (159); quale limitazione della capacità di agire I, 134

(105); — del libero o della libera con la schiava o lo schiavo I, 141 (111), 206 sg. (163 sg);. — della schiava che si è fatta credere libera I, 143 (113); — dello schiavo I, 145 (114), 201 (159); del *mukātab* I, 152 (120), 159 (201), della *mukātabah* I, 152 (119); della schiava madre, per volontà del padrone I, 157 (123); — fra schiavi I, 287 sg. (228 sg).; — dello scomparso I, 163 sg. (128 sg.), 164 (129) n. 158; I, 165 sg. (130 sg.);

— nell'Arabia preislamica I, 190–194 (150-153); — di maggior prestanza fisica I, 191 (150 sg.); — di godimento I, 40 (31), 115 (90), **191** (**151**), 212 sg. (168) e n. 90; 223 (176); II, 36; — nell'Islām I, 194 sgg. (153 sgg.); sua frequenza nell'Islām primitivo I, 199 (157) n. 43; arbitrato famigliare nei dissensi gravi fra coniugi I, 195 (154); l'adozione non è impedimento al — I, 196 (155); — raccomandato I, 199 (157); dovere *ibid.*, riprovevole o peccato *ibid.*; per mezzo di intermediario I, 199 (157); donne che non si possono chiedere in — I, 199 (157 sg.); promessa di —I, 200 (158); requisiti del contratto di — I, 200 sg. (158); subietti (sposi e *walī*) I, 201–203 (159–161) e n. 52; impedimenti I, 204–208 (161–164), 223 (176); quattro mogli I, 205 sg. (162), 223 (176), 264 (209); madre e figlia sposate insieme I, 206 (163): consenso al — I, 208–211 (165 sg.), 211 (167); errore sulla persona e violenza I, 209 (165); — coattivo I, 209 sg. (165 sg.); il suo contratto è formale I, 213 (168); — detto *šiġār* I, 216 (171); dono nuziale I, 217–220 (171–174); corredo I, 220 sg. (174); prova del — I, 221 sg. (174–176); cerimonie e pubblicità del — I, 221 (175); II, 569; atto nuziale I, 222 (175 sg.) e n. 125; nullità del — I, 223–226 (176–179); II, 47; rescindibilità del — I, 225 sg. (178 sg.); II, 50 sg.; risoluzione del — I, 226 (178 sg.); II, 211 n. 312; regali del marito I, 226 (179); impedimento alla risoluzione I, 226 (179); II, 50; perfezione del — I, 226 sg. (179); consumazione del — e suoi effetti I, 227 sg. (179–181); presunzione della consumazione del — I, 227 sg. (180 sg.); II, 619; paternità del figlio nato sei mesi dopo risoluto il matrimonio I, 228 (181); potestà maritale e doveri della donna maritata I, 229–231 (181–183); casi in cui la moglie può rifiutarsi al marito I, 230 sg. (182); diritto di correzione del marito I, 231 (183); doveri religiosi e giuridici del marito I, 231 sg. (183); mantenimento della o delle mogli I, 232 sg. (184 sg.), dei figli impuberi e degli schiavi o domestici I, 234 (185); spese della famiglia I, 234 (185); alimenti al marito indigente I, 234 (185); rapporti patrimoniali dei coniugi I, 234 (185 sg.), 331 (263) n. 83; moglie data dal figlio al padre indigente I, 248 (196) n. 215; il giuramento imprecatorio si applica solo al — legittimo I, 276 (219); contratto di — equiparato a una compra-vendita I, 280 (222); — della custode I, 292 (232), della custodita I, 292 (232), del pupillo I, 296 (235); e la tutela della donna I, 301 (239); — dell'inabilitato I. 305 (242); presa di possesso da parte del marito di donazione fatta alla moglie I, 331 (263) n. 83; contratto formale II, 20; locazione dei beni della moglie II, 232; guadagni della moglie II, 302 sg.; regresso della moglie mantenutasi in assenza del marito II, 358; — del figlio donatario II, 408; l'azione di furto non si dirige contro il coniuge II, 454; — della schiava pignorata II, 474 n. 41 e n. 43; — e la successione II, 501; e la prova testimoniale di esso II, 610; v. inoltre a u t o r i t à m a r i t a l e ; per il dono nuziale v. *m a h r* ; per il curatore matrimoniale v. *w a l ī* ; per i rapporti fra genitori e figli v. f a m i g l i a ; per lo scioglimento del matri-

monio v. morte, apostasia, ripudio, rescindibilità, risoluzione giudiziaria e anche *'iddah*.

Matrūk = trascurabile (detto di testimone di *ḥadīṯ*), non abbastanza autorevole: I, 56 (44).

Matrūkah = [beni pubblici] rilasciati (alla collettività): I, 402 sg. (319) n. 427 e n. 428.

Ma't ūh = alienato di mente, demente; I, 132 (103).

Maṭ'ūm = materia alimentare solida: II, 64.

Mawā'īn = *ġalsah*: I, 447 (355).

Mawāt = terre morte, cioè terre incolte e vacanti dei paesi di conquista, abbandonate o *nullius*: I, 186 (146), 368 (292), 377 (299), 404 (320), 411 (326), 412 (327), 416 sgg. (330 sgg.), 436 (346).

Mawḍū' = apocrifo (detto di *ḥadīṯ* in cui il testimone racconta ciò che non ha udito dalla persona che egli indica come suo autore ovvero sostituisce il nome di un'altra persona a colui da cui ha udito il racconto, ritenendo che questi non sia abbastanza autorevole): I, 56 (44).

Mawhūb = oggetto della donazione: II, 398.

— *lahu* = donatario: II, 398.

Mawlà = patrono e cliente: I, 159 sg. (125); II, 514, 519.

Mawqūf = sospeso, subordinato: I, 169 (133); II, 17; = [*ḥadīṯ*] che si riferisce ad un Compagno del Profeta: I, 53 (41); = oggetto del *waqf*: II, 419, 423.

Mawrūṯ = colui dal quale si eredita, *de cujus*: II, 505 n. 43.

Mawṣūf = determinato per quantità e qualità: II, 168.

— *fī 'ḏ-ḏimmah* = obbligazione generica: II, 174.

Mawwata = lett. far morire, cioè dichiarare la morte: I, 165 (130).

Mawzūn = cosa ponderabile, che si vende a peso: I, 314 (250) e n. 23; II, 64, 186 n. 238.

Mazdeisti: aggiunti agli Ebrei e Cristiani, ma non perfettamente equiparati a loro I, 98 sg. (77) e n. 78; v. anche matrimonio, *ḏimmī*.

al-Mazīd li-t-ta'ǧīl = aumento per concedere un termine, novazione mediante un premio al creditore: II, 61.

Mediazione: per matrimonio I, 199 (157); doveri del mediatore I, 200 (158); — del cittadino per la vendita di prodotti agrari II, 114.

Medicinali: considerati dagli Sciafiiti derrate usurarie II, 181.

Medico: risponde delle conseguenze della sua cura in certi casi II, 261; patto col medico subordinato alla guarigione del malato II, 271 n. 147; — perito II, 613.

Mercede: pagare la — all'operaio è obbligo religioso II, 265; contestazione sulla — dovuta all'operaio II, 266; dovuta se l'oggetto della locazione viene a mancare ? II, 267 sg.; v. altresì sotto locazione-conduzione: locazione d'opere e di servigi, ecc.

Meretrice: compenso dato alla — II, 12.

Mescolanza: v. confusione.

Messaggero: sua affermazione di aver rimesso il messaggio II, 262.

Mestiere: chi esercita certi mestieri è *fāsiq* I, 140 (110) e non può essere testimone II, 597; schiavo autorizzato dal padrone a esercitare un — I, 151 (118); — ignobile del marito, ragione di rescissione del matrimonio I, 207 (163); dovere del padre d'insegnare al figlio un — I, 245 (194); legittimità dei vari — II, 256 sg.

Mestruazione: v. periodo mestruale, *'iddah, istibrā'*.

Metalli preziosi: e il *salam* II, 177; permuta di — II, 185-192; quote sociali in — II, 290; — e il pegno II, 469 sg.; v. anche miniera, minerale.

Metodi d'argomentazione: I, 70-81 (55-63).

Metodo analogico: v. *qiyās*.

Mezzadria: v. colonía parziaria.

Miele: — dei boschi è cosa comune I, 408 (324).

Miftāḥ: v. *bay' al-miftāḥ*.

Migliorie: di un fondo in caso di rescissione della vendita I, 339 (269 sg.); in un condominio I, 390 sg. (310); — su un fondo esposto a retratto I, 398 (316); dell'enfiteuta nel fondo concessogli I, 441 (350), 442 (351), 446 (354), dell'usufruttuario I, 458 (363); alla cosa da restituirsi per vizio redibitorio II, 152; alla cosa locata II, 244; v. anche lavori, piantagioni, costruzioni.

Milk = proprietà: I, 146 (114), 322 (256), 326 (259), 351 (279), 403 (320); = tanto il diritto di proprietà quanto la cosa che ne è oggetto: I, 326 (259) e n. 68 e n. 69; = possesso e matrimonio: I, 191 (151); = diritto patrimoniale, patrimonio: I, 229 (181); = potere di disposizione sulla cosa, dominio: I, 311 (247), 414 (329).

— *al-intifā'* = diritto sulla utilità o godimento della cosa, dominio utile I, 435 (345); = uso: I, 458 (363).

— *al-manāfi'*: v. *milk al-manfa'ah*.

— *al-manfa'ah* (plur. *milk al-manāfi'*) = diritto alla utilità o godimento della cosa, *dominium utilitatis, jus in re aliena,* dominio utile, usufrutto, proprietà del godimento: I, 326 (259), 435 sgg. (345 sgg.), 449 (356), 454 (360).

— *ar-raqabah* = diritto sulla sostanza o corpo, nudo dominio: I, 435 (345).

— *al-yamīn* = possesso: I, 197 sg. (156); = schiava: I, 242 (191).

— *bi-'s-sabab* = modo di acquisto della proprietà derivativo; I, 406 (322).

— *ġayr muḍāf ilà sabab* = modo di acquisto della proprietà originario (= indipendente da una causa): I, 406 (322).

— *ġayr muṭlaq* = modo di acquisto della proprietà derivativo: I, 406 (322).

— *ḫāṣṣ* = proprietà individuale o particolare: I, 387 (307).

— *muḍāf ilà sabab* = modo di acquisto della proprietà derivativo: I, 406 (322).

— *muš tarak* = proprietà comune: I, 387 (307).

Milk mutlaq = modo di acquisto della proprietà originario: I, 406 (322).

— *tāmm* = piena proprietà: I, 326 (259) n. 69.

Minbariyyah = caso speciale nella divisione d'una eredità: II, 513 n. 61.

Minerale: apparente I, 319 (254), 408 (324); v. inoltre miniera.

Minḥah = lett. dono, cioè usufrutto costituito a titolo di beneficenza: I, 454 (361).

Miniera: imposta sui prodotti della — I, 177 (139), 178 (140), sua erogazione I, 182 (143); metalli preziosi trovati puri I, 178 (140); è accessione al suolo I, 316 (252);

I, 374-378 (297-300); prodotti della — secondo le varie scuole I, 374 sg. (297 sg.) e n. 295; I, 410 (325) e n. 465; proprietà della — I, 368 (292), 375-377 (298 sg.) e n. 299; sfruttamento diretto del Principe o per concessione I, 377 sgg. (299 sg.), 378 (300) n. 309; — e tesoro I, 410 (325) e n. 465; locazione della — II, 235, 248; v. anche minerale.

Ministro: il *ḏimmī* può essere —? I, 100 (78) n. 89.

Minorenne: v. impubere.

Mīrāṯ = eredità, asse ereditario: II, 500 n. 22; II, 505 n. 43; II, 511, 526.

Mīriyyah: v. *arḍ mīriyyah*.

Miscredenza: nel Principe I, 26 (20), 90 (70); è — la *bid'ah*? I, 26 (20); è — contestare il valore obbligatorio dei precetti imperativi e proibitivi I, 58 (45); spiegazione della esistenza dei miscredenti I, 85 (66); due categorie di miscredenti I, 85 sg. (66 sg.), 98 sg. (77); meno grave dell'apostasia I, 167 (131) n. 166; denuncia di — I, 168 (132); v. anche eretico, infedele.

Miṯlī, plur. *miṯliyyāt* = [cosa] fungibile, quella cioè in cui si considera soltanto il genere, perchè le singole cose in quello comprese non differiscono le une dalle altre e possono sostituirsi reciprocamente: I, 314 (250); *per l'indice analitico* v. cosa fungibile.

Mobili (beni): definizione I, 313 (249); prescrizione acquisitiva di — I, 346 sg. (275); — e il retratto I, 395 (314); e il pegno II, 465; credito di — II, 475; causa per un bene mobile: II, 633.

Moglie: v. matrimonio, donna.

Molestia: v. danno, e sotto possesso: turbativa del possesso.

Monete: v. numerario.

Monopolio: v. accaparramento.

Mora: (ritardo nell'adempimento d'un'obbligazione) II, 94-99; — del tutore nel restituire i beni pupillari I, 303 (241); del mandatario verso il mandante II, 346; nella restituzione della cosa affidata al locatore di lavoro II, 264; — nel restituire il deposito II, 370; — del comodatario II, 381; di chi ha dato malleveria di comparizione per un debitore II, 494.

Morte: e la personalità giuridica I, 161 (126); prova della — I, 161 (126); II, 527; — dello scomparso, effettiva o presunta I, 165 sg. (129); — civile dell'apostata I, 169 (133), 249 (197); — e il matrimonio I, 249 (197); effetti

della — I, 252 (199 sg.); — del debitore o del creditore II, 108 sg.; del venditore o del compratore nella vendita con patto di riscatto II, 161, in quella con patto di opzione II, 163; — del conduttore o del locatore II, 245 e n. 52, del locatore di lavoro II, 268, del vetturale o del viaggiatore II, 285; del colono II, 316, 322; del mandante o del mandatario II, 349 sg., 351; del depositante o del depositario II, 371; del comodatario II, 383; del donante II, 405 sg., del donatario II, 406, del fondatore d'un *waqf* II, 432, 436; del debitore e la presa di possesso del pegno II, 473 e n. 40; del debitore e il pegno II, 482, del creditore e il pegno II, 482; fidejussione per un defunto II, 485; — del fidejussore II, 490; della persona per cui è stata data malleveria di comparizione II, 494; del convenuto II, 625; — apre la successione II, 499 sg.; — del legatario II, 534, 545, 546; causa contro un defunto II, 633; v. inoltre commorienza, successione, *'iddah* ecc.

Moschea: accesso del *ḏimmī* alla — I, 102 (79 sg.); — fuori commercio I, 324 (258), 404 (320) n. 432 (per le conseguenze v. cose fuori commercio); non può essere adibita ad uso privato, eccez. I, 324 (258); presa di possesso di una — I, 330 (262 sg.); posto concesso ad un professore nella — I, 405 (321); servigi di una donna in una — II, 233 n. 10; *waqf* di una o per una — I, 324 (258) n. 62; II, 421, 422; — sede del tribunale II, 557.

Mu'aǵǵal = [atto] sospeso a un termine: II, 36.

Mu'āḫāh = affratellamento [fra Emigrati e Ausiliari]: I, 196 (155)..

Mu'āhid = colui che ha contratto un patto o convenzione; sinonimo di *ḏimmī* (v. questa voce); anche il forestiero che si trova in terra musulmana sotto la fede pubblica, sia come viaggiatore, sia a scopo di soggiorno: I, 100 (78) n. 86.

al-Mu'allafah qulūbuhum = coloro di cui si sono conciliati i cuori con favori o danaro: I, 182 (143).

Mu'allaq = lett. sospeso, cioè [obbligazione] cui è apposta una condizione: II, 28.

Mu'āmalah = locazione di un fondo rustico mediante una quota parte dei suoi prodotti, corrispondente quindi alla nostra colonìa parziaria: I, 354 (281), 359 (285), 361 (286), 377 (299); II, 247, 310.

Mu'āmalāt = negozi, *transactiones*, negozi patrimoniali, obbligazioni civili e commerciali: I, Intr. VI (IV); I, 11 (9), 15 (12); II, 2.

Mu'aqqab = lett. differito; (detto del *waqf*) = [*waqf*] *ahlī*: II, 433, 566.

Mu'aṯṯir = efficace o efficiente: I, 67 (53).

Mu'āwaḍah = permuta: II, 66, 112, 121, 177.

—, plur. *mu'āwaḍāt* = atto a titolo oneroso, contratto commutativo: I, Intr. VIII (VI); II, 23, 26, 52, 56, 64, 104, 398, 400; v. anche *'aqd mu'āwaḍah*.

Mu'ayyan = determinato: II, 9; cosa individuata, *res certa*: II, 277.

— *fī 'ḏ-ḏimmah* = [obbligazione] individualmente determinata: II, 10.

Mubā''aḍ = frazionato [schiavo], emancipato *pro parte*: I, 149 (117).

Mubādalah = permuta: II, 112, 121; = permuta di oro per oro, e di argento per argento, quando si fa a conto o a numero: II, 185 n. 236.

M u b ā ḥ = (cosa) comune, lecita a tutti; *res nullius*; proprietà pubblica: I, Intr. VI (IV);I , 318 (253), 319 (254), 351 (279), 378 (300); atto permesso o lecito, cioè atto indifferente che può compiersi od omettersi senza che l'esecuzione ne sia meritoria o la omissione punibile: I, 9 (7) e n. 52; I, 57 (45), 58 (46).

M u b ā r a' a h = reciproca quietanza, reciproca liberazione, la convenzione cioè per cui la moglie, prima della consumazione del matrimonio, restituisce al marito ciò che questi le ha dato e ne ottiene il ripudio: I, 272 (216).

M u b a r r i z = superiore ad ogni eccezione (testimone), [*testis*] *honestior, integrae opinionis*: II, 599, 600, 607, 611.

M u b a t t a l = definitivo, perentorio: I, 150 (118).

M u b a t t a t = definitivo, perentorio: I, 150 (118).

M ū b i q ā t = peccati capitali: II, 63.

M ū d a' = depositario: II, 361, 364.

M u d a b b a r = affrancato *post mortem, servus orcinus*: I, 155 (122) e *passim*; *per l'indice analitico* v. emancipazione di schiavo.

M u ḍ ā f = lett. relativo, connesso, cioè obbligazione riferita al momento in cui il fatto previsto si sarà avverato; fatto che è futuro, ma non incerto: II, 28.

— *b i-' l-m a w t* = [obbligazione] che è differita fino alla morte, lett. che si riferisce alla morte: II, 28.

M u d a l l a s = adulterato (detto anche di *ḥadīṯ*): I, 55 (44).

M u ḍ ā r a b a h pei Hanafiti = *qirāḍ*, accomenda (v. questa voce): II, 311, 323.

M u ḍ ā r r = chi fa danno, danneggiatore, *qui jure suo abutitur*: I, 381 (303).

M u d d = misura di peso (cento *mudd* = 25 *ṣā'*; un *ṣā'* = kg. 2,11873): I, 269 (213) n. 295.

— *' a ǵ w a h* = lett. un *mudd* (= uno staio) di datteri (o di pasta di datteri); si intende il contratto per cui vengono venduti congiuntamente uno staio di *'aǵwah* e un *dirham* per due *dirham* o per due staia di datteri: II, 188 e n. 246.

M u d d a' à ' a l a y h i = convenuto [in una lite]: II, 582, 624.

M u d d a h ṭ a w ī l a h = (in Egitto) enfiteusi: I, 440 (349).

M u d d a ḫ a r = conservato per farne uso più tardi: II, 64.

M u d d a' ī = attore [in una lite]: II, 580, 582, 624.

M u d d a t a t-t a' m ī r = termine normale della vita umana: I, 165 (130).

M ū d i' = deponente: II, 361.

M ū ḍ i ḥ a h = ferita del cranio: I, 47 (37).

M u' ḍ i l = lett. imbarazzante, detto di *ḥadīṯ* nel cui *isnād* mancano più di due testimoni: I, 53 (42).

M u e z z i n: suo compenso II, 259.

M u f ā w a ḍ a h = società commerciale costituita sotto il regime della solidarietà: II, 8; cioè società fiduciaria o con mandato generale, in cui tutti i soci si danno reciprocamente mandato di amministrare: II, 295, 299.

M u f a w w a ḍ = [mandato] generale: II, 341.

M u f l i s = insolvente: I, 135 (106).

M u f t ī = giureconsulto che emette pareri giuridici (*fatwà*) in base alla *š a r ī ' a h*: I, 50 (39); II, 75, 258 e *passim*, 559, 572, 575;

può ricevere un compenso ? II, 257 sg., 557; succede a chi è stato ucciso pel suo parere ? II, 503 n. 37; sua funzione II, 559.

M u ġ a l l a ẓ = prestato in forma grave [giuramento]: II, 628.

M u' ǵ a r = cosa locata: II, 232.

M u ġ ā r a s a h = contratto di piantagione: II, 317-323; non compresa nella eredità: II, 501 n. 23.

M u ġ ā r i s = colono che ha stipulato un contratto di *muġārasah*: II, 320.

M u ǵ ā z a f a h = successione considerata in massa o come un tutto unico: II, 115; vendita in massa o in blocco *per aversionem*, per un prezzo unico: II, 123.

M ū ǵ i b ā t = ragioni determinanti: I, 50 (39).

M u' ǵ i r = locatore: II, 232.

M u ǵ t a h i d, plur. *muǵtahidūna*, sinonimo di *faqīh*; poi caposcuola, luminare della scienza giuridica, dottore eminente nella Legge; chi possiede in grado eminente le doti morali e intellettuali ritenute necessarie per assurgere alla vera intelligenza della parola divina ed ampliarne l'applicazione; Dottore di maggiore autorità, Dottore che ha conseguito una speciale autorità scientifica (in qualsiasi epoca e qualunque sia la sua residenza): I, 43 (34), 44 (35), 75 (58), **75** sgg. (**59** sgg.), 76 (59) n. 185; I, 80 (62); II, 564, 571, 572; Caposcuola: I, 75 (59); continuatore della missione dei Profeti: I, 76 (59); requisiti del — I, 76 (59); non è infallibile e la sua dottrina ha il valore d'una opinione I, 77 (60); l'unanimità dei Dottori delle varie scuole ha forza di legge I, 77 (60); vari gradi di — I, 79 (62) n. 197; *qāḍī* — II, 634.

— *f ī ' l - f a t w à* = dottore che si limita a dare la prevalenza ad una tra le dottrine controverse in una scuola: I, 79 (62) n. 199.

— *f ī ' l - m a ḏ h a b* = dottore in un rito o scuola: I, 79 (62) n. 197.

— *f ī ' l - m a s ā' i l* = dottore che decide questioni rimaste insolute, sempre nell'ambito di una scuola: I, 79 (62) n. 198.

— *f ī ' š - š a r '* = giureconsulto cui si può riconoscere autorità piena: I, 79 (61).

— *m u n t a s i b* = dottore dipendente: I, 79 (62) n. 197.

— *m u q a y y a d* = dottore limitato: I, 79 (62) n. 197.

— *m u ṭ l a q* = giureconsulto cui si può riconoscere autorità piena: I, 79 (61).

M u ḥ ā b ā h = vendita di favore (quella in cui si fa figurare una persona fittizia per dissimulare una cessione fatta a patti troppo favorevoli ad un erede o ad altra persona che si vuole avvantaggiare): II, 224.

M u ḥ ā b a r a h = contratto di locazione di un fondo mediante una quota dei suoi prodotti (specie di colonía parziaria): I, 360 (286); II, 247, 310, 311.

M u ḥ a b b a s = oggetto di un *waqf*: II, 419, 435.

— *' a l a y h i* = beneficato, beneficiario, usufruttuario di un *waqf*: II, 419, 421, 435.

M u ḥ a b b i s = costituente un *waqf*: II, 419, 420, 435.

M u ḥ ā ḍ a r a h = vendita di un raccolto verde: II, 120 n. 29.

Muḫaddarah = [donna] che non esce di giorno da casa: II, 629.

Muḫāl = delegatario: II, 352.

— *'alayhi* = il debitore sul quale viene fatta la delegazione: II, 200, 352.

— *bihi* = debito estinto mediante delegazione: II, 200.

— *lahu* = delegatario: II, 200.

Muḫālā'ah = divorzio mediante riscatto: I, 296 (235).

Muḫallil = lett.: colui che rende lecito, cioè l'uomo che sposa la donna ripudiata per tre volte e così rende lecito ad essa il matrimonio col ripudiante: I, 206 (162) n. 69; I, 266 sg. (211 sg.), 275 (218); = una terza persona che propone il premio ai contendenti di una gara, perchè il suo intervento fa sì che la gara avvenga giusta le condizioni volute dalla legge: II, 55.

Muḫāqalah = scambio di un raccolto di grano o di orzo ancora verde per una quantità di grano già raccolta: II, 183.

Muḫāraǵah = contratto di *mukātabah* per cui lo schiavo è autorizzato a lavorare, pagando al padrone un canone (*ḫarāǵ*): I, 151 (119).

Muḫāṣamah = trattare una causa in giudizio: II, 357.

Muḫāṭarah = rischio; di qui *contractus mohatrae*: II, 395.

Muhāya'ah = godimento per turno della cosa comune: I, 389 (308); = godimento per turno delle cose ereditarie da parte degli eredi: II, 527.

Muḫdam = usufruttuario: I, 458 (363).

Muḫīl = creditore delegante: II, 200, 352.

Muḫṣanah = donna che è stata sposata almeno una volta con regolare vincolo di matrimonio, quindi donna onesta: I, 140 (110).

Muḫtāl = delegatario: II, 200.

Muḫtaram = [diritto] protetto dalla legge, tale che a nessuno è lecito disporne senza il permesso di colui al quale spetta: I, 356 (282).

Muḫtasib = specie di censore incaricato di sorvegliare il trattamento degli schiavi: I, 145 (114) n. 100, e le corporazioni: I, 171 (135) n. 177; in certi casi urgenti ricorre a lui il danneggiato per turbativa del possesso: I, 336 (267) n. 114; al Marocco = edile: II, 557.

Mu'īnah, v. *arḍ mu'īnah*.

Mu'īr = comodante: II, 374.

Mukallaf = [maschio libero, pubere e sano di mente e che in tale qualità è] tenuto ad osservare la Legge, i doveri del culto; capace di diritti e doveri; che ha la piena capacità di agire, di contrarre: I, 6 (5) e n. 36; I, 13 (10), 88 (69), 130 (101), 203 (160), 267 (212), 270 (214), 276 (219); II, 113, 336, 453.

Mukāramah = reciproca liberalità: I, 219 (173), 235 (186).

Mukātab, femm. *mukātabah* = schiavo (o schiava) cui il padrone concede la libertà con la *mukātabah*: I, 150 sgg. (118 sgg.) e *passim*; v. emancipazione di schiavo e sotto schiavitù: schiavo *mukātab*.

Mukātabah o *kitābah* = convenzione per cui il padrone concede la libertà al proprio schiavo mediante una somma determinata che lo schiavo

promette di pagare a termine: I, 150 sgg. (118 sgg.) e *passim*; v. emancipazione di schiavo.

Mukātib = padrone che concede la libertà allo schiavo con la *mukātabah*: I, 150 (118).

Muktarī = conduttore: II, 232.

Mulā'anah = moglie contro cui è stato pronunciato il *li'ān*: II, 504.

Mulā'in = marito che ha pronunciato il *li'ān*: II, 504.

Mulāmasah = vendita in cui il compratore compra la merce dopo averla semplicemente palpata; anche permuta di due oggetti con la stessa procedura: II, 55, 56 n. 233; II, 121.

Mulidd = [convenuto] pervicace: II, 97.

Mulino: il — ad acqua è un bene mobile I, 313 (249); non si può stabilire accanto ad altro già esistente I, 336 (267), nè accanto al muro del vicino I, 336 (267); in condominio I, 392 (311); oggetto di retratto ? I, 396 (314); affitto di un — II, 242, 246.

Mulkiyyah = proprietà: I, 326 (259).

— *bi-'l-lafīf* = atto di notorietà comprovante il possesso: II, 603.

Multazim = (in Egitto fino alla riforma di Muḥammad 'Alī) funzionario che aveva l'incarico di riscuotere il tributo in certe regioni con l'obbligo di pagare al Tesoro una somma fissa ogni anno, ritenendo il più delle rendite, e aveva inoltre il godimento di una certa parte del territorio che poteva coltivare direttamente mediante suoi affittuari: I, 188 (147) n. 237.

Mumāṭil = [debitore] ritardatario, moroso: II, 95, 488.

Mumayyiz = dotato di discernimento: I, 127 (99).

Munābaḏah = vendita in cui il compratore indica l'oggetto che intende acquistare senza altro esame e il venditore glielo getta; anche permuta di due oggetti con la stessa procedura: II, 55, 121.

Munādāh = pubblico incanto: I, 297 (236).

Munaǵǵaz = definitivo: II, 27, 28, 127.

Munāqalah = permuta che si ha quando due condomini, che hanno in comune più fondi diversi, permutano le loro quote rispettive per dare maggiore unità ai loro lotti: I, 396 (314 sg.).

Mun'aqid = [contratto] perfetto: II, 23, 26, 126.

— *ǵayr lāzim* = perfetto, ma non obbligatorio: II, 27, 38.

— *wa lāzim* = perfetto e obbligatorio: II, 26.

Munāṣif = tipo di colono parziario: II, 308 n. 75.

Munbarim = [contratto] perfetto: II, 126.

Munqasim = (cosa) divisa, che appartiene cioè a più persone per parti distinte le une dalle altre: I, 315 (251).

Munqaṭi' = [serie dei testimoni di un *ḥadīṯ*] interrotta per la mancanza di uno o due testimoni: I, 53 (42).

Muqaddam = delegato, lett. preposto: I, 304 (242).

Mukaddam o *Muqaddam al-qāḍī* = lett. preposto, rappresentante del *qāḍī* nell'esercizio della tutela: I, 294 (233); II, 341 n. 23.

Muqaddim = presidente (della corporazione degli studenti): I, 171 (135) n. 177.

Muqallid = pedissequo: I, 79 (62), 90 (70); II, 564, 571, 572.

Muqarr bihi = oggetto dell'*iqrār*: II, 221.

— *lahu* = colui in favore del quale la dichiarazione di *iqrār* è stata emessa: II, 221.

Muqāsamah = caso speciale nella divisione della eredità: II, 518.

Muqāṣṣah = compensazione, cioè rinuncia che un creditore fa a quanto gli è dovuto da una persona in corrispettivo di quanto egli deve al suo debitore: II, 103, 104 n. 399; II, 192 sgg.

Muqāṭa'ah = locazione ordinaria fatta mediante una somma annua determinata: I, 444 (352) n. 597; = affitto di un terreno *ḥubus* a tempo indeterminato: I, 450 (357) n. 623.

Muqawwam, plur. *muqawwamāt* = (cosa) infungibile: I, 314 (250); II, 478.

Muqāyaḍah e *Bay' al-muqāyaḍah* = permuta (Ḥanafiti): II, 112, 177.

Muqirr = colui che emette l'*iqrār*, confitente: II, 221.

Muqṭa' lahu = concessionario (di una terra): I, 439 (348).

Muqtāt = materie alimentari, vettovaglie: II, 64.

Murābaḥah = cessione con beneficio o premio fisso, cioè cessione di una merce per lo stesso prezzo, ma col patto di un tanto per cento di beneficio sul prezzo: II, 124, 157 sg.; v. sotto compra-vendita.

Murāğa'ah = contratto fra due coniugi, divenuti estranei l'uno all'altro in seguito al ripudio, per riprendere la vita comune: I, 265 (210), 267 (211) n. 285.

Murāṭalah = permuta di oro per oro o di argento per argento quando si fa a peso: II, 185 n. 236; II, 187.

Mursal = [*ḥadīṯ*] *munqaṭi'* (v. questa voce); o = [*ḥadīṯ*] in cui un seguace dei Compagni (*tābi'*) riferisce un fatto o detto relativo al Profeta, senza indicare i testimoni su cui si fonda la sua asserzione: I, 53 (42), 359 (285).

Murtadd = eretico, apostata: II, 596.

Murtahin = creditore pignoratizio: II, 465.

Murū'ah = decoro: II, 573, 596, 597.

Mūṣà bihi = oggetto della disposizione d'ultima volontà: II, 532, 536.

— *lahu* = legatario o beneficato: II, 532, 533.

Mušā' = (cosa) indivisa, che appartiene cioè a più persone congiuntamente per quote ideali o astratte: I, 315 sg. (251), 388 (308) = quota indivisa: II, 467.

Muṣādarah = confisca [dei beni dei funzionari pubblici condannati per prevaricazione, dopo la loro morte]: I, 180 sg. (142), 358 (284).

Muṣāfaḥah = palmata o stretta di mano: I, 21 (16); poi baciamano o prosternazione: I, 28 (22) n. 146.

Muṣāharah = vincolo creato dal matrimonio fra un coniuge e i parenti dell'altro coniuge, affinità: I, 243 (192).

Mušāharah = locazione periodica (a tanto per settimana, a tanto per mese): II, 237 e n. 33.

Musammà = determinato (in un contratto): I, 217 (171).

Musāqāh = contratto di irrigazione (specie di colonía parziaria) I, Intr. VIII (VI); I, 50 (39), 69 (54), 354 (281), 359 (285), 360 (286); II, 7, 20, 27, 51, 90, 108, 304, 309-317; non compresa nella eredità: II, 501 n. 23.

Musaqqaf = (bene immobile) coperto da tetto (= i nostri beni urbani): I, 313 (249).

Muṣarrāh = lattifera che non è stata munta per parecchi giorni prima della vendita, affinchè le sue mammelle appaiano più turgide: II, 43.

Mušarrakah = regola relativa ad un caso speciale nella divisione della eredità: II, 510.

Mūṣī = testatore o disponente: II, 532.

Musica e canto: strumenti di musica presi col bottino I, 92 (72); chi li compra o li suona è un *fāsiq* I, 140 (110); non sono beni I, 309 (246); riprovevoli o vietati I, 323 (257); esclusi dalla vendita II, 117 n. 13; salvo eccez., non possono essere locati II, 233; avversione dei giuristi per la cantatrice I, 323 sg. (257), di cui è vietato l'acquisto I, 324 (257) n. 59; oscillazioni dei giureconsulti riguardo alla musica e al canto I, 323 (257 sg.); la musica non costituisce oggetto valido di obbligazione II, 12; — e la locazione di servigi II, 255 sg., 257.

Mušķil = ambiguo, cioè ermafrodito: I, 126 (99).

Muslam fīhi = la prestazione cui si obbliga il debitore nel *salam*, oggetto del *salam*: II, 170, 171.

— *ilayhi* = *muslam lahu*.

— *lahu* = il ricevente l'anticipazione nel *salam*: II, 170.

al-Muslimūna 'inda šurūṭihim (*ḥadīṯ*) = i Musulmani debbono stare ai loro patti: II, 83.

Musnad (*ḥadīṯ*) = fornito di *isnād* completo: I, 53 (42); = raccolta di *ḥadīṯ* ordinati secondo le persone che li hanno riferiti: I, 38 sg. (30).

Mustafīḍ = *mutawātir*; v. questa voce.

Musta'ǵir = conduttore, affittuario: I, 369 (293); II, 232; = committente o assuntore d'opera: II, 270.

Mustaḥabb = atto raccomandabile o raccomandato, lodevole, desiderabile: I, 8 (7), 57 (45), 199 (157), 222 (175), 285 (226), 385 (306), 392 (311); II, 564.

Musta'īr = comodatario: II, 374.

Musta'min in diritto ottomano = il forestiero che si trova in terra musulmana sotto la fede pubblica, sia come viaggiatore, sia a scopo di soggiorno; non musulmano ammesso a commerciare: I, 100 (78) n. 86; decima pagata dal —: I, 178 (140); sua azione contro chi l'ha derubato: II, 453.

Mušṭarakah = [beni] in comune, indivisi (Ḥanafiti): I, 388 (308) n. 350; regola relativa ad un caso speciale nella divisione dell'eredità: II, 510.

Musulmano: v. *Islām*.

Muta'addī = usurpatore (non violento), possessore ingiusto: I, 303 (241), 419 (333); II, 97, 344, 381, 459; *per l'indice analitico* v. usurpazione di godimento (*ta'addī*).

Muta'āhid = *mu'āhid*, il forestiero che si trova in terra musulmana sotto la fede pubblica, sia come viaggiatore sia a scopo di soggiorno: I, 100 (78) n. 86.

Muta'alliq bi-dimmah = costituente una obbligazione personale: II, 2 n. 3.

al-Muta'āqidāni = i contraenti: II, 113.

Mut'ah = matrimonio di godimento contratto a tempo anche brevissimo e spirante se, giunto il termine, non sia rinnovato: I, 191 (151), 212 sg. (168); II, 36; = dono consolatorio che vien dato dal marito alla moglie repudiata: I, 195 (154), 262 (208), 265 (210), 279 (221).

Muṭālabah = azione: II, 3, 554.

Muṭālit = tipo di colono parziario: II, 308 n. 75.

Mu'taman = non musulmano residente in territorio islamico sotto la fede pubblica: I, 111 (87).

Mutamawwal = valore patrimoniale: II, 2 n. 3.

Mutanaǵǵis = contaminato: I, 321 (255).

Mu'taq = (schiavo) emancipato: I, 149 (117).

al-Mu'taq ilà aǵal = (schiavo) affrancato a termine: I, 156 (122).

Mutaqawwim = (cosa) cui la Legge riconosce un valore di scambio (Ostrorog): I, 314 (250) n. 25; = [valore patrimoniale] valutabile in danaro: II, 113.

Mutawallī = amministratore: II, 431.

al-Mutawallid 'ani 'aš-šay' = ciò che vien prodotto dalla cosa: I, 317 (252).

— *'ani 'aš-šay' 'alà ḫilqatihi* = (prodotto naturale) simile alla sostanza principale della cosa da cui proviene, cioè i parti degli animali e degli schiavi: I, 317 (252).

— *min 'aš-šay' 'alà ġayr ḫilqatihi* = (prodotto naturale) che per la sua forma e natura differisce dalla sostanza principale da cui proviene: I, 317 (252).

Mutawaqqif = sospeso, subordinato: I, 131 (102); II, 17.

Mutawassiṭ = mediocre (detto di tradizione che si fonda sulla fede di testimoni di media credibilità): I, 56 (43); = di media categoria (detto di testimone): II, 600 n. 261.

Mutawātir dicesi delle testimonianze di una tradizione trasmessa da gruppi diversi e numerosi di testimoni degni di fede, indipendenti gli uni dagli altri residenti in luoghi diversi e tali che non si possa presumere fra loro un concerto per inventare od alterare le cose trasmesse, tradizione che è inoltre confermata dall'assenso della Comunità islamica: I, 55 sg. (43).

Muṭbaq: v. *ǵunūn muṭbaq*.

Mutbit = [tradizione] data in forma positiva (in oppos. a quella data in forma negativa): I, 63 (49).

Mutilazione: la — grave è causa della rescissione del contratto fra Califfo e popolo I, 26 (20); — dei nemici vietata I, 91 (71); il mutilato non partecipa al bottino I, 94 (73); — dello schiavo I, 147 (115), 158 (124); — del figlio I, 247 (195).

Mu'tiq = affrancante (uno schiavo): I, 148 (117).

Mutismo: non impedisce il contratto di mandato II, 339; v. altresì infermità.

Muṭlah = deturpazione (lett. castigo esemplare): I, 147 (115), 158 (124).

Muṭlaq = [regola o disposizione] espressa in modo generale o assoluto o completo: I, 59 (46); II, 40.

Muṭlaqah = [obbligazione] di cui non è espressa la causa, *cautio indiscreta*: II, 22 n. 88.

Muttahim = persona interposta a cui viene fatto un legato per eludere la legge che non permette sia fatto un legato ad un erede: II, 535 n. 125.

Muttaṣil = [catena dei testimoni di un *ḥadīṯ*] continua: I, 53 (42).

Mutuo: conseguenze della conversione all'Islām di chi ha stipulato un contratto di — fruttifero I, 117 (91); — non può essere fatto dall'impubere I, 128 (100), nè dal malato di malattia grave I, 130 (102); è proibita la vendita congiunta col — II, 122 sg.; forme di vendita che sono in realtà mutui ad interesse II, 160 sg., 162; il deposito per cui il depositario possa far uso della cosa è un — II, 370,

II, 384–397; e i frutti del pegno II, 469; — e la garentia solidale a tutti gli interessati II, 487; — fruttifero II, 487; v. inoltre *ribā*.

Mutuo dissenso (*iqālah*): di derrate alimentari è considerato negozio usurario: sue limitazioni II, 65; — di cose mobili II, 65; varietà della compravendita II, 107 sg., 196–199.

Muwāḍa'ah = vendita per un prezzo inferiore, al ribasso: II, 124; = consegna della schiava venduta, che compratore e venditore fanno di comune accordo, presso una terza persona di fiducia, per l'*istibrā'*: I, 253 (200) n. 233; II, 36, 361.

Muwakkal fīhi = l'oggetto del mandato: II, 336, 337.

Muwakkil = mandante: II, 336.

Muzābanah = vendita o permuta di frutta fresca, specie di datteri presi sulla pianta, per una determinata quantità di datteri secchi: II, 182 sg.; = vendita in massa di una cosa qualunque di cui s'ignori la misura, il peso, il numero, mediante una cosa della stessa qualità determinata per misura o peso o numero: II, 55, 183.

Muzakkī o *Muzakkī as-sirr* = lett. certificatore segreto, cioè informatore del *qāḍī* incaricato delle indagini sulla idoneità dei testimoni: II, 566, 601.

Muzāra'ah = società agricola in genere: II, 307; e quindi anche colonía parziaria: I, 360 (286); II, 307; = società di semina: II, 304, 314 n. 91; II,

303; anche lo stesso che *muḫābarah*, cioè locazione d'un fondo rustico mediante una quota parte dei suoi prodotti: II, 247;

nella — l'obbligazione deve essere adempiuta dall'obbligato II, 90; storia ed elemento della società di semina II, 303–309.

Muzāyadah: v. *bay' al-muzāyadah*.

Muzdara' = [bene immobile] destinato alla coltivazione (anche pascoli, boschi, sorgenti, stagni), quindi beni rustici: I, 313 (249).

Nadb = raccomandazione, cioè legge in forma esortativa, cui è meritorio obbedire senza che la omissione sia punibile: I, 58 (46), 386 (306); v. anche *amr li-n-nadb*.

Naḏr = voto: II, 14, 543.

Naf' = vantaggio, lucro.

Nafaqah = mantenimento, alimenti: I, 233 (184) e *passim*. V. mantenimento.

Nafaqat al-ḥaml = lett. mantenimento del feto o nascituro, cioè mantenimento di gestazione dovuto alla vedova o alla ripudiata incinta: I, 250 (198), 266 (211) e *passim*; v. mantenimento.

Nāfī = [*ḥadīṯ*] negativo: I, 63 (49).

Nāfilah = dono aggiunto per qualche servizio speciale alla quota del bottino di guerra spettante ad un guerriero: I, 94 (73).

Nafy = disconoscimento del figlio, espulsione di esso dalla famiglia, dichiarazione del marito che il figlio non è suo: I, 238 (188) e *passim*: v. paternità.

Naǵaš: v. *bay' an-naǵaš*.

Nāǵiz = definitivo: I, 260 (206).

Nahy = divieto, precetto proibitivo: I, 58 (45).

Nā'ib = delegato, vicario, sostituto: II, 562, 573; = sostituto [del *qāḍī*]: II, 567, 569; competenza di questo: II, 567.

Nā'ibah = (al Marocco) canone o tributo dovuto per il godimento delle terre pubbliche, il cui dominio eminente spetta allo Stato (= *ḫarāǵ*), quindi le terre per cui è dovuto un canone senza obbligo di servizio militare: I, 369 (293) n. 270; I, 404 (321) n. 433.

Namā' = rendite, a un dipresso i nostri frutti civili: I, 317 (252).

Naqd = [parte del] dono nuziale pagato subito: I, 220 (173, 174).

Naqḍ o *inqāḍ* o *nuqḍ* = edificio costruito dal superficiario sul suolo altrui: I, 451 (358).

Nāqil = traslativo (di proprietà): I, 415 (330).

Nāqiṣāt 'aql wa dīn = [le donne sono] deboli in fatto di mente e di religione: I, 124 (97) n. 26; II, 563.

Naql = trasmissione: II, 3.

— *aš-šahādah* = riferimento di testimonianza: II, 605.

Nasab = parentela naturale, vincolo di sangue, cognazione; appartenenza ad una stirpe: I, 12 (9), **242** (**192**) n. 193; II, 501; appartenenza alla stirpe qurayšita: I, 19 (14).

Naṣbah = diritto di occupazione (specialmente in Tunisia) che si stabilisce sia mediante contratto sia per il fatto dell'occupazione prolungata di un locale ad uso di bottega od opificio in favore di colui che vi ha deposto gli strumenti o arnesi della sua arte e che paga un canone determinato non suscettibile di aumento: I, 447 (354, 355), 450 (357).

Nascita: I, 119–121 (93–95); pei Malichiti il vagito ne è l'indizio principale I, 120 (94); II, 502 n. 31; riti relativi al neonato nell'Arabia preislamica I, 193 (152 sg.).

Nascituro: suoi interessi protetti I, 119 (93); emancipazione del — I, 119 (93); liberalità a un — I, 119 (93); II, 399; il — e la successione I, 119 (93); II, 502, 527 e n. 97; *waqf* in suo favore II, 422; legato a un — II, 533, 545, 547; v. inoltre aborto.

Nasḫ = abrogazione fatta dal Legislatore di una legge precedente da lui emanata mediante una legge posteriore: I, 61 (48) e n. 110.

Nasī'ah = dilazione: II, 64.

Nāsiḫ = (testo) abrogante: I, 61 (48) n. 110.

Naṣṣ = (legge) esplicita: I, 24 (19).

— *ṣarīḥ* = testo esplicito formale: I, 35 (27).

Naufragio: cose provenienti da un — I, 351 (279), 413 (327 sg.); carico gettato a mare per pericolo di — I, 357 (284); responsabilità del capitano II, 264; v. altresì trasporto, perimento, deteriorazione.

Nave: reato commesso su — I, 97 sg. (76); la — straniera è parte del territorio estero I, 98 (76) n. 74; — in condominio I, 388 (308); v. anche naufragio.

Naẓar = utilità o interesse: I, 24 (18); = buona gestione: I, 298 (237); v. anche *'alà 'n-naẓar*, *ġayr an-naẓar*.

Nazionalità: ignota al diritto musulmano I, 96 (75).

Nāẓir mušrif = ispettore o coadiutore (del tutore: Sciafiiti): I, 299 (237).

Nazl = costruzioni o piantagioni fatte sul fondo altrui dall'enfiteuta (cf. *inzāl*): I, 441 (350) n. 589.

Necessità (*ḍarūrah*): «la — fa eccezione alla regola» I, 68 sg. (53 sg.); legittima molti contratti I, 68 (53 sg.); II, 393 n. 61, ad es. la *musāqāh* II, 312; — e il *ġihād* I, 90 (70 sg.).

Negotiorum gestor: v. *fuḍūlī*.

Nemico: comodato di un'arma ad un — II, 374; cose del —: v. bottino.

Neonato: v. nascita, famiglia.

Niḥlah = dono: I, 215 (170); quindi donazione *propter nuptias*: II, 409 sg.; = compenso speciale dato alla donna in caso di ripudio: I, 195 (154).

Nikāḥ = matrimonio: I, Intr. VI (IV), VII (V); I, 11 (9), 190 sgg. (150 sgg.), 157 (198) e *passim*: v. matrimonio = *copulatio* (nel duplice senso del latino): I, 197 (155) n. 33.

— *al-ġabr* = matrimonio di costrizione, coattivo: I, 125 (98), 209 (165).

— *al-istibḍā'* = tipo di matrimonio per cui taluno dava la propria moglie a persona di migliore razza o di maggior prestanza fisica: I, 191 (150 sg.).

Nikāḥ al-mut'ah: v. *mut'ah*.

— *at-tafwīḍ* = matrimonio fiduciario o con mandato di fiducia, cioè lasciando la determinazione del dono nuziale al marito o alla moglie: I, 217 (171), 224 (177).

— *at-taḥkīm* = matrimonio arbitrale, cioè quello in cui si lascia la determinazione del dono nuziale a un terzo: I, 217 (171).

— *at-tasmiyah* = matrimonio con dono nuziale determinato: I, 217 (171).

an-Nikāḥ mabnī 'alà al-mukāramah = il matrimonio si fonda sulla reciproca liberalità: I, 235 (186).

Nipote: v. sotto successione: eredi legittimari e *'āṣib*.

Niṣāb = minimo imponibile: I, 177 (139).

Niyābah = rappresentanza: II, 561.

Niyyah = intenzione, animo, volontà: I, 92 (72); II, 20 e *passim*: v. volontà.

Nolo: v. trasporto.

Non musulmano: v. infedele.

Notaio: e la scritta nuziale nella pratica odierna I, 222 (175); ammesso alla presenza della donna maritata I, 230 (182); — e la resa di conti fatta al pupillo I, 302 (240); atti segreti presso notai I, 348 (277); II, 219 sg.; ha diritto ad un onorario ? II, 258, 604; risponde delle conseguenze della sua imperizia o negligenza II, 261; — e la costituzione d'un *waqf* II, 429; e la presa di possesso d'un *waqf* II, 432; nominato e sorvegliato dal *qāḍī* II, 566; e la sentenza del *qāḍī* II, 636; v. altresì atto scritto.

Novazione: i due modi della — II, 105–107.

Nugūm = lett. momenti, quindi rate: I, 151 (118).

Nukūl = rifiuto di giuramento: II, 620, 626.

Nullità: degli atti gratuiti dell'incapace I, 128 (100); II, 399 (v. anche incapace); quando gli atti del malato sono nulli ? I, 130 sg. (102); II, 542; — degli atti patrimoniali dell'alienato I, 132 (104), del deficiente I, 133 (104), dell'ubriaco I, 133 (104); — del matrimonio di godimento ? I, 212 sg. (168), 223 (176); — del matrimonio I, 223–225 (176–178); condizioni che sono ragioni di nullità di atti II, 31–33; nullità di negozio giuridico II, 22, 37; effetti della — II, 47–52, 482; — riflessa o indiretta II, 51 sg., parziale II, 52; —del patto aleatorio II, 56, 57, 58, 59; — della donazione rimunerativa con corrispettivo indeterminato II, 410; — della fidejussione II, 487 e n. 98; II, 491 sg.; — della divisione d'una eredità II, 530; — del legato di cosa altrui ? II, 549; — del legato v. legato; la — di forma è ignota al diritto musulmano II, 557; — della testimonianza II, 607.

Numerario: obbligazioni consistenti in numerario II, 87; — e il prezzo di una vendita II, 121; permuta di numerario II, 186 sgg.; — falso II, 189; donazione remunerativa di — II, 411; in pegno ? II, 467 sg.; v. anche danaro.

Nuqḍ = edificio costruito dal superficiario sul suolo altrui: I, 451 (358).

Nušūz = indocilità, carattere intollerante, comprendente ogni forma di inadempienza della moglie ai suoi doveri: I, 231 (183) e n. 156; I, 286 (227) e n. 368 (367).

Nuzl = costruzioni o piantagioni fatte sul fondo altrui dall'enfiteuta: I, 441 (350) n. 589; cf. *inzāl*.

Obbedienza (*ṭā'ah*): — dovuta al Califfo I, 24 (19), 28 (22); limiti di essa I, 25 (20); dovuta dalla moglie I, 231 (182 sg.), dal figlio ai genitori I, 246 (195); eccezione I, 247 (195).

Obbligatorietà: v. efficacia obbligatoria.

Obbligazione: garantita *sub specie* I, 314 sg. (250); concetto dell'— II, 1–4; suoi elementi costitutivi II, 4–13; fonti dell'— II, 12 sg., 70–73; dichiarazione di volontà nella — II, 13–18; classificazione dei contratti II, 23; perfezione dell'— II, 23–27; condizione dell'— II, 27–36; termine dell'— II, 36 sg.; nullità o invalidità della — II, 37–52; adempimento dell'— II, 83–99 (v. anche adempimento); modi di assicurare l'— II, 99–102; estinzione dell'— II, 102–111; — non si presume II, 473; — accessoria II, 491 sg., 481, 484, 485; — accessoria cui accede altra accessoria II, 486; — indeterminata, futura, eventuale, imperfetta e la fidejussione II, 485 sg.; — di cui si ignori il creditore II, 486; — impossibile e la fidejussione II, 486; — personale e la fidejussione II, 487; azione per una — II, 568; atto scritto per una — II, 614; — *ex delicto*: v. delitto.

Obbligo collettivo: v. *farḍ kifāyah*.

— personale: v. *farḍ 'ayn*.

Oberato (debitore): v. insolvenza.

Occultabile: v. cosa trafugabile.

Occupazione: modo di acquisto della proprietà I, 406 (322), 407 (323); per — il *bayt al-māl* raccoglie l'eredità vacante II, 522; v. inoltre: cosa *nullius*.

Offerta: v. sotto volontà.

Oggetti: da mettersi in mostra sono locabili? II, 233 n. 12; II, 234.

— smarriti: devoluti al *bayt al-māl* I, 180 (141); per gli Sciafiiti I, 180 (141) n. 207; possesso degli — I, 351 (279); oggetti rigettati dal mare I, 409 sg. (325), provenienti da un naufragio I, 412 sg. (327); tesoro considerato — I, 411 (326); II, 135; definizione di essi I, 414 (328); doveri e diritti di chi li ritrova I, 413 sgg. (328 sg.); II, 372; la promessa di ricompensa a chi li riporterà è una forma di cottimo II, 270; ritrovamento di — considerato gestione di affari II, 357.

Olio: locazione del frantoio mediante parte dell'— prodotto II, 236, 260; raccolta delle olive cedendone parte al raccoglitore II, 260.

Omicidio: — per legittima difesa I, 68 (54); commesso in territorio musulmano da un infedele I, 106 (83); — dello schiavo commesso dal padrone I, 147 (115); del padrone da parte dello schiavo *mudabbar* I, 156 (122); del padrone da parte della schiava madre I, 157 (123); esclude dalla eredità dell'ucciso II, 503, eccez. *ibid.*; l'omicida può essere legatario dell'ucciso? II, 534; testimoniato *per turbam* II, 603; giuramento per un — II, 628.

Onere: v. servitù, spese.

Operaio: v. artigiano.

Opere: v. migliorie e sotto locazione-conduzione: locazione di opere ecc.

Opificio: turbativa del possesso pel vicino I, 335 (266); occupazione d'un locale per· — mediante un canone I, 447 (354, 355).

Opzione (vendita con): v. sotto compra-vendita, varietà della c. - v.

Oratorio pubblico: v. moschea.

Orefice v. artigiano.

Orfano: sovvenuto con i proventi del quinto del bottino I, 93 (73); nei tempi preislamici I, 194 (153), 289 (229); raccomandato dal Corano e nei *ḥadīṯ* al tutore I, 195 (154), 289 (229); mantenimento dell'— I, 246 (195); donazione della madre all'— II, 407; suoi interessi difesi dal *qāḍī* II, 557; v. anche minorenne, tutore.

Ornamenti: locazione di — II, 233 n. 12; per nozze o festa II, 234.

Ospite: — ladro II, 454.

Ospitalità: — della tribù concessa dalla moglie beduina I, 192 (152) n. 10.

Ospizio: proprietà demaniale I, 404 (320); concessione del godimento di esso I, 405 (321).

Oukil al-ghouiab: v. *wakīl al-ġuyyāb*.

Padre: v. famiglia, paternità, patria potestà, e sotto successione: eredi legittimari ecc.

Pagamento: del *ḫul'* per mezzo di terza persona I, 275 (218); estingue la obbligazione II, 103; — del debito v. debito; v. altresì adempimento.

Pagano: v. idolatra e miscredenza.

Paralitico: v. infermità.

Parentela (*nasab*) = nostra cognazione I, 242 (192); non si stabilisce per via di donne, se non per eccezione I, 242 (192); vocaboli arabi che traducono «parentela» I, 242 (193) n. 193; titolo per essere chiamato alla successione II, 501; impedimento alla testimonianza II, 598; v. altresì famiglia e riguardo alla successione: v. sotto successione: eredi *farḍ*, *'āṣib*.

Parto: donna prossima al — equiparata al malato grave I, 130 (102), 273 (217) n. 317; fa cessare la *'iddah* I, 252 (199); non si può dar ripudio subito dopo il — I, 255 (202), 261 (207); il — dell'animale e della schiava segue la sorte della madre I, 317 (252); è considerato parte integrante della madre e non frutto II, 163 n. 168; — nascituro in pegno ? II, 467, 468.

Pascolo: v. foraggio e sotto servitù: servitù per l'acqua, servitù del pascolo; — detto *ḥimà* v. *ḥimà*.

Passo: v. servitù.

Pastore: e la custodia del gregge altrui II, 261; suoi doveri II, 261; sue affermazioni che fanno fede II, 264; morte del — II, 268.

Paternità: confessione di paternità dell'impubere I, 127 (100); disconoscimento di prole da parte dell'impubere I, 127 (100), da parte dell'alienato I, 132 (104), 305 (242); — del figlio nato durante il matrimonio I, 193 (152), 236 (187); disconoscimento di — I, 193 (152), 238 (188 sg.), 275-279 (219-

222); ricerca della — con la perizia somatica I, 193 (152), 239 (189), 241 (191); II, 613; — del figlio nato da un matrimonio nullo o rescindibile I, 224 (177), 275 (219); minimo e massimo della gestazione I, 236 sg. (187 sg.), 277 (220); donna incinta passata a seconde nozze I, 236 (187); — del figlio di schiava I, 193 (152), 236 (187), 239 (189), di schiava in condominio I, 239 (189), 388 (308), 389 (309); presunzione di paternità I, 236 sg. (187 sg); riconoscimento di — I, 239 sg. (189 sg.), 241 (191), revoca di esso I, 241 (191); confusione di neonati I, 241 (190 sg.); il figlio spurio e il figlio disconosciuto non hanno vincoli col padre I, 242 (191 sg.); il disconoscimento di prole è atto puramente personale I, 296 (235); — del trovatello I, 239 (189) n. 187; I, 306 (243); non ammette transazione II, 212.

Patria potestà: emancipazione del pubere dalla — I, 129 (101); diritto di coazione al matrimonio spettante al padre I, 209 sg. (165 sg.); la — sulla figlia cessa col suo matrimonio I, 210 (166); la — è intesa in senso molto ampio I, 244 (193); — nell'amministrazione dei beni del figlio I, 244 (193), 297 sg. (236 sg.); II, 114, 211, 221, 385, 403; — sulla educazione del figlio I, 244 (193); potere disciplinare del padre I, 244 (193).

Patrimonio: v. bene patrimoniale.

— pubblico: v. *bayt al-māl*.

Patronato = *walā'* I, 159 sg. (125 sg.); equiparato alla parentela naturale I, 159 (125); esercitato dal *bayt al-māl* I, 160 (125), 184 (145); il patrono è *walī* della liberta I, 202 (160), ma nel proprio matrimonio ? I, 203 (160); custodia spettante al patrono I, 290 (230); successione del patrono al liberto II, 501, 505, 519, abolita in India II, 519 n. 71, nei tempi antichi anche del liberto al patrono II, 519.

Pazzia: v. vizio di mente.

Peculio: dello schiavo I, 145 sg. (114 sg.), *mukātab* I, 151 (119), *mudabbar* I, 155 (122), della schiava madre I, 157 (123); — dato in pegno II, 468.

Pegno: privilegio del creditore pignoratizio I, 137 (108); schiavo dato in — I, 145 (114), 149 (117), 152 (119), 155 (122), 350 (278); beni del pupillo in — I, 297 (236); è un diritto reale ? I, 326 (260) e n. 70; possesso del creditore pignoratizio I, 331 (263); comodato o deposito che si trasforma in — I, 333 (265); di immobile nell'Arabia preislamica I, 354 (281); — di una quota indivisa I, 391 (310) e n. 370, di un *ḥulū* I, 446 (354), di una superficie I, 451 (358); — accessorio di un credito e la delegazione di questo II, 204; rischio del — II, 344, 476-478; spese necessarie alla conservazione del — II, 359, 478 sg.; comodato per costituire un pegno II, 375 n. 11; donazione della cosa pignorata II, 400, 404; *waqf* d'un — II, 424; — di un *waqf* II, 437; sottrazione del proprio — II, 453;

II, **464-482;** — di cosa altrui II, 466; — in possesso del creditore per altro titolo II, 472; il — e la presunzione del credito II, 619; in possesso del creditore e la presunzione della consegna II, 473; indivisibilità del — II, 476; spese per il — II, 476, 478 sg.; — dato per assicurare più crediti II, 481; successione considerata — dei creditori II, 525; — è detratto dalla successione II, 525, 526; — di cosa legata II, 545; il — e la lite ad esso relativa II, 589; — a testimonianza d'una convenzione II, 614.

Pelle: dell'animale morto I, 320 (255); pelle conciata I, 321 (256).

Pellegrinaggio: sostituzione nel — II, 257; mandato di pellegrinaggio II, 338; v. inoltre *iḥrām*.

Pena: di morte al *ḏimmī* che viola una musulmana I, 107 (84); del venditore di un libero I, 143 (112); dello schiavo *mukātab* I, 152 sg. (120); del marito per maltrattamenti I, 286 (227); non suscettibile di transazione per certi reati II, 211; mandato per una pena capitale II, 338 n. 12; — del furto II, 454 sg.; — dell'adulterio, della calunnia, della fornicazione v. queste voci; — corporale e la fidejussione II, 487; malleveria di comparizione per una — corporale II, 494 n. 127.

Perdita: v. smarrimento.

Perenzione: e la prescrizione I, 349 (277).

Pericolo: v. rischio.

Perimento: del *mahr* I, 219 (173); — di un bene pupillare I, 303 (240), 303 (241); — di cosa trafugabile o non I, 316 (252); — o deteriorazione di cosa posseduta in condominio I, 390 (310), di cosa rivendicata I, 431 sg. (342); — dell'edificio oggetto della superficie I, 452 (359); — dell'oggetto di una obbligazione II, 10; — della cosa da restituirsi per ripetizione d'indebito II, 69; risarcimento in caso di — II, 76 sg.; — dell'oggetto d'una obbligazione II, 88 sg.; — della cosa nelle mani del debitore moroso II, 98; — del raccolto venduto non maturo II, 131; del raccolto maturo non mietuto II, 131; — della cosa nella vendita invalida II, 132; — o deteriorazione della cosa venduta II, 137 sg.; — o deteriorazione di cosa da restituirsi per vizio redibitorio II, 153 sg.; — o deteriorazione della cosa venduta con facoltà di risoluzione II, 165 sg.; — di una cosa o delle cose consegnate per compravendita alternativa II, 167; — o deteriorazione del raccolto oggetto del *salam* II, 174; — del capitale nel *salam* II, 175; della cosa da restituirsi per un mutuo dissenso II, 199; di cosa locata II, 243 sg., 246; del prodotto del fondo locato II, 251; della cosa affidata al locatore di lavoro II, 263–265; della cosa trasportata II, 278–280; del mezzo di trasporto II, 282 sg., 284; della quota sociale II, 294; delle cose di cui il socio deve rendere conto II, 296, 297; — per caso fortuito non libera il debitore di cose fungibili I, 315 (250); conseguenze del — o della deteriorazione per il possessore di buona fede I, 339 (270); — causa la perdita del possesso I, 350 (278); — del prodotto di un fondo in terra di conquista I, 369 (293); — del fondo dato in *musāqāh* o del suo raccolto II, 316, della piantagione di un fondo dato in *muġārasah* II, 321 sg.; — dei valori di una accomenda II, 330, 332; — delle cose ricevute dal mandatario II, 347; — del deposito II, 362 n. 96; II, 364, 367, 368–370; — della cosa comodata II, 378–382; — o deteriorazione della schiava mutuata II, 386, della cosa mutuata II, 387; mutuo fatto per timore di — o deteriorazione II, 391; — della cosa rubata II, 454, della cosa usurpata II, 456, 458, 460; — di cosa fuori commercio II, 461; — effetto del danno II, 463; — del pegno II, 469, 476 sg., 478, 482; — di cosa individuata in pegno II, 470; stima del pegno perito II, 478; — di cosa individuata e la fidejussione II, 487; — di parte di un legato II, 548; — di cosa affidata ad un fiduciario: II, 623 v. anche rischio.

Periodo di osservazione: v. *istibrā'*.

Periodo mestruale: significato di *qur'* I, 263 (209) e n. 268; nel — la donna non può essere locata per i servigi d'una moschea II, 233 n. 10; la donna nel — può rifiutarsi al marito I, 230 sg. (182); ripudio nel — I, 255 (202); v. altresì *'iddah*, *istibrā'*.

Perizia: II, 613; dell'infedele I, 100 (78); II, 613.

Perizia fisionomistica: v. paternità.

Permuta: — detta *munāqalah* e il retratto I, 396 (314); simultaneità delle prestazioni II, 93 n. 361; contratto identico alla vendita II, 177 sg.; — di derrate alimentari II, 178–184; e la compensazione II, 193 sg., 194 sg.; — di frutti già colti con altri non maturi nel caso di una *'āriyyah* II, 183 sg.; — di metalli preziosi II, 185–192.

Persona: I, 119–189 (93–149): v. nascita, capacità giuridica, schiavitù, morte, assenza ecc.

— giuridica: I, 170–189 (134–149); il tempio — II, 415; il *waqf* — II, 436.

— indeterminata: legato a — II, 546.

Personalità (*dimmah*): dell'uomo per cui è capace di diritti e doveri I, 13 (10), 14 (11); limiti della — giuridica I, 14 sg. (11).

Pertinenze: v. accessori.

Pesca: i pesci non si considerano prodotto I, 318 (253); se morti non si considerano impuri I, 320 (255) n. 47; prodotti della — equiparati a quelli della caccia I, 408 sg. (324 sg.); è lecita la vendita o la locazione di pesca ? II, 119, 235; prodotto della pesca in un fondo locato II, 252; tratto di reti in pegno II, 467.

Pianta: proprietà della — I, 370 (294); zona di rispetto intorno alla — fruttifera I, 372 (295); — che danneggia il vicino I, 385 (305); trasportata dalla corrente nel fondo altrui I, 423 (335); usufrutto di — fruttifera I, 455 (361); — atterrata dal vento e l'usufruttuario I, 456 (362); locazione di piante II, 234; la — giunta al suo completo sviluppo acquista esistenza sua propria II, 248; — in pegno II, 468, e i suoi frutti II, 469.

Piantagione: considerata accessorio I, 316 (252); II, 468; nel fondo altrui I, 423 (335 sg.), 450 (357 sg.); sul fondo locato II, 244; quali — può fare l'affittuario ? II, 249; locazione d'un fondo a scopo di — II, 250; terra seminativa in una — II, 304, 314, 315; contratto di — II, 317–323; v. anche fondo, precario, migliorie.

Poesia: poeta ricattatore I, 140 (110); libri di — I, 323 (257); i giureconsulti e la — I, 324 (258).

Poligamia: nell'epoca preislamica I, 192 (151); nell'Islām I, 205 sg. (162), 223 (176), 264 (209), nell'Islām moderno I, 197 (156); è una concessione al marito I, 197 (156); doveri del marito verso le mogli I, 233 sg. (185); — dello schiavo I, 288 (228).

Politeisti: v. idolatri.

Possesso: I, **327–351 (260–279);** sua definizione I, 326 (259) n. 69; prescrizione acquisitiva: v. prescrizione; — e l'atto invalido di acquisto

della proprietà II, 49; — del donatario per altro titolo II, 404; da parte di un terzo della cosa donata II, 404; — del pegno II, 472, 473, 481, 482 e n. 75; e la presunzione della consegna di esso II, 473; — giuridico delle cose ereditarie dopo la morte del *de cujus* II, 501; chi è in — in una lite è sempre convenuto II, 582; — incerto al principio di una lite II, 583 sg.; comprovato da un atto di notorietà II, 603; vale titolo II, 620 sg.; v. inoltre: p r e s a d i p o s s e s s o.

P o t e s t à m a r i t a l e: v. a u t o r i t à m a r i t a l e.

— p a t r i a: v. p a t r i a p o t e s t à e t u t e l a.

— t u t o r i a: v. t u t e l a.

P o v e r o: sovvenuto coi proventi del quinto del bottino I, 93 (73); sul fondo di beneficenza costituito col *fay'* I, 95 (74).

P o z z o: accessorio dell'edificio I, 316 (252); — che prosciuga l'acqua del pozzo del vicino I, 335 (267); lo scavo di un — è titolo di acquisto della proprietà I, 354 (281); zona di rispetto intorno al — I, 372 (295).

P r a s s i l e g a l e (*'amaliyyāt*): opere di — I, 50 (39); v. inoltre *'urf*.

P r a t i c a d e l f o r o: v. *'amal*.

P r e c a r i o: concessioni dello Stato quali — I, 337 (268), 404 (321); concessione ad altri di costruire o piantare sul proprio fondo I, 450 (357), 452 (359); II, 375, 377; revoca di esso I, 465 (369); II, 377 sg.

P r e c e t t i f o n d a m e n t a l i d e l l'I s l ā m: v. c o l o n n e d e l l'I s l ā m.

P r e c e t t o c o l l e t t i v o: v. *farḍ kifāyah*.

— p e r s o n a l e: v. *farḍ 'ayn*.

P r e d i c a t o r e (*ḫaṭīb*): non può essere una donna I, 124 (97).

P r e f i c a: non può essere testimone II, 597.

P r e g h i e r a: il sovrano e la guida della — I, 22 sg. (17 sg.); direzione della — I, 62 (49); abrogazione di versetto coranico per la direzione della — I, 62 (49); negozio concluso il venerdì nell'ora della — II, 491; v. anche c u l t o.

P r e l a z i o n e: patto di — controverso II, 158 e n. 158.

P r e m e d i t a z i o n e: del fatto dannoso II, 70; dell'omicidio II, 503.

P r e p o s i z i o n e: II, 14; v. inoltre sotto s c h i a v i t ù: schiavo autorizzato a esercitare il commercio.

P r e s a d i p o s s e s s o: negli atti gratuiti in genere I, 455 (361); della donazione II, 402–406; dell'elemosina I, 332 (264); nella dazione in pagamento II, 209; della donazione *propter nuptias* II, 409 sg.; in quella fatta congiuntamente a due persone I, 331 (264); II, 405; mancata presa di possesso della donazione II, 405 sg.; del *waqf* I, 331 (264); II, 421, 431,4 32 sg.; — del pegno II, 472 e n. 37, mancata o tardiva II, 472 n. 37, 473 sg.; v. inoltre c o n s e g n a.

P r e s c r i z i o n e: acquisitiva della libertà I, 158 (124); e la risoluzione di matrimonio per vizio redibitorio I, 280 (222) e n. 346; acquisitiva I, 341–349 (271–278); II, 501; effetto della — I, 349 (277 sg.), 433 (344); e l'acqua che è

notoriamente proprietà di una persona I, 373 sg. (296 sg.); e le servitù prediali I, 461 sg. (366), 465 (369); — estintiva, negata dai giuristi, si afferma nella pratica II, 102; — estintiva rimessa al prudente arbitrio del giudice II, 111; — dell'azione del proprietario per la vendita fatta da altri della cosa sua II, 116; — dell'azione redibitoria II, 151; — del debito e il pegno II, 482; — della eredità sconosciuta al diritto islamico II, 498; — dell'azione rescissoria per la divisione d'una eredità II, 530.

Presente: giuridicamente: definizione I, 347 (267) n. 166; debitore — II, 489.

Prestito a interesse: v. *ribā*.

Presunzione: — della libertà I, 13 (10), 141 (111), 150 (118); — della consumazione del matrimonio I, 227 sg. (180); — di paternità I, 237 (188); delle medesime condizioni d'uno stato di fatto fino a prova contraria I, 327 (260); — di accettazione d'uno stato di fatto o d'un fatto nuovo I, 336 (267); — della buona fede I, 338 (269), 344 (273); — di buon diritto nel possessore, se il proprietario taccia I, 341 (271); — di eguaglianza delle quote sociali II, 292; — d'ignoranza nell'assente contro cui si prescrive I, 347 sg. (276), di conoscenza nel presente I, 348 (276); — di mandato II, 339; — di pegno, II, 473, della consegna di questo II, 473; la colpa non si presume II, 477; — legale di sopravvivenza II, 502; — di premeditazione nell'omicida II, 503; — di revoca di disposizioni testamentarie II, 544 sg.

II, **617-623**: sue basi II, 617; conflitto di presunzioni II, 619 sg. e n. 356.

Prevaricazione: v. usurpazione di godimento, e sotto danno: danno dato.

Prezzo: nella vendita: v. compra-vendita; nella locazione: v. locazione-conduzione ecc.

— del sangue: v. *diyah*.

Prigione: sua sorveglianza affidata al *qāḍī* II, 566.

Prigionia: causa di schiavitù per l'infedele, non pel musulmano I, 143 sg. (113); e il giuramento d'astinenza I, 267 e 269 (212 sg.).

— di guerra causa di rimozione del tutore I, 299 (237); sospende la prescrizione I, 348 (276).

Principale (cosa): v. cosa principale.

Principe: fonte divina del suo potere I, 17 (13); II, 552; carattere della sua carica I, 22 (17 sg.) e n. 113, 24 sg. (19); II, 552; in suo nome e per sua delegazione è amministrata la giustizia II, 560 sg.; — e la guerra con gli infedeli I, 88 (69), 99 (77); riceve la denuncia dello scomparso I, 163 (128); — e la determinazione del *ḫarāǧ* I, 178 (140); — e il *bayt al-māl* I, 182 (143), 184 (145), 394 (313); — e la concessione di terre morte I, 187 (147), 418 (332); quale *walī* I, 202 (160), 203 (161) n. 61; — e la eredità del trovatello I, 307 (244); — e la proprietà privata I, 356 sg. (283); — e la miniera I, 377 (299 sg.); — e la riserva di un territorio pel pascolo I, 405 (322); — amministratore del demanio pubblico I, 436 (346), 438 (347); — e la chiusura delle botteghe d'un bazar II, 246; — v. anche Califfo, e per le concessioni del — v. concessione.

Privilegio: di creditori su altri: v. credito.

Procedura: del reclamo per la turbativa del possesso I, 337 (268), per la rivendicazione di proprietà I, 340 sg. (270 sg.), 430 (341); — contro un prescrivente I, 345 (274), 349 (277) e n. 178; v. anche giuramento.

Processo: v. giudizio e questioni.

Procuratore: in un processo II, 575, 578; norme ad esso relative II, 585; suo compenso subordinato al guadagno del processo, II, 271; v. altresì mandato.

Prodigalità: considerata vizio di mente I, 132 sg. (103 sg.); — del tutore causa di rimozione dal suo ufficio I, 299 (237); causa di inabilitazione I, 304 (241); v. inoltre prodigo.

Prodigo: equiparato all'impubere I, 133 (104); per fare opere buone I, 133 (104) n. 61; *tadbīr* del — I, 155 (122); ripudio del — inabilitato I, 256 (203); *ḫul'* contratto dalla prodiga o dal prodigo inabilitati I, 273 (216 sg.); nell'Arabia preislamica posto sotto la tutela dei parenti maschi I, 304 (241) n. 427 (426); — interdetto locato dal curatore II, 269; — interdetto non può donare II, 399; — e la fidejussione II, 485; è capace di testare ? II, 532; e la testimonianza II, 595; — e il giuramento II, 626; v. inoltre inabilitazione, curatore ecc.

Prodotto: v. frutti.

Professionista: responsabilità del — II, 75, 77, 261, 264.

Proprietà: I, 351–434 (279–345): presso i nomadi I, 352 sg. (279 sg.); nell'Arabia moderna I, 353 (280) n. 195; — del territorio della tribù I, 352 (280), 402 (319); del *ḥaram* o territorio intorno a centri urbani I, 353 (280), 402 (319); — delle acque presso i nomadi I, 353 (280); — privata (collettiva e individuale) presso i sedentari I, 353 sg. (280 sg.); la — è d'istituzione divina I, 354 (281 sg.); come si legittima I, 355 (282); definizione I, 326 (259) e n. 69, 355 (282); diritto protetto dalla Legge I, 356 (282 sg.) (per le deroghe all'inviolabilità della — v. espropriazione, confisca); contenuto del diritto di — I, 370–378 (294–300) (v. erba, aria, foraggio, *ḥarīm*, acqua, frutti, miniera); limiti del diritto di proprietà I, 379–386 (301–307) (v. abuso, servitù); — rispetto ai subietti I, 387–406 (307–322) (v. condominio, retratto, quasi comunione, proprietà collettiva); modi di acquisto della — I, 406–428 (322–340): occupazione (v. questa voce) I, 406–415 (323–329), trasformazione (v. questa voce) I, 415 (329), congiunzione di due cose immobili (v. avulsione ecc.) I, 420 sg. (333 sg.), accessione di cosa mobile a immobile (v. semina, piantagione, costruzioni) I, 421–424 (334–337); congiunzione di due cose mobili I, 425–426 (337 sg.) (v. congiunzione, confusione); acquisto per volontà del precedente proprietario I, 427 (339), per volontà della Legge I, 428 (340); tutela della — I, 429–433 (340–343) (v. anche rivendicazione); perdita della — I, 433–434 (343–345); — dell'oggetto da costituirsi *waqf* II, 423; — del *waqf* II, 436 sg.; — della terra nei paesi conquistati: v. regime fondiario; — delle terre morte: v. bonifica, regime fondiario.

— collettiva: definizione I, 401 (318 sg.); — comunale o civica I, 402 sg. (319 sg.); demaniale I, 403 sgg. (320 sgg.).

Proprietà urbana: v. immobile.

Proroga: del termine del debito v. debito.

Prostituzione: testimonianza della prostituta I, 140 (110); — della schiava vietata I, 147 (115); non è *zinā* se la donna è priva di mezzi di sostentamento II, 42 e n. 173.

Protesta segreta: v. notaio.

Protetto: v. *ḏimmī*.

Protezione: v. *ǵiwār* e *ḏimmah*.

Prova: testimoniale II, 594–613; requisiti della — testimoniale per i Malichiti I, 341 (271) n. 135; v. inoltre testimonianza; principio di — dell'attore e la malleveria di comparizione del convenuto II, 493; — della consegna del pegno II, 473; — di un diritto II, 473; incombe all'attore II, 570, 592, 624, in certi casi al convenuto II, 592; — della forza maggiore II, 477; — della colpa II, 477; — della estinzione del debito e il regresso del fidejussore II, 490.

II, **589-613**: conflitto di prove II, 619 n. 356, 618; valutazione delle prove II, 611–613, 618; semiprova II, 610; *per turbam* II, 603.

Prudente arbitrio: v. *iǵtihād*.

Pubertà: donde si desume I, 129 (101); sua presunzione I, 129 (101), 300 (238); — e la custodia I, 293 (232); — requisito per la cessazione della tutela I, 301 (238 sg.); requisito per la funzione di *qāḍī* II, 564, per essere testimone II, 594; v. inoltre impubere.

Punizione: del fanciullo I, 127 (100); dello schiavo I, 146 sg. (115); della moglie I, 231 (183), 287 (223); del figlio I, 244 (193).

Pupillo: v. tutore; suoi interessi difesi da un ministro a Fez II, 557.

Qabḍ = possesso: I, 326 (259); = potere effettivo sulla cosa; effetto fisico della detenzione: I, 329 (262); *apprehensio*, ricevimento, presa di possesso; apprensione effettiva: I, 407 (323), 409 (324); II, 129, 432, 471, 473.

— *ḥaqīqī* = detenzione o apprensione effettiva: I, 407 (323).

— *ḥukmī* = detenzione o apprensione giuridica: I, 407 (323), 409 (324).

— *mu'aǵǵal bi-mu'aǵǵal* = consegna [di una prestazione] anticipata mediante una [prestazione da consegnarsi] a termine (definizione del *salam*): II, 168.

Qābil li -l-qismah = divisibile: I, 315 (251).

Qabūl = accettazione: II, 16, 125, 465.

Qaḍā' = giudizio: I, Intr. VI (IV); I, 11 (9), 15 (12); = nostro diritto giudiziario, civile e penale II, 552; = ufficio di giudicatura: II, 661; = pagamento (considerato rispetto al debitore che paga il dovuto), adempimento dell'obbligazione, ogni atto da cui risulti la liberazione del debitore, *solutio*: II, 83, 86, 103 e n. 396.

— *ad-dayn bi-'d-dayn* = pagamento del debito mediante un altro debito: II, 106, 209.

Qaḏf = calunnia: II, 586, 596, 606, 608, 610 e *passim*: v. calunnia.

Qāḍī = giudice musulmano che applica la *šarī'ah*: I, 90 (70), 124 (97) e *passim*.

nobiltà e importanza della sua funzione II, 558, 562, 635; in origine la sua opera è gratuita II, 557, 564 sg.; applica e fa osservare la legge II, 559; giudicatura esercitata dal Profeta, dai Califfi e dai loro luogotenenti II, 559 chi fu il primo — ? II, 560.

II, **565** sg., **567–569;** delega della giurisdizione II, 566 sg.; sua competenza II, 561; non sempre ha il potere esecutivo II, 561; può essere costretto ad assumere il suo ufficio II, 562; sua nomina II, 562 sg., 574; è un mandatario personale del Principe o un suo delegato ? II, 563; suoi requisiti essenziali e desiderabili II, 563 sg.; delega della giurisdizione II, 566 sg.; impedimenti ad un suo giudizio II, 568; norme di vita cui è tenuto II, 569 e n. 98; quale legge deve applicare ? II, 571 sg.; sottoposto a vigilanza del Principe o del *qāḍī al-quḍāh* II, 573; sua rimozione II, 573; sue dimissioni II, 573; sua udienza II, 574 sg., 631; *iǵtihād* del — II, 637; interpellazione finale del — II, 632 sg.; sua sentenza II, 631, 635–637;

privo dei requisiti voluti dalla Legge I, 69 (54); II, 574; istituito da un Principe non musulmano o non *'adl* I, 90 (70); II, 574; suo intervento nella lite fra infedeli I, 109 sg. (85 sg.); legge da lui applicata in tal caso I, 110 sg. (86 sg.); sono esclusi dall'ufficio di —: il *ḏimmī* I, 100 (78) (il suo segretario può però essere tale I, 100 (78)), la donna I, 124 (97), l'ermafrodito I, 126 li *fāsiq* I, 140 (110), lo schiavo I, 144 (113), anche emancipato II, 563;

— e la dichiarazione d'insolvenza del debitore I, 136 (106); e la liquidazione del patrimonio di questo I, 136 (107) n. 66; e la riabilitazione dell'insolvente I, 138 (108) n. 71; suo intervento a favore dello schiavo I, 147 (115 sg.), 149 (117), 158 (124); cura gli interessi dello scomparso e dell'assente I, 163 (128), 166 (130); II, 565; dichiara la morte dello scomparso o assente I, 165, (130) II, 500; e l'apostata I, 168 (132);

— e il matrimonio: *walī* in certi casi I, 203 (160); II, 566 (ma nel proprio matrimonio ?) I, 203 (160); e il matrimonio ove marito e *walī* siano la stessa persona I, 203 (161); e il pagamento del residuo del *mahr* I, 220 (174); e il matrimonio nullo I, 224 (177); e il matrimonio rescindibile I, 226 (179); e la misura del mantenimento della moglie in caso di contestazione fra coniugi I, 234(185);

— e le sevizie del padre sul figlio I, 244 (193); e la misura del mantenimento del figlio incapace al lavoro I, 245 (194), dei genitori I, 248 (196); suo intervento per un giuramento di astinenza I, 269 (213) e n. 297; per un *ẓihār* I, 271 (215); nel *li'ān* I, 277 (220), 278 (221); assegna un termine al coniuge malato per curarsi I, 281 (223), 288 (228), all'impotente per curarsi e reintegrare i rapporti coniugali I, 282 (223); e la inadempienza degli obblighi da parte del marito I, 283 (224, 225); casi in cui risolve il contratto nuziale I, 281 (223), 285 sg. (226 sg.); tenta la conciliazione fra coniugi: I, 286 sg. (227);

— e la tutela o la curatela: è il curatore per eccellenza di tutti gli incapaci I, 289 (229); II, 566, della vedova II, 557, delle cause pie II, 557; esamina se il tutore ha i requisiti necessari I, 294 (233); è tutore di diritto in certi casi I, 294 (233), sostituito dal *muqaddam* I, 294 (233); — e l'alienazione o la divisione dei beni pupillari I, 297 (236); e il conflitto d'interessi fra pupillo e tutore I, 298 (236); e il conflitto tra i tutori d'uno stesso pupillo I, 299 (237); sorveglia il tutore I, 299 (237); può costringerlo a dare cauzione

I, 299 (237); può aggiungergli un ispettore o coadiutore I, 299 (237); può rimuoverlo I, 299 (237); — e la dichiarazione di cessazione della tutela I, 301 (239); e il rendiconto del tutore al pupillo emancipato I, 302 (240); e la inabilitazione del pazzo o deficiente I, 304 (241); risponde della colpa in cui è incorso nella tutela del pupillo I, 303 (240) n. 424 (423); non può comprare dal tutore da lui nominato i beni pupillari II, 114; — e la transazione nell'interesse d'un pupillo II, 211;

— e la inabilitazione del colpito da vizio di mente I, 304 (241); — e la turbativa del possesso I, 336 (267), 382 (303); — e la prescrizione acquisitiva I, 345 (274), 348 (276), 349 (277) n. 178; — e il condominio I, 390 (309), 392 (311); — e la rivendicazione I, 430 (341); e la cosa smarrita e ritrovata I, 413 (328); — e il contratto di *inzāl* (enfiteusi) I, 441 (350); — e la mora del creditore II, 99; — arbitro per la prescrizione estintiva II, 111; esercita il diritto di opzione nel *bay' al-ḫiyār* per l'alienato II, 164; determina talvolta la mercede dovuta all'operaio II, 266; risolve il contratto di locazione d'opera II, 268; interviene nel dissenso per il compenso del cottimo II, 275, nel dissenso fra due depositari II, 365; — e la costituzione d'un *waqf* II, 431; e la divisione della eredità II, 527, 529; testamento fatto innanzi al — II, 539; può revocare l'esecutore testamentario II, 550.

Qāḍī aḍ-ḍarūrah = giudice imposto dalla necessità: I, 69 (54).

— *al-ǵamā'ah* = giudice supremo: II, 573.

— *al-quḍāh* = giudice supremo: I, 98 (76) n. 74; II, 573.

Qadīm = antico (detto di vizio della cosa esistente al momento della perfezione del contratto di vendita o della consegna): II, 142 sg.

Qahr = *ilzām*, coazione: II, 3 n. 6.

— *ḫukmī* = violenza legittima: I, 428 (340).

Qā'idah (differente da *aṣl*) = base o norma su cui il giureconsulto si può fondare, purchè non contraria alla Legge divina: I, 48 (38).

Qā'if, plur. *qāfah* = perito fisionomista: I, 193 (152), 239 (189), 241 (191); II, 613.

Qarābah = parentela in genere: I, 242 (192) n. 193.

Qarḍ = mutuo: II, 384 e *passim*; v. *per l'indice analitico* m u t u o .

Qaṣd = intenzione, animo, proposito: I, 256 (203), 258 (204), 330 (262), 407 (323).

Qāṣir = fanciullo, minorenne o incapace in generale: I, 126 (99) n. 38, 127 (99).

Qassām = perito divisore delle eredità: II, 529.

Qaṭ' an-nizā' per i Malichiti = azione intentata contro altri per costringerlo a proporre i suoi diritti e così dirimere eventuali controversie: II, 555.

Qaṭā'ah o *qiṭā'ah* = contratto di *mukātabah*, quando l'intero riscatto dello schiavo viene pagato, o è pagabile, in una sola volta: I, 151 (118).

Qaṭā'i' = terre le cui rendite venivano assegnate ai capi d'esercito ed alle guarnigioni stanziate in certi luoghi per provvedere al loro mantenimento: I, 188 (148); = concessioni: I, 439 (348).

Qawl = parole: I, 36 (28), 37 (29) n. 22; v. anche *bi-'l-qawl*.

Qiblah = direzione della *Ka'bah*: I, 47 (37); II, 628.

Qīmat al-miṯl = valore estimativo degli immobili o mobili di una data categoria: I, 297 (236).

Qīmiyyāt = lett. cose valutabili, riducibili ad un valore pecuniario, ossia infungibili: I, 314 (250).

Qirāḍ = associazione tra capitale e lavoro applicata al commercio, ossia commenda o accomenda; anche il capitale di essa: II, 323 sg. e n. 125 e *passim*; v. *per l'indice analitico*: accomenda.

Qīrāṭ = qarato (frazione nella divisione della eredità): II, 511.

Qismah = divisione: II, 220; [del patrimonio sociale]: II, 300.

Qismat murāḍāh = divisione [della eredità] fatta di comune accordo o convenzionale: II, 528.

— *tahāyu'* = godimento per turno [delle cose ereditarie da parte degli eredi]: II, 527.

— *wifāq* = divisione [della eredità] fatta di comune accordo o convenzionale: II, 528.

Qiṭā'ah: v. *qaṭā'ah*.

Qiyāfah = perizia fisionomistica: I, 193 (152), 239 (189), 241 (191); II, 613.

Qiyās = ragionamento analogico, analogia, metodo analogico: I, 32 (25), 46 (36) e *passim*; II, 571; differenza fra *iǧtihād* e *qiyās* secondo Ibn Rušd: I, 76 (59) n. 185.

fonte del diritto I, 46 (36); opposizione ad esso I, 47 (36 sg.); sua sistematica applicazione da parte di Abū Ḥanīfah I, 47 (37); suo uso e limitazioni ad esso I, 64–70 (50–54); definizione ḥanafita del — I, 65 (51) n. 131.

Quasi comunione: I, 400 sg. (318).

Questioni civili: — e la presunzione II, 618; rifiuto di giuramento nelle — II, 620.

— di Stato: e la testimonianza II, 609; e il giuramento II, 627; v. inoltre diritto di Dio.

— immobiliari: v. sotto immobile.

— patrimoniali: e la testimonianza II, 609, 610; e il giuramento II, 627.

— penali: e la testimonianza II, 609; e la presunzione della integrità dell'imputato II, 618;

Quota ereditaria: v. successione.

— indivisa: consegna d'una — I, 333 (265); pegno di — I, 391 (310); *waqf* di — I, 392 (311); II, 424; locazione di una — II, 234 e n. 17; donazione d'una — II, 400, 403; — in pegno II, 467 e n. 15; v. anche condominio, retratto, comunione.

Qur' per Malichiti e Sciafiiti = periodo intermestruale; per i Ḥanafiti = mestruo; v. anche *qurū'*: I, 253 (200) n. 232; I, 263 (209) n. 268.

Qurbah = atto meritorio, opera propiziatoria, scopo pio o benefico, opera pia o benefica o di pubblico interesse: I, 148 (116), 174 (136); II, 398, 413, 415, 424, 426, 427, 433; carattere religioso o benefico [di una istituzione]: II, 419.

Q u r ū' (plur. di *qur'*) secondo Malichiti e Sciafiiti = tre periodi di purità (*ṭuhr*) compresi fra una mestruazione ed un'altra (o periodi intermestruali: I, 263 (209); per i Ḥanafiti tre mestruazioni: I, 263 (209) n. 268; = ritiro di tre mesi o tre periodi intermestruali, lutto di tre mesi: I, 250 (198), 288 (229).

R a b b = padrone, quindi titolare [di un diritto]: II, 110 n. 423.

— *a l – b a y t* = padrone della casa, ossia marito: I, 192 (152).

— *a d – d a y n* = colui a cui spetta il credito, creditore: II, 5, 103 n. 397.

— *a l – m ā l* = colui cui spetta il capitale, creditore: II, 5; sovventore del capitale (nel contratto di *salam*): II, 170, 174; sovventore del capitale (nell'accomenda), accomandante, *commendator, socius*: II, 325, 328.

— *a s – s a l a m* = creditore del *salam*, sovventore del capitale nel *salam*: II, 170.

R a b b a t a l – b a y t = padrona della casa, ossia moglie: I, 192 (152).

R a c c o l t o : v. f r u t t i .

R a d d = revocazione: II, 49, 101; = riduzione delle frazioni in cui è diviso l'asse ereditario ad un comune denominatore e quindi accrescimento agli altri della quota di un erede mancante: II, 512, 514, 520, 522.

R a ḍ ḫ = ricompensa a chi ha reso qualche servizio speciale in guerra e non ha parte nel bottino: I, 94 (73).

R a f ' a l – ḥ a ǵ r = emancipazione definitiva (d'un incapace): I, 300 (238).

R a ǵ ' a h: I, 264 (210) v. *r i ǵ ' a h*.

R a ǵ ' ī = revocabile: I, 264 (210).

R a ḥ i m = parentela naturale, vincolo di sangue: II, 501.

R ā h i n = pignorante: II, 465.

R a h n = pegno: tanto la cosa rimessa in garanzia quanto il contratto stesso che lo costituisce: II, 464 e *passim*; = anche pegno d'immobile, ipoteca: I, 297 (236), 354 (281).

— *ḥ u k m ī* = pegno virtuale: II, 525.

R a h n i y y a h (ad Algeri e Tunisi) = pegno propriamente detto, in cui l'oggetto pignorato è rimesso al creditore; distinto dalla *ṭunyā*: II, 160 n. 161; II, 483 n. 79.

R a p i n a : v. u s u r p a z i o n e v i o l e n t a .

R a p p o r t i s e s s u a l i : con la schiava *mukātabah* I, 152 (119); del padre donante con la schiava donata II, 408 n. 102; del figlio donatario con la schiava donata II, 408; con la schiava mutuata II, 386; con quella pignorata II, 474 n. 41 e n. 43; II, 475 n. 47.

R a p p r e s e n t a z i o n e : nella successione, sconosciuta al diritto islamico II, 502, 517.

R a q a b a h = sostanza della cosa; *corpus rei*; cosa principale, il sostrato o sostanza: I, Intr. VIII (VI); I, 316 (252), 435 (345) e *passim*; v. s o s t a n z a d e l l a c o s a; = *caput*, cioè schiavo (musulmano): I, 268 (213).

R a ' s a l – m ā l = capitale (in genere); capitale sociale, fondo sociale: II, 289, 293; capitale (nell'accomenda, nel *salam*): II, 174, 325.

R a ' s m ā l a s – s a l a m = capitale del salam: II, 170.

R a š ī d, femm. *rašīdah* = capace di alienare, di bene amministrare; che ha la piena capacità di contrarre, persona *sui juris*: I, 125 (98), 155 (122), 244 (193), 301 (239), 306 (243); II, 113, 484, 549.

R a s m l a f ī f = atto di notorietà [comprovante un omicidio): II, 603.

R a s ū l = usciere [di tribunale]: II, 566, 574.

R a t i f i c a: di un contratto non obbligatorio II, 18; della donazione del malato, della donna maritata, dell'insolvente II, 399; non è ratificabile la donazione della cosa altrui II, 399; — di un *waqf* da parte degli eredi II, 420; — di un *waqf* di cosa altrui II, 423 sg.; — di un pegno II, 466; — della vendita del pegno II, 475; — degli eredi al legato in favore di uno di essi II, 535; — degli eredi alla fidejussione del *de cujus* II, 485; — degli eredi all'atto del malato grave eccedente il terzo disponibile II, 542 sg.

R a t t o: di musulmana commesso da un *ḏimmī* I, 107 (84).

R a' y = conclusione adottata in base ad un ragionamento sistematico, sinonimo di *qiyās*: I, 46 (36).

R ā y ā h (in ebraico) = documento o prova testimoniale: II, 591 n. 207.

R e d i b i z i o n e: diritto di — II, 152.

R e g i m e f o n d i a r i o: terre coltivate e terre incolte I, 186 (146) n. 231; I, 371 sg. (295); terre morte I, 185 sg. (146 sg.), 368 (292), 404 (320), 417 (331) (v. anche b o n i f i c a); terra concessa o rilasciata I, 404 (321); il — nei paesi conquistati I, 359-370 (285-294); per l'imposta fondiaria v. anche II, 5; proprietà delle terre di capitolazione I, 94–96 (73–75), 368 (292), delle terre di conquista I, 94–96 (73–75), 369 sg. (292 sg.), 403 (320), 435 (345); miniera in terra di capitolazione e in terra di conquista I, 377 (299); il *waqf* e una terra tributaria o *mīriyyah* II, 423.

R e g r e s s o: della moglie che ha provveduto al proprio mantenimento I, 234 (185); del compratore evitto contro il debitore I, 431 (342); II, 140, 589; del debitore di un debito comune verso gli altri debitori II, 9; del delegatario contro il delegante II, 205–207 e n. 298; del socio contro gli altri soci II, 298; del delegato contro il mandante II, 352; del *negotiorum gestor* II, 357–360; degli eredi di un fidejussore II, 490; del fidejussore contro il debitore II, 490 sg.

R e i n t e g r a z i o n e nel possesso: v. r i v e n d i c a z i o n e ecc.

R e l i g i o n e: — del figlio minorenne dell'apostata I, 118 (92); l'irreligiosità è un vizio di mente I, 132 (103) n. 58; — del figlio spurio di un musulmano con una musulmana e viceversa I, 242 (191) n. 191; I, 242 (192), n. 192; il figlio ha la — del padre, finchè impubere I, 243 (192), opinione degli Sciafiiti I, 243 (192) n. 194; la diversità di — esclude dalla successione II, 503 sg., non osta al legato II, 534.

R e m i s s i o n e: del debito II, 107.

R e n d i t e: categorie di rendite ammesse I, 317 (253); v. inoltre f r u t t i (*ġallah*).

R e q u i s i z i o n e: — di derrate I, 68 (53).

R e s c e r t a v. c o s a d e t e r m i n a t a.

Rescindibilità: di atti patrimoniali del malato I, 131 (102); II, 399, del semiubriaco I, 134 (105), della maritata I, 235 (185 sg.); II, 399, dell'insolvente II, 399; — del matrimonio I, 201 (159), 209 (165), 210 (166), 220 (174), 223 (176), 225 (178 sg.); del matrimonio di godimento? I, 213 (168); del negozio giuridico II, 38; della locazione dei servigi di un minorenne I, 244 (193); II, 269; d'un contratto di cambio II, 189; = invalidità: v. questa voce; — della vendita d'un fondo e il compratore in buona fede I, 338 (269); della sostituzione di altra persona fatta dal mandatario? II, 341; di un *waqf* II, 422, 425.

Rescissione: degli atti onerosi dell'impubere I, 128 (100 sg.); dell'atto invalido II, 48–52: per violenza II, 50, per dolo II, 51; prescrizione estintiva nella — per causa di lesione II, 111; delegazione di credito proveniente da vendita poi rescissa II, 206 sg.; d'una transazione II, 216–219; delle società agrarie II, 317, 322; del *qirāḍ* II, 333; del mutuo d'una schiava II, 386; della vendita del pegno fatta dal debitore II, 474, 475; della divisione d'una eredità II, 528, 530.

— del matrimonio: v. sotto risoluzione: risoluzione *ex officio judicis*.

Responsabilità: del capo di famiglia sconosciuta al diritto islamico II, 78 sg.; — del tutore o dei tutori I, 303 (240 sg.); del professionista che erra II, 75, 77, 261, 264; — del locatore di lavoro II, 263–265, 272 sg.; degli esercenti pubblicamente un'arte II, 264 sg.; dell'artigiano II, 265; del depositario II, 265 n. 119; di chi subaffitta una cavalcatura II, 284; dei soci II, 299; del mandatario II, 342 sg., 346; dello schiavo commerciante II, 355; del ladro II, 454; del rapinatore II, 456; — pel pegno II, 472 n. 33; II, 476–478; dell'esecutore testamentario II, 550; v. anche danno.

Restauro: v. riparazioni.

Restituzione: della cosa venduta per vizio redibitorio: v. vizio; della cosa comodata II, 377 sg., mutuata II, 387 sg., rubata II, 454, usurpata II, 456, 460; — della cosa da parte dell'autore del danno II, 462; — del pegno II, 476, 477 sg.

Retratto (*šuf'ah*): suo posto nel sistema del diritto islamico I, Intr. VI (IV); esercitato dal *ḏimmī* I, 104 (81) n. 108, dallo schiavo I, 146 (115) n. 103, dal *bayt al-māl* I, 184 (144); — e la distinzione delle cose in divise e indivise I, 316 (251); — e il compratore in buona fede I, 338 (269); — in epoca preislamica I, 354 (281); — e il diritto del condomino di alienare la sua quota I, 391 (310).

I, **393–400** (**312–318**); diritto non cedibile I, 395 (313); II, 400; — e la superficie I, 451 (358); — non ammette il *ḫiyār al-maǧlis* II, 25; — è una coazione legale II, 41; prescrizione del diritto di — II, 110, 111; — e il mutuo dissenso II, 197; — e la cessione del *muǧāris* II, 321 n. 116; non si può donare il diritto al — II, 400; — e il *waqf* II, 425.

Rettile: considerato immondo I, 320 (255), eccez. I, 321 sg. (256).

Revindica: v. rivendicazione.

Revoca: del ripudio I, 264 (210); — degli atti gratuiti del debitore insolvente I, 135 (106), 136 (107), 158 (124); II, 101 sg.; — della concessione di super-

ficie I, 452 (358 sg.); — del mandato II, 350 sg.; — dell'autorizzazione a commerciare data allo schiavo II, 356; — della donazione II, 407 sg.; — di elemosina II, 412; — del *waqf* II, 430 sg., 436; — della fidejussione II, 488; — della condanna di chi ha dato malleveria di comparizione per un debitore II, 398; — delle disposizioni testamentarie II, 544 sg. — di un compromesso II, 553 sg.

Riabilitazione: del debitore insolvente I, 138 (108) e n. 71.

Ribā = lett. eccedenza, il di più: II, 60; nell'Arabia preislamica l'aumento o lucro sul capitale che il debitore sborsava al suo creditore a titolo di compenso per il capitale mutuato: II, 60 sg.; quindi: lucro illecito o indebito o ingiustificato, indebito arricchimento, usura: I, 40 (31), 315 (251), 317 (253); II, 37, 54, 60 sgg. e *passim*; non solo l'eccedenza sul capitale mutuato (= interessi), ma anche una differenza di qualità, i servigi prestati dal debitore in più della prestazione, il vantaggio sul tempo del pagamento, la diversità nel luogo di pagamento: II, 61;

ragione del divieto del — II, 54; varie forme del — II, 61; vietato dall'Islām II, 62; che cosa si intende per — II, 61, 63, 66; negozi usurari II, 65 sg.; lucro senza causa vietato II, 88; e il luogo di esecuzione del contratto II, 92; e il termine d'un contratto II, 92; e la novazione obiettiva II, 106; e la congiunzione della vendita con altro contratto II, 122 sg.; e la vendita con patto di riscatto II, 160; restrizioni per esso al contratto di *salam* II, 170–172, 175, 176 sg., alla permuta di derrate alimentari II, 178, 178–184, a quella di metalli preziosi II, 185–192; e il caso della permuta di animali o schiavi II, 180; beni usurari II, 185 sg., 191 sg., pei Ḥanafiti II, 186 n. 238; e la compensazione II, 194; e il mutuo dissenso II, 197 sg.; e la delegazione II, 203 sg.; e la dazione in pagamento II, 86, 208; e la transazione II, 212 sg.; e i frutti non maturi in una locazione II, 239; e il prezzo della locazione II, 276 sg.; e l'accomenda II, 324, 326; e il comodato II, 377; mutuo fruttifero vietato II, 385, 388–392; chi presta a interesse è un *fāsiq* I, 140 (110); II, 596; varie forme di — II, 389–392; astuzie per eludere la legge II, 392–396; e la donazione remuneratoria II, 411; *waqf* del prodotto d'un lucro illecito II, 424; e la fidejussione II, 486, 487.

— *fī an-nasī'ah* = *commodum temporis*, *commodum repraesentationis*, profitto rappresentato dal tempo nel mutuo: II, 392.

Ribawī, femm. *ribawiyyah* = usurario; *amwāl ribawiyyah* = beni usurari: II, 63, 64, 180, 181, 186 n. 238, 247.

Ribḥ = beneficio: II, 157; v. anche *bay' bi-ribḥ*.

Ricatto: II, 586 sg.

Riconoscimento di diritto: negozio assimilato alla compra-vendita II, 220–228.

— di parentela: caso speciale del riconoscimento di un diritto II, 229 sg.

— di paternità: caso speciale del riconoscimento di diritto II, 228.

Riḍà = soddisfacente (detto di testimone); II, 594, 599, 600.

Riddah = apostasia: I, 167 (131) e n. 166; I, 180 (142), 434 (345).

— *bi-'l-fi'l* = apostasia di fatto: I, 168 (132).

Riddah bi-'l-qawl = apostasia verbale: I, 168 (132).

Rifiuto: d'un *waqf* da parte del beneficiario II, 431; d'una successione invalido II, 498.

Rifugio: v. ospizio.

Rig'ah = reintegrazione del matrimonio dopo il ripudio, revoca del ripudio: I. 260 (206), 264 (210).

Rig'ī = revocabile: I, 264 (210).

Rimā = *ribā* (v. questa voce).

Rinuncia: — al diritto di retratto I, 349 sg. (317); — all'enfiteusi I, 442 (351), alla superficie I, 452 (359), al pegno II, 482; v. anche rifiuto.

Riparazione: di un immobile *waqf* mediante la concessione in enfiteusi o contratti simili I, 443 sg. (352), 445 (353), 446 (354); — a carico del conduttore nel contratto di *gzā* I, 449 (356); alla cosa locata II, 240 sg.; in un fondo rustico II, 252; all'immobile legato II, 546.

Ripetizione: del *ḫul'* I, 274 (218); — nella obbligazione bilaterale II, 94.

— d'indebito: ragioni a favore della — II, 54; condizione per la — II. 66 sg.; esempi di — II. 67–69, 494; pagamenti non ripetibili II, 68.

Ripudio: del convertito prima della conversione I, 115 sg. (90 sg.); del malato I, 131 (102), 256 (203), 258 (204), 273 (217); della malata, mediante riscatto I, 273 (217); del debitore insolvente I, 137 (107); del pazzo I, 132 (104), 258 (204), 305 (242); del prodigo I, 133 (104), 273 (217); dell'ubriaco I, 134 (105), 258 (204 sg.); della moglie dello scomparso pronunciato dal *qāḍī* I, 163 (128), 165 (130); nell'epoca preislamica I, 192 (151 sg.), 269 (214), dato anche dalla donna I, 192 (152) n. 9; nell'Islām I, 195 (154), 198 (156), 269 sg. (214); sua frequenza in antico I, 198 (156), 254 (201) n. 236; compenso alla donna ripudiata I, 195 (154), 265 (210); chiesto dalla donna I, 231 (182), — definitivo e allattamento del bambino I, 243 (193);

I, **253–275** (**201–218**): è un diritto personale e del marito soltanto I, 254 (201 sg.), 256 (203); è riprovevole I, 254 (201); restrizioni poste al — I, 255 (202); — canonico I, 254 sg. (202), 266 (211); revocabile durante la *'iddah* I, 255 (202), 264 (210); — innovato (*bid'ī*) I, 255 (202), 266 (211); — della giurisprudenza classica I, 256 (202 sg.); definizione ed elementi del — I, 256 (203); — per mandato I, 257 (204); II, 337 sg.; mandato conferito alla moglie di dar ripudio a se stessa I, 257 (204), 272 (216) n. 313; II, 25; oggetto del — I, 258 (204); animo di ripudiare e sua espressione I, 258–261 (204–207), — dell'irato I, 258 (205); — dato per violenza I, 258 (205) e n. 251; II, 47 sg.; a condizione e a termine I, 260 (206 sg.), 270 (214); — frazionato o parziale I, 261 (207); prova del — I, 268 sg. (207); effetti del — I, 262 (208 sg.); dato prima o dopo la consumazione del matrimonio I, 262 sg. (208); doveri dei coniugi dopo il ripudio I, 263 sg. (209), se dato per colpa della moglie I, 264 (209) n. 274 e n. 275; condizioni perchè divenga definitivo I, 265 (210); — e il *mahr* I, 265 (210); ripudio triplice I, 206 (162 sg.), 264 (210), 265–267 (211–212); ricostituzione del matrimonio dopo un — triplice I, 206 (162 sg.), 266 sg. (211 sg.); — per un giuramento d'astinenza I, 267 sg. (212 sg.); — *ẓihār*: del convertito prima della conversione I, 116 (91), sua formula I, 269 sg.

(214 sg.), sua revoca I, 271 (215); non può darsi per mandato II, 338; — mediante riscatto pagato dalla moglie (*ḫul'* o *tamlīk*) I, 272–275 (215–218); differenza fra *ḫul'* e *fidyah* o *iftidā'* I, 274 (217) n. 320; il *ḫul'* è dirimente I, 264 (210) n. 277; I, 274 (218); prezzo del *ḫul'* e morte della repudiata II, 109; credito delegato che ha per origine un *ḫul'* II, 206; — dopo un *li'ān* I, 278 (221); pronunciato dal giudice: v. risoluzione giudiziale del matrimonio; casi di — della donna a se stessa I, 284 (225), 286 (227); — pronunciato da arbitri I, 286 sg. (227); — dello schiavo I, 288 (228); della schiava emancipata al marito schiavo I, 288 (228); — del pupillo I, 273 (217), 296 (235); giuramento riguardante il — II, 99 sg.; non può essere dato da un mandatario generale II, 341; diritti successori della ripudiata I, 273 (217); II, 504 n. 41; II, 506, e del marito II, 506; e la prova testimoniale II, 610; atto scritto di — II, 614.

Risarcimento: uso dell'*iǵtihād* per esso I, 76 (59) n. 185; — per la colpa contrattuale II, 76 sg.; per perimento o deteriorazione e il possessore in buona fede I, 339 (270); dovuto dal debitore moroso II, 96 sg.; transazione per un — II, 214 sg.; — per l'infortunio dell'operaio minorenne o incapace II, 267; per mancata restituzione della cosa comodata II, 382 sg.; per la schiava avuta in mutuo II, 386; — del fatto illecito in genere II, 452; — del danno da parte del ladro II, 454, da parte dell'usurpatore II, 457 sg., 460; del danno dato II, 461–463; — sottentra al pegno perito o deteriorato II, 469; per danno causato da falsa testimonianza II, 608; v. anche danno, *diyah*, perimento, deteriorazione.

Riscatto: del fondo concesso in enfiteusi I, 442 (351); per il ripudio mediante riscatto v. sotto ripudio.

— convenzionale (*kitābah*): v. sotto emancipazione di schiavo.

Rischio: applicazioni del *ḥadīṯ*: chi ha il rischio ha il lucro I, 297 (235 sg.), 339 (269), 414 sg. (329), 432 (343); II, 35, 69, 88, 297, 370, 468; — nel caso della obbligazione alternativa II, 10; — della cosa venduta II, 130–132; dell'immobile venduto II, 132; della cosa viziata II, 146; della cosa venduta con patto di riscatto II, 161 sg., o di opzione II, 163; — del deposito II, 368–371; della cosa comodata II, 378–382; della cosa mutuata II, 387; del pegno II, 476–478; v. altresì perimento, deteriorazione, forza maggiore, risarcimento.

Risoluzione: del matrimonio per nullità I, 225 (178 sg.); chiesta dalla moglie I, 233 (184), **275–287** (**219–227**): in seguito a *li'ān* I, 276–279 (219–222); per vizio redibitorio I, 280–282 (222–224), 288 (228); per inadempienza I, 282–285 (224–226); *ex officio judicis* I, 285–287 (226 sg.); patti nuziali che danno diritto ad essa I, 285 (226); v. altresì rescindibilità;

— amichevole d'una vendita di cose mobili II, 65; — del contratto di *musāqāh* II, 316 sg.; del contratto di *muġārasah* II, 322; del *qirāḍ* II, 333; della transazione per inadempienza di uno dei contraenti II, 216 sg.; di contratto per comune accordo delle parti: v. mutuo dissenso; per la vendita con patto di — v. sotto compra-vendita.

Rišwah = corruttela [di funzionario]: II, 569, 574.

Ritardo: nell'adempimento d'un'obbligazione: v. mora.

Ritenzione: sui beni del pupillo I, 303 (241); — quale modo di assicurare un'obbligazione II, 100 sg.; casi in cui è concessa II, 100 sg. e n. 390; II, 135 sg.; — della cosa trasportata fino al pagamento del prezzo di trasporto II, 279; — non concessa al mandatario II, 348; — del pegno II, 465, 478 sg.

Ritiro religioso: e il fidanzamento o il matrimonio I, 208 (164); la donna durante un — può rifiutarsi al marito I, 231 (182).

Ritrovamento di cose derelitte ecc.: v. cose derelitte, oggetti smarriti, tesoro.

Rivendicazione: in libertà dello schiavo I, 148 (116); la prova del diritto spetta al rivendicante I, 328 (261), 340 sg. (270 sg.), 430 (341); — di cosa perita, deteriorata, trasformata I, 339 (270), 432 (342 sg.); sua definizione I, 429 (340); procedimento per la — I, 429 sg. (341); è un dovere I, 430 (341) e n. 545; diretta contro chi possiede in nome proprio I, 431 (341 sg.); oggetto della — e restituzione di esso I, 431 (342); regresso dell'evitto contro il venditore della cosa I, 431 (342); accessioni e frutti della cosa rivendicata I, 432 (343); — dell'erede nella donazione reciproca *causa mortis* II, 59; — della cosa venduta dal compratore insolvente II, 154 sg., e dai suoi eredi? II, 155 sg.; — di monete cambiate II, 189; — della cosa donata nella donazione remunerativa II, 411; del pegno II, 474, 481, 482.

Riwāyah = tradizione che incomincia con la parola *yurwà* senza addurre le autorità sulle quali si fonda: I, 55 (43).

Rizq = assegno fisso: II, 565.

Rubṭah = locazione di un immobile appartenente al *waqf* e rimasto per più anni vacante, con l'obbligo da parte del locatore di sborsare all'opera pia gli affitti del periodo di vacanza, più un affitto annuo: I, 448 (355).

Ruḫṣah = consenso che risulta dalla dottrina o dalla pratica di alcuni Dottori e che non incontra opposizione presso gli altri: I, 42 (33) n. 39; = concessione: I, 69 (54).

Rukn, plur. *arkān* = cosa principale, sostrato o sostanza: I, 316 (252); elemento richiesto per la esistenza del negozio che s'intende costituire, elemento essenziale, requisito: I, 198 (157), 200 (158), 221 (174), 221 (175), 256 (203) e *passim*; II, 16, 113 e *passim*; distinto da *šarṭ*: II, 16 n. 64.

Ruqbà = donazione reciproca *causa mortis*, convenzione per cui due persone, di cui ciascuna è proprietaria di un bene patrimoniale, convengono che, venendo a morte una di esse prima dell'altra, il bene patrimoniale apparterrà al superstite: II, 59 sg. e n. 244.

Rušd = attitudine a bene amministrare: I, **129** (**101**), 300 (238), 301 (239) e n. 417 (416); II, 605, 618; = piena capacità di agire: II, 527; per gli Sciafiiti = buoni costumi, condotta regolare della vita, insieme con l'attitudine a bene amministrare: I, 129 (101).

Ṣā' = misura [di grano] equivalente a kg. 2,11873: II, 256.

Sabab = causa legittima: II, 13, 22; v. anche *asbāb*.

Šābb = adolescente (fino ai 34 anni): I, 126 (99) n. 38.

Sabbala = costituire a scopo pio = *waqafa*: II, 414.

Sabea: matrimonio con una — I, 208 (164).

S a b e g a (*s ā b i q a h*) in Algeria = terra *'arš* (v. questa voce): I, 404 (321).

Ṣ a b ī = impubere, *puer infantiae proximus*: I, 126 (99) e n. 38; II, 17, 594.

S a b ī l = fontana pubblica: II, 419.

— *A l l ā h* = guerra santa; scopo pio (in genere): I, 182 (143); II, 414; v. anche *f ī s a b ī l A l l ā h*.

Ṣ a d ā q = dono nuziale I, 200 (158): v. *m a h r*; = scritta nuziale I, 222 (175).

— *m u' a ġ ġ a l* = parte del *mahr* pagata a termine: I, 220 (174).

— *m u' a ġ ġ a l* = parte del *mahr* pagata subito: I, 220 (173).

a ṣ - Ṣ a d ā q 'i w a ḍ 'a n a l - b u ḍ' = il dono nuziale è il corrispettivo del godimento sessuale: I, 215 (170) e n. 101.

Ṣ a d a q a h = elemosina (in genere), beneficenza: I, 175 (137); II, 398, 408, 409, 411, 412, 413, 415, 416; *per l'indice analitico* v. e l e m o s i n a; = *zakāh*: I, 177 (139), 364 (289); *per l'indice analitico* v. *z a k ā h*.

Š ā ḏ ḏ = singolare, raro: II, 571.

S a f a h = follia spendereccia o prodigalità: I, 304 (241).

S a f ā h a h = vizio o debolezza di mente, alterazione o deficienza delle facoltà mentali: I, 132 (103).

Ṣ a f ī e *ṣ a f i y y a h*, plur. *ṣawāfī* = *eximiae*, oggetto prelevato dal capo tribù sul bottino di guerra: I, 93 (72), 185 (145).

Š a f ī' retraente: I, 393 (312).

S a f ī h = incapace per vizio di mente, debole di mente, deficiente mentale: I, 128 (100) n. 46, 133 (104); II, 17 n. 66; II, 72, 432, 587; sinonimo di *mubaddir*, prodigo inabilitato per prodigalità: I, 273 (216).

S a f q a h = palmata, conclusione d'un contratto, negozio perfetto, negozio: I, 21 (16); II, 126.

S a f t a ġ a h = lettera di cambio: II, 392.

Š a h ā d a h = prova testimoniale II, 594; v. inoltre *n a q l a š - š a h ā d a h*, *t a ḥ a m m u l a š - š a h ā d a h*.

Š a h ā d a t a l - i s t i ġ f ā l = testimonianza sorpresa da un testimone che si è nascosto a tal fine: II, 604 n. 279.

Š a h ā d a t a l - l a f ī f = testimonianza *per turbam*: II, 603.

Š a h ā d a t a s - s a m ā' = testimonianza auriculare, *testes ex auditu*: II, 206.

Š a h ā d a t a t - t a w a s s u m = certificazione di idoneità, che i compagni di viaggio danno gli uni per gli altri, fondandosi sull'impressione di onorabilità dei compagni: II, 603.

Ṣ a ḥ ḥ a = essere valevole, valido: II, 110 n. 423; II, 472.

Ṣ ā ḥ i b, plur. *ṣ a ḥ ā b a h* = Compagno del Profeta, il musulmano che ha convissuto col Profeta o che lo ha veduto: I, 43 sg. (34); v. inoltre *a ṣ ḥ ā b*.

— *a š - š a r'* = legislatore: I, 66 (52) n. 134; Colui che ha rivelato la Legge divina: I, 22 (17) n. 113.

— *m a ḏ h a b* = Caposcuola: I, 79 (61).

Š ā h i d = notaio: II, 566; = testimone: *passim*; = attuario, tabellione: v. *š u h ū d*.

Šāhid 'urfī = testimonio consuetudinario, ossia consuetudine equiparata ad un testimonio: II, 619.

Šāhidāka aw yamīnuhu = i tuoi due testimoni o il suo giuramento: II, 591 n. 207.

Ṣaḥīḥ = valido: I, 153 (120); II, 17, 26, 37, 41, 125; = autentico (si dice di tradizione che si fonda sopra una serie di testimoni ineccepibili e scrupolosamente esatti, i quali si ricollegano gli uni agli altri senza soluzione di continuità: I, 37 (29), 55 sg. (43).

— *bi-aṣlihi lā bi-waṣfihi* (detto dell'atto invalido) = valido per la sostanza, non per il suo modo di essere: II, 49.

Salab = spoglie del nemico ucciso in combattimento: I, 93 (73), 407 (323).

Salaf = mutuo: II, 384 e *passim*: usato per *salam*: II, 169; *per l'indice analitico* v. mutuo.

Salam = vendita con anticipazione di prezzo, contratto con cui una delle parti rimette all'altra una somma in numerario o dei valori a titolo di anticipazione di prezzo e il ricevente si obbliga, allo spirare di un certo termine, a restituire una quantità determinata di derrate o di altre cose, diversa dalla prestazione ricevuta: II, 168 e *passim*; v. *per l'indice analitico* sotto compra-vendita: varietà della c. - v.

Salāmat al-a'ḍā' = integrità fisica: I, 18 (14).

Salario: v. sotto locazione-conduzione: locazione d'opere ecc.

Sale: cosa *nullius* I, 319 (254), 408 (324).

Ṣāliḥ = buono, utile: I, 71 (55) n. 162.

Salina: equiparata alla miniera riguardo alla locazione II, 248.

Salvacondotto: v. sicurtà.

Ṣamīm = (ingenuo) di pura discendenza: I, 141 (111).

Sanad: v. *isnād* I, 37 (29).

Sangue: cosa fuori commercio I, 320 (255).

Sanguisuga: commerciabilità della — I, 321 (256).

Saqīm = debole (detto di tradizione i cui testimoni non sono abbastanza autorevoli o, come dicono gli Arabi, sono trascurabili): I, 56 (43 sg.).

Ṣarf = contratto di cambio, permuta di metalli preziosi: II, 63, 64, 66, 86, 92; *passim* II, 185-192.

Šar'ī, femm. *šar'iyyah* = dal punto di vista del diritto, legale, legittimo, canonico: I, 67 (52), 179 (141); (detto del *waqf*) = *waqf ḫayrī*: II, 434; v. anche *al-'illah aš-šar'iyyah*.

Šar' = Legge divina (v. *šarī'ah*): II, 561.

Šarī'ah = lett. la via diritta, la via maestra: I, 9 (7), quindi Legge divina I, 6 (5), legge positiva I, 9 (7), 10 (8); *lato sensu* = sistema di norme che va dagli atti del culto ai principî del regime politico, dalle regole di guerra al diritto penale, dai negozi patrimoniali ai giudizi, dai doveri di morale e di civiltà fino ai particolari intimi della vita privata I, 15 (12);

I, 6-16 (5-12); — e il Califfo I, 22 (17), 24 (19); rappresentata come un albero I, 51 (40) n. 75; I, 77 (60) n. 190; v. inoltre *fiqh*.

Šarī'ah 'aqliyyah = legge di ragione, legge naturale: I, 84 (66).
Ṣarīḥ = esplicito, espresso: I, 61 (48), 149 (117), 270 (214); II, 21, 28, 353, 428; = (ingenuo) di pura discendenza I, 141 (111).
— *aš-šiġār* = compensazione espressa, intesa tacita che i doni nuziali si devono compensare: v. *šiġār*.
Šarīk, plur. *šurakā'* = condomino, associato: I, 324 (258), 387 (307), 403 (320).
Šarikah = *širkah*: v. questa voce.
Šarṭ, plur. *šurūṭ* = condizione: I, 221 (175); II, 27; requisito di esistenza, elemento essenziale alla esistenza del negozio giuridico in generale, elemento costitutivo in generale (distinto da *rukn*): II, 5, 16 e n. 64; = patto: II, 27 n. 106.
— *kā'in* = condizione avverata o effettuata: II, 28.
— *kamāl* = condizione di perfezione o integrazione: I, 222 (175).
aš-Šarṭ amlak = la convenzione domina, ossia prevale nel regolamento dei rapporti fra le parti: II, 83.
Sarto: v. artigiano.
Šay' = (per il giurista) oggetto che corrisponde ad una utilità o ad un bisogno dell'uomo: I, 308 (245).
aš-Šay' al-mašfū' = l'oggetto del retratto: I, 395 (314).
aš-Šay' al-mu'ār = l'oggetto del comodato: II, 374.
Šayḫ = maestro competente (di diritto ecc.): I, 51 (40) n. 77; = *senex* (dopo i 51 anni): I, 126 (99) n. 38; = capo di corporazione, capo d'arte: I, 171 (134) n. 177.
Sayyid = capo di tribù araba: I, 18 (14) n. 95; 23 (18), 176 (138), 352 (280).
Scadenza: v. debito, termine.
Schiavitù: I, **141–160** (**111–126**); stato di eccezione I, 12 (10), 141 (111); la presunzione è per la libertà II, 618; il *ḏimmī* che viola la *ḏimmah* può essere ridotto in — I, 107 (84); il figlio segue la condizione della madre I, 143 (112); eccezioni I, 143 (113), 287 (228) (v. anche schiava madre); modi di cessazione della —: v. emancipazione di schiavo);

Schiavo: e la libertà: il rivendicato come — e la prova della sua libertà I, 13 (10); il libero non può darsi in schiavitù I, 13 (10), nè rinunciare alla libertà concessagli I, 13 (10), 150 (118); II, 546; il nascituro può ricevere la libertà I, 119 (93); minorenne quale — presso un possessore che lo afferma suo I, 307 (243) n. 440; v. inoltre emancipazione di schiavo.

e la guerra: è esentato dalla guerra santa I, 88 (69); il nemico combattente è fatto — o ucciso I, 93 (72); non combattente è fatto — I, 93 (72) e n. 53; — non partecipa alla divisione del bottino I, 94 (73);

diversità di religione fra padrone e schiavo: — musulmano vietato all'infedele I, 104 (81); — minorenne appartenente all'infedele I, 357 (284); —infedele non può essere autorizzato a commerciare I, 104 (81); — convertitosi d'un padrone infedele I, 116 (91);

rapporti contratti dallo schiavo anteriormente all'acquisto della libertà I, 112 sg. (88 sg.); delitto dello — anteriore all'acquisto della libertà I, 113 (88);

condizione dello —: di fronte al diritto pubblico I, 144 (113) (non può essere *walī* I, 144 (113), 203 (160), non *qāḍī* I, 144 (113); II, 563, non testimone II, 595); può concedere l'*amān* all'infedele I, 91 (71); — può essere tutore? I, 144 (113), 295 (234) e n. 393 (392); può essere direttore della preghiera I, 144 (113); di fronte alla legge penale I, 144 sg. (113 sg.); II, 10; di fronte al diritto civile: diritti del padrone I, 145 (114); questi possiede per lo schiavo I, 330 (263); diritti dello schiavo I, 145–147 (114–116); obbligazioni *ex delicto* contratte dallo — I, 145 (114); II, 10; dato in usufrutto I, 455 (361), 457 sg. (363); danno prodotto dallo — II, 79 sg.; non può essere ucciso I, 145 (114); ragione di tal precetto I, 379 sg. (301); diritto di correzione spettante al padrone I, 147 (115); maltrattamenti del padrone I, 109 (85), 146 sg. (115), 158 (124); funzionario incaricato di sorvegliare il trattamento degli schiavi I, 145 (114) n. 100;

mantenimento dello — I, 147 (115 sg.);

matrimonio dello — I, 145 (114), 287 sg. (228); è vietato separare la schiava dal marito quando i coniugi appartengano allo stesso padrone I, 147 (115); è proibito il matrimonio tra lo — (o lo schiavo del figlio) e la padrona I, 207 (164); è riprovevole il matrimonio con lo — altrui I, 207 (164); diritto di coazione al matrimonio sullo — adulto I, 211 (166); *mahr* nel caso di un matrimonio di — rescisso dal padrone I, 287 (228); numero delle sue mogli I, 287 (228); doveri dello — coniugato verso la moglie e i figli I, 288 (228); per lo — essere coniugato è vizio redibitorio II, 143 n. 110; II, 144; il padre — ha diritto alla custodia del figlio o della nubile minorenne? I, 291 (230) n. 387 (386); ripudio dello — I, 256 (203), 288 (228), duplice per essere dirimente I, 264 (210); giuramento di astinenza dello schiavo I, 113 (88) 268 (213); *ẓihār* dello — I, 269 (214); ripudio della schiava emancipata al marito — I, 288 (228); termine concesso al coniuge — per curarsi prima della risoluzione del suo matrimonio I, 288 (228 sg.); riconoscimento di paternità avente per oggetto lo — altrui I, 240 (190); non può raccogliere un trovatello senza il consenso del padrone I, 306 (243);

può possedere il suo peculio ? I, 146 (114); schiavi dello — I, 146 (114 sg.); liberalità fatte allo — I, 146 (115); guadagni turpi dello — I, 146 (115); autorizzato a esercitare un'arte o un mestiere I, 146 (115);

autorizzato a esercitare il commercio I, 146 (115); II, 352-356, 466; può fare una donazione remunerativa, non una gratuita II, 410; può costituire un pegno II, 466; — e la fidejussione II, 485;

— fuggitivo I, 329 (262), 350 (278); II, 233 n. 8; II, 119, 270, 340, 400, 467;

cessazione della schiavitù: — riscattato con la *zakāh* I, 182 (143); congiunto divenuto proprietà del congiunto I, 157 sg. (124); — deturpato dal padrone I, 158 (124); — comune a più padroni e affrancato da uno di essi I, 149 (117), 158 (124); prescrizione acquisitiva della libertà I, 158 (124); v. inoltre emancipazione di schiavo;

vendita dello — I, 145 (114), imposta dal giudice I, 147 (115), 147 (116); se giudiciale, non soggetta ad azione redibitoria II, 151; caso del padre che vende per ignoranza il figlio della schiava madre I, 240 (190); vendita dello — smarrito II, 119; garentia del venditore nella vendita di — II, 140 sg., 142, 145 sgg.; il matrimonio dello — è vizio redibitorio II, 143 n. 110; II, 144;

permuta di schiavi II, 179 sg.;

locazione di —: fuggitivo II, 233 n. 8, incline al furto II, 269; durata della locazione d'uno — II, 238; l'emancipazione dello — non risolve il contratto di locazione dei suoi servigi II, 269;

e le obbligazioni: ritrovamento di — smarrito II, 273, 275; non può contrarre società senza l'autorizzazione del padrone II, 288; può dar mandato ? II, 336; chi riscatta uno — ha regresso ? II, 359, 360; lo — non può comodare II, 374; — ladro dato in comodato II, 383; — è incapace di ricevere un *waqf* II, 422; oggetto di un *waqf* II, 423; — che ruba in casa del padrone II, 454; schiavo usurpato e affrancato II, 458; dato in pegno II, 467; fuga dello — oppignorato II, 481, 473 n. 40; opere di uno — date in pegno II, 467; fidejussione dello — II, 485; successione dello schiavo II, 502 e n. 34, apostata I, 169 (133); non succede ai suoi parenti naturali II, 502; lo — delinquente è detratto dalla successione II, 525; incapace di testare II, 533; autorizzato dal padrone a testare II, 533; — legatario II, 534 e n. 120; il legato d'uno — musulmano a un infedele è invalido II, 537; accettazione dello — legatario II, 546; può essere arbitro ? II, 553; perizia dello — II, 613; — e il giuramento II, 627; l'*iqrār* dello — è valido ? II, 221.

Schiava: è vietato prostituire la — I, 147 (115), separare la madre — dal figlio piccolo I, 147 (115), la moglie — dal marito, se entrambi appartengono allo stesso padrone I, 147 (115);

matrimonio della schiava: — moglie d'un convertito all'Islām I, 114 (89); *walī* per esso I, 202 (160); suoi impedimenti I, 205 (162); suo annullamento per prigionia di guerra o vendita I, 205 (162); matrimonio col padrone o col padre di lui vietato I, 207 (163 sg.), 223 (177); coazione al matrimonio esercitata dal padrone I, 211 (166) (eccezione *ibid.*), I, 157 (123): suo *mahr* I, 220 (174); doveri del marito verso la moglie I, 233 (185) n. 168; sposata con un uomo che abbia anche una moglie libera I, 285 (226);

suo ripudio: *ḫul'* I, 273 (217); ripudio dato dalla — emancipata al marito rimasto schiavo I, 288 (228); i rapporti con la schiava altrui sono illeciti I, 240 (190); suoi figli I, 240 sg. (190); disconoscimento di paternità del figlio d'una concubina I, 156 (123), 276 (219); *'iddah* della schiava I, 288 (229), divenuta quindi libera I, 113 (88);

— cantatrice I, 324 (257) n. 59; — in condominio: e la coazione al matrimonio I, 211 (166), e il commercio sessuale con essa I, 388 (308), 389 (309); non può essere venduta a un uomo di cattivi costumi II, 117; può mutuarsi ? II, 386.

Schiava *kitābiyyah*: v. anche *kitābiyyah*.

Schiava madre: — I, 156 sg. (123 sg.); affrancata dal debitore insolvente o oberato I, 137 (107), 157 (123); suoi figli legittimi e spuri I, 157 (124), se figli di un *mukātab* I, 152 (120); — non può essere consegnata

pro noxa I, 157 (123); II, 79 n. 309; — non può essere restituita per vizio redibitorio II, 153; — non può donarsi II, 400; — resa madre prima della presa di possesso del donatario II, 406;

Schiavo *mukātab* = schiavo affrancato per contratto (v. emancipazione di schiavo): esentato dalla guerra santa I, 88 (69); condizione giuridica sua e dei suoi figli I, 151–154 (119–121); mancato pagamento di tutto il prezzo per sua morte o scadenza del termine I, 153 sg. (120 sg.); confronto col *mudabbar* I, 155 sg. (122); patronato dello schiavo se il padrone cede il suo credito I, 159 (125) n. 145; aiutato dal *bayt al-māl* a pagare il riscatto I, 182 (143); non può raccogliere il trovatello I, 306 (243); non può donarsi II, 400; la rata del riscatto è incapace di garentia II, 470; può costituire un pegno II, 466; dato in pegno II, 482; — e la fidejussione II, 485.

Schiava *mukātabah*: e la coazione al matrimonio I, 211 (166).

Schiavo *mudabbar* = emancipato *post mortem*: esentato dalla guerra santa I, 88 (69); condizione sua e dei suoi figli I, 155 sg. (122); se uccide il padrone I, 156 (122); se l'attivo del padrone è esaurito o il suo valore eccede il terzo disponibile I, 156 (122); dato in pegno II, 466.

Scienze fisiche: libri di — vietati in passato I, 322 (257).

— occulte: chi esercita la magia è considerato *fāsiq* I, 140 (110), anche apostata I, 168 (132), ed è illecito compensarlo II, 12; e non può essere testimone II, 597; libri e strumenti di — non sono beni I, 310 (246), vietati I, 322 (256), 323 (257); non sono locabili II, 233; locazione d'un maestro di — 257.

Scioglimento: del matrimonio senza formale ripudio, dopo un *li'ān* I, 278 (221); v. inoltre risoluzione del matrimonio e rescindibilitá.

Scomparsa: v. assenza.

Sconto: sulla somma mutuata II, 392.

Scopo lecito: di un comodato II, 375; di un *waqf* II, 426; di un legato II, 537.

Scrittura: II, **613–615**; quale mezzo di prova II, 593; comparazione della — II, 615–617; v. inoltre atto scritto.

Scuola: diritto di abitazione degli studenti I, 458 (364); *waqf* per una — II, 422; legato per una — II, 534.

Scuole di diritto: I, 75 (58 sg.) e n. 181; divergenze delle — I, 77 sg. (60 sg.); passaggio ad altra scuola I, 78 sg. (61); negozio giuridico sottoposto a scuola diversa I, 78 sg. (61); il *qāḍī* è obbligato ad attenersi alla dottrina della sua scuola II, 572; — e l'arbitrato II, 554.

Seduzione: di donna musulmana da parte di un *ḏimmī* I, 107 (84).

Selvaggina: v. caccia.

Semina: nel terreno altrui I, 421 sg. (334 sg.); proprietà del seme o del raccolto verde trasportato nel fondo altrui I, 421 sg. (334); — col seme altrui nel proprio terreno I, 422 (335); società di semina II, 303–309; terreno seminativo in una piantagione II, 314 sg.

Sensale: salario del — e sua partecipazione al guadagno II, 256 sg.; — e la custodia delle cose affidategli II, 263 sg.; considerato fiduciario II, 623.

Sentenza: e la prova testimoniale di essa II, 610; v. inoltre *qāḍī*.

Sequestro giudiziario: forma di deposito II, 372.

Servigi: v. sotto locazione-conduzione: locazione d'opere.

Servitù: turbativa del possesso I, 334 (265 sg.); in tempo preislamico I, 353 (281); per le acque I, 382 sg. (303 sg.), 386 (306); per il pascolo I, 383 sg. (304); per il passo I, 384 sg. (305), 386 (306); sua locazione II, 234; per le piante I, 385 (305); atti di buon vicinato I, 386 (306 sg.); dottrina imperfetta delle — I, 452 sg. (359); — è un diritto reale I, 453 (359); non possono essere imposte dall'usufruttuario I, 457 (363); servitù personale: v. usufrutto, uso, abitazione.

— prediali: I, 460–465 (365–369).

Sesso: quale limitazione della capacità giuridica I, 122–126 (96–99); v. inoltre donna, ermafrodito.

Siccità: considerata sinistro II, 131; e la locazione II, 250, 251.

Sicurtà: (*amān*) conferita da ogni musulmano I, 91 sg. (71) o solo dal maggiorenne sano di mente I, 91 (71) n. 47; conferita al forestiero I, 100 (78) n. 86; I, 111 (87); e l'infedele che ingiuria e deruba I, 109(85); v. inoltre assicurazione.

Šiffah = *aquae haustus*: I, 460 (365).

Ṣīġah = forma, espressione della volontà *passim*: v. consenso, volontà.

Šiġār = compensazione, cioè il patto per cui taluno sposa la figlia o congiunta di un altro, concedendogli a sua volta la mano della propria figlia o altra congiunta, senza che nè da una parte nè dall'altra sia assegnato dono nuziale: I, 216 sg. (171), 225 (178).

Siǵill = atto autentico contenente la sentenza del *qāḍī*: II, 636.

Ṣiḥḥah = validità: II, 17, 27, 618; = efficacia: II, 402, 405.

Ṣihr = vincolo creato dal matrimonio fra un coniuge ed i parenti dell'altro coniuge, affinità: I, 243 (192).

Sil'ah = merce, *merx*, cosa venale, cose mobili in quanto oggetto di vendita: I, 145 (114); II, 115 n. 9; II, 154.

Ṣilat ar-raḥim = doveri verso la famiglia: I, 196 (154).

Silenzio: — del proprietario causa di prescrizione acquisitiva I, 342 (271), 342 (272); dei condomini di fronte alle migliorie fatte da uno di essi I, 391 (310); — dell'avente diritto al retratto I, 400 (317); può valere mandato II, 116, 339; vale confessione d'un diritto ? II, 224; non vale autorizzazione a commerciare per lo schiavo II, 353 n. 60; v. anche presunzione, assenso e sotto volontà: espressione della v.

Silsilah = catena (dei testimoni mediante i quali si è trasmesso un *ḥadīṯ*: I, 37 (29), 52 (41).

Sinagoga: legato per una — II, 537; v. inoltre chiesa.

Sinistro: v. perimento, deteriorazione, forza maggiore.

Sīnsū = (in Spagna) enfiteusi: I, 440 (349).

Šiqṣ = parte o quota ideale in una comproprietà, *res plurium communis pro partibus indivisis*, quota indivisa: I, 316 (251), 387 (307).

Sīrah = tradizione che si riferisce ai Compagni del Profeta: I, 36 (28) n. 19.

Širb = *servitus pecoris ad aquam appellendi*: I, 460 (365).

Širkah = società, *societas*, tanto la comunione o indivisione, quanto la società contrattuale: I, 387 (307); II, 286, 318 e n. 103.

— *a'ammiyyah* = comunione generica: II, 286.

— *aḫaṣṣiyyah* = comunione speciale: II, 286.

— *fī 'z-zar'*: v. *muzāra'ah*.

Širkat al-abdān = società cooperativa di lavoro o d'industria: II, 289, 301.

— *al-'amal* = società cooperativa di lavoro e d'industria: II, 289.

— *al-amwāl* = società di capitali: II, 301.

— *al-'aqd* = comunione contrattuale: II, 287.

— *aḍ-ḍimam* = società di credito o società di obbligazioni: II, 291.

— *al-ġabr* = società coattiva: II, 288.

— *al-'inān* o semplicemente *'inān* = società ristretta, in cui nessun socio può agire senza il consenso degli altri: II, 294, 299, 300.

— *al-māl* = comunione o indivisione in generale: II, 286; = società di beni, in cui i soci mettono in comune dei valori patrimoniali: II, 289, 291.

— *al-māl wa 'l-'amal* = società patrimoniale e società d'industria a un tempo, società mista di capitale e di lavoro: II, 289, 302.

— *al-milk* = condominio, comproprietà o comunione: I, 316 (251), 387 (307).

— *at-tiġārah* = società di commercio: II, 287.

— *al-waġh* = società in cui si conferisce il solo credito: II, 291.

— *mufāwaḍah* = società fiduciaria o con mandato generale (in cui i soci si danno reciprocamente mandato di amministrare): II, 294, 295, 299.

— *tafwīḍ* = società fiduciaria o con mandato generale (in cui i soci si danno reciprocamente mandato di amministrare): II, 294.

Siyāsah 'āmmah = politica, governo: II, 561.

Smarrimento: della cosa affidata al locatore di lavoro II, 263; della cosa trasportata II, 278; del pegno II, 477; perdita di cosa individuata II, 487; v. inoltre oggetti smarriti.

Società: teoria sociologica dei giuristi II, 551 sg.;

II, 286–300: definizione II, 286 sg., 292; elementi essenziali della — II, 287–293; caso di — coattiva II, 288 sg.; tipi di società II, 289; quota sociale II, 290–293; effetti del contratto di società II, 293–300; amministrazione della — II, 295; diritti e doveri dei soci II, 295–298; ripartizione dei guadagni e delle perdite II, 298 sg.; fine della — II, 300; il socio è un fiduciario II, 623 (v. contratti fiduciari); il socio non può testimoniare pel socio II, 599;

— tra capitale e lavoro = accomenda II, 322–334 (v. inoltre accomenda).

Società agricola (*muzāra'ah*): sue varie forme II, 303–323: società di semina II, 303–309 (v. *muzāra'ah*); contratto d'irrigazione II, 309–317 (v. *musāqāh*); contratto di piantagione II, 317–323 (v. *muġārasah*).

— cooperativa di lavoro: II, 301–303; mista di lavoro e di capitale II, 303.

— di commercio: solidarietà nella — II, 147.

— in partecipazione: II, 156.

Solidarietà: per convenzione II, 7; per legge II, 7 sg.; — tra i creditori II, 8, tra debitori II, 9; — dei creditori e la transazione su un credito non comune II, 216; dei soci in una società cooperativa di lavoro II, 302; — degli autori di un danno II, 461; — dei mandatari II, 342; del debitore e del fidejussore II, 488 sg. e n. 105; nella garentia II, 487; di più fidejussori II, 490, 491; v. anche responsabilità.

Sordità: v. infermità.

Sorella: v. sotto successione: eredi legittimari.

Sostanza della cosa: distinzione fra sostanza e utilità I, Intr. VIII (VI), I, 435 (345) e la proprietà degli accrescimenti I, 374 (297), 414 (329); e il godimento nella proprietà collettiva ecc. I, 401 (319), 403 (320), 404 (321); — e l'enfiteusi I, 444 (352); e la servitù I, 453 (359); e l'usufrutto I, 457 sg. (363); e l'uso I, 459 (364); e il furto d'uso II, 97, 459; nella vendita II, 232; e il *waqf* II, 413; e il pegno II, 467,

Sottosuolo: proprietà del — I, 371 (294 sg.); nelle terre di conquista I, 371 (295); distinto dalla superficie I, 375 sg. (298); v. anche miniera, tesoro.

Sottrazione: della cosa al locatore di lavoro: II, 263; v. inoltre furto.

Sovrano: v. Principe.

Species: v. cosa determinata.

Specificazione: v. trasformazione.

Speculazione: v. accaparramento.

Sperpero: dei beni vietato I, 14 (11), 379 (301); v. inoltre prodigalità e prodigo.

Spese: per la cosa rivendicata I, 432 sg. (343); a carico dell'usufruttuario I, 457 (363); e dell'usuario I, 459 (364 sg.); per la cosa da restituirsi per ripetizione d'indebito II, 69; per la cosa venduta con patto di riscatto II, 161; — personali del socio II, 298; sostenute dal gerente di un accomenda II, 330 sg.; nel comodato II, 378, 383; fatte dall'usurpatore II, 457; per il pegno II, 475 n. 48; II, 476, 478 sg. e n. 58 e n. 59; — funerarie II, 526; per la divisione d'una eredità II, 529; per la percezione dei frutti: v. frutti.

Spoglie: del nemico ucciso I, 93 (73), 407 (323).

Stalla: turbativa del possesso pel vicino I, 336 (267).

Statu libero: v. sotto schiavitù: schiavo *mukātab*, schiavo *mudabbar*.

Stoffa: sua tessitura promettendone parte come salario II, 260; v. inoltre artigiano.

Storpio: v. infermità.

Strada: maestra, postale I, 324 (258), 404 (320).

Strumenti di musica: v. musica e canto.

Subaffitto: della cavalcatura II, 281, 284; della casa v. sotto locazione - conduzione.

Šubhah = buona fede: I, 338 (268), **343** sg. (**273**).

Ṣubrah: v. *bay' aṣ-ṣubrah*.

Successione: e i versetti abrogati del Corano I, 62 (48), 62 (49), 64 (50); e la diversità di religione I, 101 (79), 116 (91), 236 (186); — del *ḏimmī* I, 101 (79), 105 (82), 111 (86 sg.), 236 (186); II, 522; — del *ḥarbī* II, 522; — e il convertito I, 116 (91); II, 522; e l'apostata I, 118 (92), 168 (132) n. 167; I, 169 sg. (133) e n. 173; II, 521 sg.; e lo schiavo I, 113 (89), 145 (114), 153 sg. (120 sg.), 154 sg. (121), 157 (124); e il nascituro I, 119 (93); e l'aborto I, 120 (94), 121 (95); e la donna I, 123 (96), 124 (97) (v. altresì donna); e l'ermafrodito I, 126 (99); e il debitore insolvente I, 138 (108); e il patrono I, 160 (125 sg.); II, 519; e lo scomparso I, 163 (128), 164 sg. (129), 166 (130 sg.), 167 (131); e la persona giuridica I, 172 sg. (135 sg.); e il fratello adottivo I, 196 (155); eredità giacente I, 173 (136); — nel caso di matrimonio nullo I, 224 (177), 236 (186); di matrimonio rescindibile I, 226 (179); dopo un ripudio I, 236 (186), 256 sg. (203) e n. 246; I, 264 (209), 273 (217), 279 (221) e n. 339 (338); la — e il figlio riconosciuto I, 241 (191); e il figlio spurio I, 242 (192); e il figlio disconosciuto I, 242 (192); e i parenti uterini I, 242 sg. (192); II, 522 sg.; e il trovatello I, 307 (244); e l'usurpatore I, 338 (269) n. 123; — in caso di acquisto ingiusto I, 344 (273) n. 146; in caso di prescrizione I, 347 (276) n. 162; in terra di conquista I, 369 (293); del concessionario d'una miniera I, 378 (300) e n. 309; acquisto e trasmissione della proprietà per effetto della — I, 427 (339), 428 (340); — e l'enfiteusi (e simili) I, 441 (350), 444 (352), 446 (354) e n. 604; I, 448 (355), 449 (356); e la superficie I, 451 (358); e l'usufrutto I, 456 (362); e la facoltà di riscatto nel *bay' aṯ-ṯunyā* II, 161 sg.; transazione di diritti ereditari II, 213 sg.; — e il riconoscimento di parentela II, 229 sg.; e le obbligazioni di una locazione II, 245 e n. 54; e il socio d'una società II, 297; — e il comodatario II, 384; donazione di eredità futura II, 400; *waqf* in favore d'uno o più eredi II, 417, 420; — e il ladro II, 454; e l'usurpatore II, 455; toccata a uno schiavo oppignorato II, 468; e il pegno II, 482; e la fidejussione II, 490;

II, **495–550**: la — nei tempi preislamici II, 495 sg.; nell'Islam II, 496 sgg.; di regola legittima II, 497; beneficiata *ipso jure* II, 498; divisione della materia II, 498 sg.; apertura della — II, 499 sg.; delazione dell'eredità II, 500; diritti e beni non trasmissibili II, 500 sg. e n. 23; persone chiamate a succedere II, 501 sg.; cause di incapacità a succedere II, 502–504; eredi legittimari (*farḍ*) II, 505–511; calcolo della quota II, 511 sg.; riduzione della quota II, 512–514; eredi *'āṣib* II, 514–519, 520 sg.; eredi legittimari e *'āṣib* al tempo stesso II, 514 sg.; caso dell'avo II, 517 sg.; — del patrono II, 519; — del *bayt al-māl* I, 519–524 (419–422); casi speciali nella divisione della eredità II, 507 sg., 508, 510, 513, 517 sg.; — di chi è senza eredi II, 521; successione dei parenti uterini secondo i Ḥanafiti II, 523 sg.; liquidazione della — II, 524–526; sua divisione II, 526–529; rescissione della divisione II, 529 sg.;

terzo disponibile II, 521, 524, 526, 531, **541–543**, 546; legato d'una quota ereditaria II, 548; termine per la produzione della prova ad un diritto di — II, 592; v. inoltre testamento, legato, morte, commorienza, assenza, ecc.

Šuf'ah = retratto I, 393 sgg. (312 sgg.) e *passim*; *per l'indice analitico* v. retratto.

Sufh = vizio o debolezza di mente, alterazione o deficienza delle facoltà mentali I, 132 (103), 201 (159); = incapacità a bene amministrare [nell'incapace]: II, 618.

— *fī 'l-'aql* = vizio o debolezza di mente che si manifesta con la estrema leggerezza o irriflessione: I, 132 (103) n. 58.

— *fī 'd-dīn* = vizio o debolezza di mente che si manifesta come irreligiosità o trascuranza dei doveri religiosi I, 132 (103) n. 58.

— *fī 'l-māl* = vizio o debolezza di mente che si manifesta sotto forma di prodigalità o sperpero di beni I, 132 (103).

Šuhūd, plur. di *šāhid* = attuari, tabellioni incaricati di prendere atto delle dichiarazioni delle parti e della sentenza del giudice: II, 566.

Suicidio: vietato I, 13 (10).

Suini: distrutti se presi col bottino di guerra I, 92 (72); sono un bene (*māl*)? I, 310 (246) n. 7; cosa fuori commercio I, 320 (254); pelle conciata, grasso dei suini I, 321 (256); v. anche cose illecite, cose impure.

Suknà = diritto d'uso ad un alloggio: I, 250 (198), 459 (364).

Sukr muḫtaliṭ = semi-ebrietà: I, 133 (104).

— *ṭāfiḥ* = ebrietà completa: I, 133 (104).

Sūkurtāh = assicurazione: II, 60 n. 247.

Sukūt = tacito assenso: I, 36 (29); v. inoltre *ṣulḥ 'alà sukūt*.

Ṣulḥ = via pacifica: I, 105 (82); = pace: I, 368 (292); = transazione: II, 209.

— *'alà inkār* = transazione dopo una denegazione del diritto che ne è oggetto: II, 210.

— *'alà iqrār* = transazione che avviene dopo una confessione o riconoscimento del diritto che ne è oggetto: II, 210.

— *'alà sukūt* = transazione, che avviene senza che la persona, da cui si pretende un debito o si allega un diritto, parli: II, 210.

Ṣulḥī = [*ḏimmī* che si è arreso] per trattato o capitolazione: I, 103 (80).

Ṣulḥiyyah: v. *arḍ ṣulḥiyyah*.

Sultān = autorità legittima: II, 356.

Sultanato: succeduto al Califfato I, 29 (23).

Sunnah = pratica, modo abituale di agire, consuetudine; (detto di Dio) modo abituale con cui Dio agisce; quanto usava fare il Profeta, consuetudine del Profeta; tradizione che si riferisce al Profeta: I, 36 [28] n. 19; = tradizione: I, 1 (1), 32 (25); 35 sgg. (27 sgg.), 36 (28) n. 19; I, **39** sg. (**31**) e *passim*; = la regola o l'assieme di regole fondate sull'esempio del Profeta (da non confondere con *ḥadīṯ*): I, 37 (29) n. 22; = consuetudine canonica: I, 222 (176); = tradizione canonica: I, 272 (216); = conforme alla Tradizione: II, 24;

= raccomandazione, legge in forma esortativa, cui è meritorio ubbidire, senza che la omissione sia punibile: I, 59 (46); = legge orale: I, 64 (50);

= uso, consuetudine (= *'urf*, *'ādah*): I, 48 (37 sg.); II, 84;

al plur. *Sunan* = raccolta o raccolte di *ḥadīṯ*: I, 38 (30);

nell' epoca preislamica I, 1 (1); consuetudine del Profeta I, 32 (25); fonte del diritto I, 35–40 (27–31); spiegazione o integrazione della Legge rivelata dal Corano I, 35 sg. (27 sg.), 40 (31); forma indiretta di rivelazione I, 36 (28); sue specie I, 36 sg. (28 sg.); trasmessa dal *ḥadīṯ* (v. anche questa voce) I, 37 (29); fonte uguale per autorità a quella del Corano I, 39 (31); può sostituire questo I, 40 (31); può abrogare il Corano I, 64 (50) e n. 122; la consuetudine (*sunnah*) può far legge I, 48–50 (37–39); II, 84; un precetto *sunnah*, cioè in forma esortativa non è obbligatorio I, 59 (46); è — recitare una pia allocuzione prima del contratto nuziale I, 222 (176); è ignoto ad essa il *ḫul'* I, 272 (216); — e il *ḫiyār al-maǵlis* II, 24.

Sunnat al-fi'l = regole tratte dalla pratica o modo di agire del Profeta: I, 37 (29), 63 (49).

— *al-qawl* = regole tratte dalle parole del Profeta: I, 37 (29).

— *at-taqrīr* = regole fondate sul tacito assenso del Profeta: I, 37 (29), 63 (49).

— *Allāh fī ḫalqihi* = legge di natura: II, 11.

Sunnī = canonico, conforme a quanto esige la tradizione canonica: I, 255 (202).

Suolo: considerato cosa principale I, 316 (252).

— pubblico: occupazione del — I, 337 (268).

Superficie: I, **449–452** (**357–359**); e il diritto di retratto I, 394 (313); oggetto di *waqf* II, 424.

Suppellettile: donazione della — da parte di un coniuge II, 409.

Suqūt bi-murūr az-zamān = prescrizione estintiva: II, 110.

Ta'addī = abuso di potere: I, 210 (166); = eccesso o abuso del diritto: I, **381** (**302** sg.); = fatto illecito: II, 74; = colpa *in faciendo, in committendo* (nella colpa contrattuale): II, 74 sg., 264; = usurpazione del diritto altrui, prevaricazione: II, 95 e n. 367; II, 459; = usurpazione semplice di godimento o furto d'uso (*furtum usus*): II, 97, 244, 283, 365, 452, 459 (v. usurpazione di godimento); = trasgressione: II, 380; = danneggiamento o danno fatto allo scopo di nuocere: I, 334 (266); II, 452; v. inoltre abuso.

Ṭā'ah: v. *man ištaddat* ecc. e *lā ṭā'ah* ecc.

Ṭa'ām = derrate alimentari: II, 62 sg., 99, 129, 170 e *passim*.

Ta'ammud = dolo, premeditazione, intenzione maliziosa: II, 70; = inosservanza volontaria e cosciente: II, 73.

Ta'ārud = antinomia (fra due testi coranici o due tradizioni): I, 62 (49).

Ta'ayyana = farsi luogo: II, 49 n. 202.

Tabarru': v. *'aqd tabarru'*.

Tābi', plur. *tābi'ūna*, o *tābi'ī* = seguace del Profeta, ossia colui che si è trovato con un Compagno (v. *ṣāḥib*), fosse anche per un momento; appartenente alla generazione vissuta dopo i Compagni di Maometto: I, 44 (34), 53 (41); II, 571, 597;

= accessorio: accidente inerente o aderente a una sostanza: I, 316 (252).

Ṭābi' = anello, sigillo: II, 574.

Ṭa'bīd = uso perpetuo: I, 317 (252) n. 31.

Ṭabata 'indī = per me consta, è stato da me accertato (formula che dà inizio alla sentenza del *qāḍī*): II, 636.

Ṭābit = certo, cioè determinato in una certa somma o valore o fino ad un certo massimo: II, 486 n. 88.

Tābi'ū at-tābi'īn = seguaci dei seguaci, cioè coloro che hanno conosciuto i seguaci (v. *tābi'*): I, 44 (34).

Taḍādd = antinomia (fra due testi coranici o due tradizioni): I, 62 (49).

Tadbīr = emancipazione di schiavo *post mortem*: I, 148 (116), **155** sg. (**121** sg.), 235 (186); v. *per l'indice analitico* emancipazione di schiavo *post mortem* e sotto schiavitù: schiavo *mudabbar*.

Ta'dīb = pena discrezionale (inflitta dal *qāḍī* al convenuto): II, 575, 588.

Tadlīs = reticenza dolosa: II, 43 n. 175.

Taḍyī' = disperdere per trascuranza e negligenza, colpa *in omittendo*: II, 74.

Tafaqquh: v. *li-t-tafaqquh*.

Taflīs = dichiarazione d'insolvenza propriamente detta: I, 136 (106).

Tafriqah = separazione [dei coniugi]: I, 278 (221).

Tafrīṭ = colpa *in omittendo* (in opposizione a *ta'addī* = colpa *in committendo*): I, 300 (238); II, 74, 264.

Tafwīḍ = pieni poteri: I, 100 (78) n. 89.

Taġābun = *se invicem circumvenire*, libertà dei contraenti di cercare ciascuno il suo maggior profitto: II, 124.

Taḥammul aš-šahādah = assumere la testimonianza, prestarsi a constatare un fatto: II, 604.

Taḥārug = divisione di una comunione fatta attribuendo ad un interessato un credito, ad un altro un oggetto ereditario: II, 214 n. 320; = cessione da parte di un erede ad un altro erede della propria quota, in tutto o in parte, mediante altre cose o valori della stessa successione: II, 528.

Taḥbīs = costituzione di un *waqf*: II, 428.

Taḥkīm = compromesso, lett. convenzione colla quale le parti costituiscono un arbitro (*ḥakam*) per dirimere la loro controversia: II, 27, 220, 552.

Taḥlīl = matrimonio con un nuovo marito che rende lecita alla donna la rinnovazione del vincolo matrimoniale col primo marito, il quale l'ha ripudiata con triplice ripudio: I, 267 (212) n. 286.

Taḥrīm al-muṣāharah = impedimento per affinità: I, 204 (161).

— *an-nasab* = impedimento derivante dal vincolo di sangue: I, 204 (161).

Taḥwīz = trasmissione del possesso: I, 332 (264); = consegna o immissione nel possesso (da parte del debitore): II, 473.

Taḫyīr = facoltà data alla moglie di dar ripudio a se stessa, quando a lei piacerà: I, 257 (204), 272 (216) n. 313.

Taklīf = capacità di diritti e doveri; obbligo preciso di compiere i doveri religiosi: I, 121 (95), 130 (101); = capacità giuridica: I, 18 (14); = precetto legale: II, 602; = capacità contrattuale: II, 17.

Ṭalab = richiesta: II, 555.

Talaf = perimento: II, 623.

Ṭalāq = ripudio; formale ripudio: I, 192 (151), **253** sgg. (**201** sgg.), 278 (221), 296 (235); II, 20; v. anche *lā ṭalāqa* ecc.

— *mumallak* = il ripudio che la moglie può dare a se stessa, il marito avendogliene data facoltà per certi limitati casi: I, 257 (204), 272 (216).

— *ṯulāṯī* = ripudio triplice: I, 265 sg. (211).

Talfīq = lett. cucire insieme, cioè modo di combinare le testimonianze, conciliazione delle prove testimoniali: I, 262 (207); II, 612.

Talgi'ah = simulazione: II, 40.

Ṭālib = colui che richiede, *petitor*, colui cui spetta l'azione, creditore: II, 5.

Ta'lif al-qulūb: v. *li-ta'līf al-qulūb*.

Ta'līġ = compra-vendita simulata (che si ha quando il compratore non può e non vuole figurare e agisce mediante interposta persona): II, 224.

Talione: v. delitto.

at-Ta'līq bi-šarṭ kā'in tanǧīz = apporre [come condizione ad una obbligazione] una condizione già avverata è renderla definitiva: II, 29 n. 111.

Tamalluk = occupazione: I, 406 (323); *tamallukan* = a scopo di acquisto della proprietà: II, 113.

Ṯaman = prezzo: II, 121; = capitale [del *salam*]: II, 170, 174.

Ta'mīr = dichiarazione di morte: I, 165 (130).

Tamkīn = mettere in potere (vocabolo usato invece di *taslīm* per la tradizione delle cose impure): I, 322 (256); = consegna effettiva: I, 427 (339).

Tamlīk = facoltà data alla moglie di dare ripudio a se stessa in certi limitati casi: I, 257 (204), 272 (216) e n. 313; II, 25; *tamlīkan* = a scopo di trasferimento della proprietà: II, 113.

Tāmm = perfetto: II, 126, 472.

Tamwīt = dichiarazione di morte: I, 165 (130).

Tamwīz ḥaqq = dichiarativo di proprietà: II, 528.

Tamyīz = discernimento, ragione: I, 133 (104); II, 17, 37.

at-Tanāzu' bi-'l-aydī = il giudizio che ha per fine di accertare quale dei due avversari sia effettivamente in possesso: I, 328 (261) n. 76; II, 583.

Tanfīḏah = (nel Marocco moderno) concessione di terreno da parte del Sovrano; decreto sovrano per cui viene fatta la concessione: I, 187 (147) n. 234.

Tanfīl = dono aggiunto per qualche servizio speciale alla quota del bottino di guerra spettante ad un guerriero: I, 94 (73).

Taqaddum = avviso preventivo e raccomandazione di evitare un danno previsto e di prevenirlo prima che avvenga: II, 83.

Taqādum = *lapsus temporis*, il passare del tempo: I, 341 (271).

Taqarrara = essere acquistato (diritto): II, 110 n. 423; = stabilirsi: II, 471.

Taqlīd = l'atto di farsi seguace di . . . (sottoponendo un determinato negozio giuridico ad una scuola diversa da quella dei subietti): I, 78 (61).

Taqlīm = innesto: II, 318.

Taqrīr = tacito assenso, implicita approvazione: I, 36 (29), 37 (29) n. 22; = conferma: I, 114 (89).

Taqṣīr = deficienza, insufficienza, venir meno; colpa *in omittendo*: II, 74.

Tarāḍī = consenso reciproco: II, 16, 125.

Targīḥ = dare la prevalenza, prevalenza: I, 62 (48).

Targīḥ wa ta'dīl = ricusazione e abilitazione (dei testimoni): I, 57 (42).

Tarikah = eredità: II, 500, 511, 526; = eredità giacente: I, 173 (136).

Ṭarīq = servitù di passaggio: I, 460 (365).

Taršīd = emancipazione, emancipazione formale, definitiva (di incapace): I, 129 (101), 200 (166), 300 (238).

Taṣarruf = capacità di disposizione, facoltà di disporre, capacità di agire: I, 122 (95) e n. 16; I, 128 (100), 133 (104) n. 62; I, 311 (247), 330 (262), 343 (273), 369 (293), 451 (358); II, 374; = atti di disposizione: II, 110; v. anche *kamāl at-taṣarruf*.

— *fi'lī* = atto (o fatto) concreto o effettivo (come fonte di obbligazione): II, 13.

— *qawlī* = atto (o fatto) verbale (come fonte di obbligazione): II, 11.

Tasgīl = redigere l'atto contenente la sentenza del *qāḍī*: II, 636.

Taṣḥīḥ = calcolo di verificazione e ripartizione [nella divisione della eredità]: II, 512.

Ta'ṣīb = agnatizzazione, assunzione della qualità di agnato (*'āṣib*): II, 516.

Taslīm = tradizione; consegna effettiva: I, 322 (256), 332 (264), 427 (339); II, 432.

Ṭasq = *ḫarāg*, tributo o censo: I, 365 (289).

Taṣriyah = dolo reale che consiste nell'astenersi dal mungere l'animale per parecchi giorni prima della vendita per far sì che sembri avere la bestia grande abbondanza di latte: II, 43.

Tassa: v. imposte.

Taṣyīr = dazione in pagamento, *datio in solutum*: I, Intr., VIII (VI); II, 86, 103, 207.

Tatimmah = perfezione [del contratto]: II, 472.

Ṯawāb = corrispettivo, rimunerazione: II, 410.

Tawātur = consenso unanime ed ininterrotto delle generazioni: I 52 (41); = forma di trasmissione della tradizione, che si ha quando la trasmettono gruppi diversi e numerosi di testimoni degni di fede, indipendenti gli uni dagli altri, residenti in luoghi diversi e tali che non si possa presumere tra loro un concerto per inventare o alterare le cose trasmesse: I, 55 (43) n. 87.

Tawfiyah = v. *mā fīhi ḥaqq tawfiyah*.

Ta'wīl = interpretazione (diversa da quella professata dalla opinione comune): I, 26 (20); = interpretazione in genere: I, 61 (48).

Tawlīǵ = compra-vendita simulata (che si ha quando il compratore non può o non vuole figurare e agisce mediante interposta persona): II, 40, 224.

Tawliyah = cessione per lo stesso prezzo, atto con cui il compratore trasferisce ad un altro che non sia il venditore stesso, e per lo stesso prezzo, la cosa da lui comprata: II, 65, 124, 155, 156; v. sotto compra-vendita: varietà della c.-v.

Tawqīf = costituzione di *waqf*: II, 428; = domanda scritta dell'attore: II, 585.

Ta'yīb = deteriorazione: II, 457.

Ṯayyib = deflorata: I, 210 (166), 211 (167).

Ta'zīr = pena discrezionale (inflitta dal *qāḍī*), pena rimessa al prudente arbitrio del *qāḍī*: II, 608, 634.

Tazkiyah = certificare la idoneità [di un testimone], dichiararlo puro, incensurabile; processo di abilitazione [dei testimoni]: I, 124 (97); II, 599, 600, 601; = purificazione, purificare: I, 175 (137).

Termine: di aspettativa per la moglie dello scomparso I, 163 sg. (128); normale della vita umana I, 165 (130); ripudio dato a — I, 260 sg. (206); *ẓihār* a termine I, 270 (214); concesso al coniuge per curarsi I, 281 sg. (223), 288 (228 sg.); — dell'enfiteusi I, 443 (352), 445 (353), 449 (356); — nel contratto di superficie I, 451 sg. (358); — nell'atto giuridico II, 36, 92 sg.; contratti che non consentono termine II, 36 sg.; pel *ḫiyār* in caso di lesione II, 47; consegna della cosa venduta prima della scadenza del — II, 93; nella vendita con patto di riscatto II, 160 sg.; — per l'esercizio della facoltà di risoluzione II, 163; — nella vendita alternativa con patto di risoluzione II, 167; — della consegna della prestazione e della controprestazione nel *salam* II, 172, 175 sg.; — in un riconoscimento di debito II, 226; per l'esecuzione del trasporto II, 277 e n. 167; — di una società II, 300; — del comodato II, 383 sg.; del mutuo II, 387, 392; — apposto a un *waqf* II, 430; al godimento del pegno II, 468, 469 n. 19; — della fidejussione II, 486, 488; proroga del — concessa al debitore e la fidejussione II, 394; fidejussione a — II, 492; risolutivo o sospensivo di un legato II, 540; per la produzione della prova ad un diritto di successione II, 592; di un credito II, 592; v. anche prescrizione.

Terra: di decima, di capitolazione, di conquista, terra concessa ecc.: v. regime fondiario; — di pioggia, seminativa ecc.: v. fondo.

— morta: v. bonifica, regime fondiario.

Terreno: invaso dalle acque II, 233; costruzione su un terreno legato II, 545, n. 154; v. altresì fondo.

Terzo disponibile: II, 542; e la costituzione d'un *waqf* II, 420, 422; v. altresì testamento, successione.

Tesoro: trovato per caso, equiparato al bottino di guerra I, 178 (140); prelevamento del quinto sul tesoro I, 182 (143); — non si considera frutto I, 318 (253); se in terra di capitolazione I, 368 (292); distinzione fra il — e il prodotto delle miniere non apparenti I, 374 sg. (297); cose rigettate dal mare conside-

rate — I, 410 (325); definizione del — I, 410 (325 sg.); la ricerca del — è in certi casi riprovata I, 410 (325) n. 464; a chi spetta ? I, 410–412 (326 sg.); immagini d'oro e d'argento dei pagani considerate — I, 411 (326) n. 469; non spetta all'usufruttuario I, 456 (362); scoperto nel fondo venduto II, 135.

Testamento: dell'impubere I, 127 (100); dell'alienato I, 132 (104), 305 (242); del prodigo I, 133 (104); dello schiavo *mukātab* I, 152 (120); dell'apostata I, 169 (133); — in tempo preislamico II, 496; in mancanza di eredi non possono chiamarsi estranei alla successione II, 498 n. 10; il trattato dei testamenti e legati non fa parte del diritto ereditario II, 499.

II, **530–549**: limitato al terzo disponibile II, 531, 540–543 e n. 140; elementi del — II, 532–540; il testatore II, 532 sg.; il legatario II, 533–536; oggetto II, 536–538; forma II, 538–540; revoca del — II, 544 sg.; acquisto del legato II, 545 sg.; esecuzione ed interpretazione delle disposizioni di ultima volontà II, 547–549; esecutore testamentario I, 295 (234); II, 549 sg.

Testimonianza: dovere religioso II, 603 sg.; indagine pubblica e privata sul testimone II, 600–602; requisiti di questo II, 594 sg., 600, 603, 606 sg.; ragioni di recusazione II, 594–599; testimone *mubarriz* II, 599 (v. *mubarriz*); — riferita II, 605; — non richiesta II, 604; falsa — I, 140 (110); II, 570, 608; retrattazione dei testimoni II, 607, 608; quale mezzo di prova II, 593, 594 sgg.; è di due specie II, 609 sg.; — aggiunta alla scrittura II, 614; impugnativa della — II, 607 sg.;

del *ḏimmī* I, 100 sg. (78 sg.); della donna I, 124 (97); dell'ermafrodito I, 126 (99); dell'infermo (cieco, sordo, muto) I, 131 sg. (103); dello schiavo I, 144 (113), 152 (120); del *fāsiq* I, 140 (109); dell'usurpatore del demanio pubblico I, 337 sg. (268);

testimoni per la denuncia di apostasia I, 168 (132), il contratto e la cerimonia nuziale I, 221 sg. (175 sg.) e n. 124; I, 225 (178), il ripudio I, 261 sg. (207), la revoca del ripudio I, 264 sg. (210), l'emancipazione della tutela I, 301 sg. (239), la resa dei conti del tutore I, 302 (240), 303 (241), il raccoglimento del trovatello I, 306 (243), la turbativa del possesso I, 337 (268), il riconoscimento di parentela II, 229 sg., la donazione II, 401, 403 sg., 404, 405, la presa di possesso della donazione II, 403, il deposito II, 263, 367, 623, il *waqf* II, 428 sg., 429 sg., la presa di possesso d'un *waqf* II, 432, il testamento II, 538, 539; per provare il possesso II, 584;

possesso vale talora prova testimoniale I, 340 sg. (270 sg.); numero dei testimoni necessario per la prova I, 341 (271) n. 135; testimone prodotto dall'attore e la malleveria di comparizione del convenuto II, 493.

Tīmār = (nell'Impero Ottomano) feudo militare di rendita inferiore ai trentamila aspri: I, 188 (148).

Tintore: v. artigiano.

Titolo di proprietà: è da consegnarsi con il fondo II, 134; consegnato al creditore per stabilire l'ipoteca II, 483.

Tomba: è sottratta al commercio I, 325 (258); non rende sacro un luogo I, 325 (258); è *waqf* I, 325 (259); venerazione delle — I, 325 (258) n. 65; è riprovevole farvi scavi e adoperarne le pietre I, 325 (259); legato per una — II, 537.

Topo: cosa fuori commercio I, 320 (254), 320 (255); — caduto nel grasso I, 321 (255 sg.).

Tradizione: requisiti della tradizione della cosa da parte del proprietario a chi gli succede I, 427 sg. (539); — della cosa venduta (immobile e mobile) II, 133–138, 154 sg.; spese per essa II, 135 n. 84; II, 155; impossibilità di — II, 137 sg.; nel comodato II, 376 n. 13; v. inoltre consegna.

— del Profeta ecc.: v. *sunnah* e *ḥadīṯ*.

Transazione: fatta dal tutore pel pupillo I, 297 (235); non ammette la risoluzione per mutuo consenso II, 199; contratto assimilato alla compra-vendita II, 209–220; elementi costitutivi della — II, 211–215; effetti della — II, 215–220; è irrevocabile II, 215; del mandatario *ad lites* II, 341; del fidejussore II, 395; per effetto di un arbitrato II, 553; atto scritto per una — II, 614 n. 330.

Trasformazione: della cosa e la perdita del possesso I, 350 (278); acquisto per — I, 415 (329 sg.); di cose mobili (= specificazione) I, 415 sg. (329 sg.); di immobili: v. bonifica; vietata all'usufruttuario I, 457 (362); v. inoltre *fawāt*.

Trasporto: affermazione del vetturale II, 262; responsabilità del vetturale II, 264; questi è un fiduciario II, 623; ha diritto alla mercede in caso di mancato viaggio ? II, 266, 268, 281 sg.; estinzione del contratto di locazione del vetturale II, 268;

contratto di vettura e trasporto II, 275–285; sua natura II, 275;

trasporto di cose II, 276–280; norme per evitare l'alea II, 276 sg., 280 sg.; consegna o non delle cose trasportate II, 278 sg.; pagamento del nolo II, 277, 279 sg., 281, 283, 284; perimento del mezzo di trasporto II, 277; — marittimo II, 276, 277 e n. 167; II, 278 sg.; — per via di terra II, 276, 277, 280 sg.;

— di persone II, 280–285; ritardata o mancata restituzione del mezzo di trasporto al termine pattuito II, 283 sg.; casi in cui la risoluzione del contratto è di diritto II, 284 sg.

Tribù: — araba I, 1 sg. (1); per la proprietà collettiva della —: v. proprietà e proprietà collettiva.

Tribunale: composto di un solo giudice II, 557 e n. 29; personale del — II, 566, 576.

Tributo: v. imposta personale, imposta fondiaria.

Trovatello: I, 306 sg. (243 sg.); mantenuto dal *bayt al-māl* I, 183 (144), 307 (244) e n. 443; paternità del — I, 306 (243); conteso I, 239 (189) n. 187.

Truppe: mantenute con le rendite di concessioni o di provincie I, 188 (148).

Tsenia: v. *ṯunyā*.

Ṭuhr = periodo di purità che si ha quando la donna non è mestruata o non è fresca di parto: I, 253 (200), 255 (202), 261 (207); plur. *aṭhār* = ritiro di 3 mesi o 3 periodi intermestruali, lutto di 3 mesi: I, 250 (198).

Ṭūl al-ḥiyāzah = prescrizione acquisitiva, *diuturna possessio*: I, 341 (271).

Ṯunyā (ad Algeri e Tunisi), dialett. *tsenia* = pegno sotto forma di vendita con patto di riscatto: II, 159 sg. e n. 161; II, 483 n. 79; v. *bay' aṯ-ṯunyā*.

Turbativa del possesso: v. possesso.

Turǧumān = interprete: II, 566.

Tutela: d'un musulmano mai esercitata da un *ḏimmī* I, 100 (78); e atti personali del pupillo I, 127 (190), 296 (235); ratifica del tutore agli atti onerosi del pupillo I, 128 (100), 296 (235); tutore *walī* nel suo matrimonio ? I, 203 (160); persone escluse dall'ufficio della — I, 123 (96), 124 (97), 140 (110), 144 (113), 152 (120), 294 (233); schiavo tutore I, 144 (113), 152 (120); — nell'Arabia preislamica I, 194 (153), 289 (229); — e il matrimonio del pupillo I, 209 (165); e un *ḫul'* I, 273 (217); e la custodia I, 290 sg. (230);

I, **293-303 (232-241)**: nomina del tutore I, 294 (233); — dovere religioso e morale I, 295 (234); — e l'ufficio di esecutore testamentario I, 295 (234); comprende la persona e i beni del pupillo I, 295 (234); per i Ḥanafiti (e la Legge anglo-indiana) le due tutele sono distinte I, 295 (234) e n. 397 (396); sorveglianza del *qāḍī* I, 294 (233), 297 (236), 299 (237); *qāḍī* tutore I,294 (233); sostituzione del tutore testamentario I, 294 (233); II, 341 n. 23, del tutore dativo II, 341 n. 23; cauzione del tutore I, 299 (237); coadiutore del tutore I, 294 (233), 299 (237); requisiti del tutore I, 296 sg. (234); rifiuto della — I, 295 (234); limitazione all'amministrazione tutoria I, 297 sg. (235 sg.); frutti del capitale pupillare messo in commercio dal tutore I, 297 (235 sg.); impugnativa degli atti del tutore I, 298 (236), 298 (237); — esercitata da due o più tutori I, 298 sg. (237), 299 (238), 303 (241); fine della — I, 299-301 (237-239) e n. 417 (416); remozione dalla — I, 299 (237); morte del tutore I, 294 (233), 299 (237 sg.);

emancipazione del pupillo: I, 300 sg. (238 sg.);

conto della gestione I, 302 sg. (239 sg.); compenso al tutore I, 302 (240); II, 347 n. 43; mancata diligenza e colpa del tutore I, 303 (240); II, 75; doveri del tutore, cessata la — I, 302 (239), 303 (241); restituzione del patrimonio pupillare I, 303 (241); tutore chiamato in giudizio dal pupillo II, 581; e il mandato *ad litem* II, 577; regole comuni con la curatela I, 304 sg. (242); prescrizione per l'azione nascente dalla tutela II, 111; compra-vendita dei beni pupillari II, 113 sg.; la — e la transazione II, 211; e l'*iqrār* II, 221; e la locazione-conduzione II, 233; e il contratto di irrigazione II, 312; il tutore testamentario è equiparato al mandatario generale, quello dativo al mandatario speciale II, 341 n. 23; — e il comodato II, 374; — e il mutuo II, 385; e il pegno II, 466; e la fidejussione del pupillo II, 484; il tutore non può essere testimone pel pupillo II, 599; giuramento del tutore pel pupillo II, 628; v. inoltre impubere.

— degli adulti incapaci: v. curatela.

— del padre: v. patria potestà.

Ubbriachezza: punibile anche se in terra estera I, 97 (76); del *ḏimmī* I, 106 (83); ostacolo all'esercizio della capacità giuridica I, 133 sg. (104 sg.); — e gli atti formali quali il ripudio, e l'emancipazione di schiavo I, 134 (105), 150 (118), 258 (204 sg.); non è un'escusante nè un'attenuante del delitto I, 134 (105), dell'apostasia I, 167 (131); — e il riconoscimento di paternità I, 240 (190); nell'autore del danno II, 72; distinzione fra ubbriachezza completa e semi ubbriachezza, II, 72 n. 282; — e la capacità di testare II, 533.

Uccisione: in guerra del nemico combattente, non delle donne, vecchi ecc. I, 91 (71), 93 (72); v. inoltre omicidio.

'Udūl, plur. di *'adl* = attuari, tabellioni incaricati di prendere atto delle parti e della sentenza del giudice: II, 566; notai: II, 585; v. inoltre *'adl*.

Uǵrat al-miṯl = prezzo di locazione calcolato sulla base di quanto viene praticato nel luogo per mobili o immobili: I, 422 (335); II, 457.

Uguaglianza: di condizione sociale: v. equivalenza; dei Musulmani innanzi alla Legge II, 556; dei Musulmani e degli Infedeli innanzi al *qāḍī* II, 556, non però secondo gli Sciafiiti II, 556, n. 25.

'Uhdat as-sanah = garentia annuale (dello schiavo): II, 145.

— *aṯ-ṯalāṯ* = garentia delle tre [notti] (nella vendita di schiavo): II, 141, n. 101; II, 145.

— *aṯ-ṯalāṯah* = garentia dei tre [giorni] (nella vendita di schiavo): II, 141, n. 101.

'Umariyyatāni = due speciali casi nella divisione della eredità: II, 509.

Umm walad = schiava incinta per fatto del padrone o che ha avuto da lui un figlio, schiava madre: I, 137 (107), 156 sg. (123), 252 (200); II, 79 n. 309;

per l'indice analitico v. sotto schiavitù: schiava madre.

Ummah = (ai tempi preislamici) tribù fondata sul vincolo gentilizio: I, 2 (3); (nei tempi islamici) popolo, comunione (di Maometto), comunità musulmana: II, 53; pel suo significato nel *ḥadīṯ* « La mia *ummah* non consentirà mai in un errore »: I, 42 (33).

'Ummāl Allāh = i pubblici funzionari (cf. *'āmil*): I, 4 (3) n. 23.

Ummat Muḥammad = popolo, comunione di Maometto: I, 2 (2).

'Umrà = donazione della utilità, del godimento; costituzione di usufrutto di una cosa mobile od immobile sia per un certo tempo, sia per la vita del beneficato, sia per la vita del donante; donazione di usufrutto a vita: I, 354 (281), 454 (360 sg.), 455 (361) n. 648; I, 464 (368).

'Umrān = centro coltivato e abitato: I, 419 (332).

'Urbān o *Urbūn* o *'urbūn* = caparra: II, 57 e n. 237.

'Urf = uso, consuetudine: I, 48 sgg. (37 sgg.) e *passim*; = legge naturale: I, 240 (190).

fonte sussidiaria di diritto I, 48–50 (37–39) e *passim*; II, 617; per molti Ḥanafiti varietà dell'*iǵmā'* I, 48 (37); distinto in *'urf 'āmm* e *'urf ḫāṣṣ* I, 48 (38); importanza dell'— I, 50 (39); suoi requisiti perchè abbia efficacia I, 50 (39); e l'applicazione dell'*istiḥsān* I, 73 (57); — e le corporazioni di mestieri I, 171 (134); — e l'enfiteusi I, 444 (353); e la superficie I, 450 (357); in mancanza di convenzione ha l'efficacia d'una stipulazione II, 84; e il termine per l'adempimento della obbligazione II, 92; e la colonia parziaria II, 308; e il mandato II, 339 sg.; v. altresì consuetudine.

— *'āmm* = consuetudine generale, fondata cioè sopra un interesse generale e permanente e vigente, finchè duri quella causa: I, 48 (38).

— *ḫāṣṣ*: consuetudine particolare ad un dato luogo, che vale solo nel luogo e nel tempo in cui vige: I, 48 (38).

ʿUrubbān = *ʿurbān* caparra: II, 57, n. 237.

ʿUrūḍ = cose mobili: II, 475; v. altre citazioni sotto *ʿarḍ*.

Uso: e il possesso I, 330 (263); non si costituisce a titolo oneroso I, 453 (360); ristretto al godimento personale I, 458 sg. (364); diritto dell'usuario I, 459 (364); rinuncia ad esso per un corrispettivo I, 459 (364); estinzione dell'— I, 464 (368); non può comodarsi II, 374; — del pegno II, 468 sg., 475 e n. 48; II, 477; da parte del debitore II, 474 n. 43; concesso al debitore II, 482; i diritti d'— non sono compresi nella eredità II, 501 n. 23; oggetto di legato II, 537, 548;

= consuetudine: v. *ʿurf*.

ʿUšr = decima: I, 177 (139), 178 sg. (140), 179 (141), 362 (287) e n. 238; = canone di un decimo dei prodotti: I, 439 (348).

ʿUšriyyah: v. *arḍ ʿušriyyah*.

Usufrutto: e il possesso I, 330 (263); nell'Arabia preislamica I, 354 (281); non può costituirsi a titolo oneroso I, 453 (360); varie specie di — I, 454 sg. (360 sg.); la *ʿumrà* è usufrutto o donazione ? I, 454 (360 sg.); elementi dell'— I, 455 (361); può essere a termine I, 455 (361); oggetto dell'— I, 455 (361 sg.); diritti e doveri dell'usufruttuario I, 456 sg. (362 sg.); estinzione dell'— I, 464 sg. (368 sg.); i diritti d'— non si comprendono nella eredità II, 501 n. 23; oggetto di legato II, 537, 548.

Uṣūl e *uṣūl al-fiqh* = lett. basi del diritto, principî o fondamenti del diritto, cioè fonti del diritto, fonti canoniche: I, Intr., VII (V); I, 48 (37), 51 sgg. (40 sgg.), 75 (50); v. inoltre *fiqh* e per gli altri significati *aṣl*.

— *aš-šarʿ* = fonti canoniche del diritto: I, 46 (36).

Uṣūlī = studioso degli *uṣūl* (v. questa voce e *fiqh*): I, 52 (40), 75 (58).

Usura: v. *ribā*.

Usurpazione di godimento o furto d'uso (*taʿaddī*): sul demanio pubblico I, 337 (268); è tale la bonifica di terra morta senza autorizzazione I, 419 (332 sg.); fatto illecito II, 74, 452; la mora equiparata all'— II, 97; — della cosa locata II, 244; intervento di estraneo contro l'usurpatore II, 358; — del depositario II, 365, 370; comodatario in mora è un usurpatore II, 381; — del pegno II, 468, 475, 477;

fatto illecito II, 452, 459–461; per i Ḥanafiti e gli Sciafiiti non distinta dalla usurpazione violenta II, 455 n. 15 e II, 459 n. 33; v. anche abuso, dolo e sotto possesso: turbativa del possesso.

— violenta (*ġaṣb*): quale turbativa del possesso I, 334 (266); successione dell'usurpatore I, 338 (269) n. 123; semina nel fondo altrui I, 422 (335); nel fondo proprio con seme altrui I, 422 sg. (335); — della pianta altrui I, 423 sg. (336); costruzione sul fondo altrui o sul proprio con materiali altrui I, 424 (336 sg.); non si può transigere sulla pena per essa II, 212; locazione di cosa usurpata II, 233 n. 8; — di cosa locata II, 246; — di un fondo rustico II, 251; intervento di un estraneo contro un usurpatore II, 358; — del depositario II, 365; cosa usurpata data in comodato II, 374; comodatario in mora o che non restituisce la cosa è usurpatore II, 378, 381; *waqf* di cosa usurpata II, 424;

fatto illecito II, 452, 455–458; secondo gli Sciafiiti e i Ḥanafiti non distinta dall'usurpazione di godimento II, 455 n. 15; II, 459 n. 33; — del pegno II, 481; perimento dell'oggetto rapinato II, 623; v. anche d o l o .

U t i l i t à = interesse fondamento dell'azione II, 555; suoi requisiti per l'azione II, 555 sg.;

(*manfa'ah*): v. g o d i m e n t o , d i r i t t o s u l l e u t i l i t à d e l l a c o s a .

(*maṣlahah*): regola del giureconsulto I, 71 (55 sg.); v. anche *i s t i ṣ l ā ḥ* e *i s t i ḥ s ā n* .

— g e n e r a l e : ei diritti di Dio I, 12 (9); intervento del Califfo per — I, 25 (19); prevalenza della — sulla privata I, 71 (55).

— p u b b l i c a : espropriazione per — I, 357 (283 sg.).

V a l i d i t à : condizioni perchè il contratto sia valido II, 17; v. altresì e f f i c a c i a .

V e d o v a : prima dell'Islām annoverata fra i beni I, 123 (96), 194 (153); tenuta a un periodo di osservazione I, 194 (153); incinta I, 194 (153); matrimonio con la — del padre defunto I, 194 (153) n. 21; *'iddah* della — I, 249–251 (197–199); v. altresì *' i d d a h* ; suo lutto I, 250 (198); suo alloggio I, 250 (198); suo mantenimento I, 245 (194), 250 (198); suoi diritti successori II, 506, 507; suoi interessi difesi dal *qāḍī* II, 557.

V e d o v o : v. sotto s u c c e s s i o n e : eredi legittimari.

V e n d i t a : v. c o m p r a – v e n d i t a .

V e r m e : considerato immondo I, 320 (255), eccez. per il baco da seta e la sanguisuga I, 69 (54), 321 (256).

V e s s a z i o n i : v. m a l t r a t t a m e n t o .

V e t t u r a l e : v. t r a s p o r t o .

V i a g g i a t o r e : sovvenuto coi proventi delle terre di Fadak I, 95 (74); coi proventi della *zakāh* e del quinto del bottino I, 182 (143); suoi diritti di priorità in tribunale II, 575; rappresentato, se assente, in un processo II, 575.

V i c i n o : suoi diritti nei centri urbani dell'Arabia preislamica I, 354 (281), 385 (306); agevolezze concesse al — I, 386 (306); legato fatto ai vicini II, 548; v. anche s e r v i t ù e sotto p o s s e s s o : turbativa del possesso ecc.

V i l l a g g i o : v. p r o p r i e t à c o l l e t t i v a .

V i n o : ragione della proibizione del — I, 67 sg. (52 sg.); è lecito berlo per salvare la propria o l'altrui vita I, 69 (54); distrutto se preso nel bottino di guerra I, 92 (72); non deve essere esposto in vendita da un *ḏimmī* I, 102 (79); il *ḏimmī* può possederlo I, 104 (81); ammesso per ragioni di cura o mancanza di altro liquido I, 134 (105); chi ha subito la pena pel suo uso è un *fāsiq* I, 140 (110); — bevuto dallo schiavo I, 144 (113); — e il prezzo della *mukātabah* I, 151 (119); — e altre sostanze inebrianti sono beni ? I, 310 (246); essendo impuro ne è vietato il possesso I, 321 (255); — convertito in aceto I, 321 (255); — come *mahr* II, 52; in pegno II, 466.

V i o l e n z a : — per impadronirsi di alimento o di acqua I, 68 (53), 383 (304) n. 332; — e l'apostasia I, 69 (54), 168 (132); e il matrimonio I, 209 (165);

e il riconoscimento di paternità I, 240 (190); e il ripudio I, 258 sg. (205) e n. 251; donna che ha subito — I, 276 (219), 277 (220) n. 335 (334); turbativa del possesso I, 334 (266); — legittima I, 357 (283 sg.); — traslativa di proprietà I, 428 (340); ragione di nullità o di rescindibilità per l'atto giuridico II, 48, 50; — e la transazione II, 217; v. anche usurpazione.

Vitalizio: aleatorio, quindi nullo; eccez. II, 58 sg.; vendita il cui prezzo è un — II, 122.

Vizio: nel *mahr* I, 219 (173); risoluzione del matrimonio per vizio redibitorio I, 280–282 (222–224), 288 (228); vizi considerati redibitori nei coniugi I, 281 (223); occultazione dolosa del — I, 282 (224); nel contratto di matrimonio II, 50 sg., di locazione ecc. II, 51, di cottimo II, 51, 275; nella cosa venduta II, 140–154; vizi redibitori II, 143–146, negli animali e schiavi II, 143 sg., 145, negli immobili II, 144; mancanza della condizione pattuita II, 144 sg.; doveri del venditore e del compratore riguardo ai vizi della cosa II, 145 sg.; effetto, cessazione, estinzione dell'azione redibitoria II, 146–152; vizio sopravvenuto dopo scoperto il vizio redibitorio II, 152 sg.; in cosa divenuta *fawāt* II, 153 sg.; vizio redibitorio nella cosa restituita per mutuo dissenso II, 198; — redibitorio nell'oggetto d'una vendita causa di delegazione II, 206 sg.; nella cosa locata II, 241, 269; conseguente perimento o deteriorazione di essa II, 243; — nella cosa comodata II, 379, 383; — nella cosa donata II, 407; garentia d'un fidejussore per il — redibitorio II, 486, 487; v. anche invalidità, garentia ecc.

— di mente: la pazzia e il contratto fra Califfo e popolo I, 26 (20); e la guerra santa I, 88 (69); pazzia, deficienza, prodigalità (per questa voce v. prodigo) I, 132 sg. (103 sg.); il pazzo non è imputabile di apostasia I, 168 (132); matrimonio del pazzo I, 201 (159), 210 (166); diritto di coazione del pazzo o della pazza al matrimonio I, 210 (165), 210 (166); mantenimento del figlio alienato I, 245 (194); ripudio dell'alienato I, 258 (204), suo *ḥul'* I, 273 (217); la pazzia causa di rimozione del tutore I, 299 (237); pazzia intermittente I, 305 (242); pazzia del mandante o del mandatario II, 350 e n. 51, del depositante o del depositario II, 371, del donante II, 399, 405 sg.; testamento dell'alienato II, 533; pazzia del debitore e la presa di possesso del pegno II, 473 e n. 40; fidejussione del pazzo e del deficiente II, 484; — nel testimone II, 595, 602.

Volontà = *niyyah*: negli atti del culto I, 92 (71 sg.); nel ripudio I, 258 sg. (204 sg.); — e il possesso I, 329 sg. (262 sg.), 332 (264), 343 (273), 351 (278 sg.), 412 sg. (327); e l'occupazione I, 407 (323), 409 (325); e la trasmissione di proprietà I, 427 (339); e la perdita della proprietà I, 433 (343); elemento della forma contrattuale (*ṣīġah*) II, 20, 22, 39 sg.; violenza della — II, 47 sg.; — nel danno II, 70, 71 sg.; — nella donazione II, 401, 409; — nell'omicidio II, 503.

dichiarazione di volontà: unilaterale II, 13–16, bilaterale II, 16–23; persone da cui deve essere emessa II, 17 sg.; viziata II, 42 (v. dolo, errore);

espressione della volontà: nella emancipazione di schiavo I, 149 sg. (117 sg.), 151 (119); nel matrimonio I, 191 (151) n. 4; I, 201 (158), 211–213 (167 sg.); nel ripudio I, 259–261 (205–207), 273 sg. (217); nei riguardi del possesso I, 343

(273); nella trasmissione della proprietà I, 428 (339); requisito dell'obbligazione, quale elemento della forma contrattuale II, 20 sg., 39 sg., 42; nella compra-vendita II, 113, 125; nel *salam* II, 174; nella delegazione II, 202; nella transazione II, 214; nel riconoscimento di debito II, 224-228; per costituire la società II, 288; nell'accomenda II, 326; nel mandato II, 339; nella donazione II, 401; nell'elemosina II, 412; nel *waqf* II, 419, 427-429; nella assunzione di debito altrui II, 493; nella malleveria di comparizione II, 493 sg.; nel legato II, 538-540, 544, 546: v. altresì c o n s e n s o , a c c e t t a z i o n e .

V o t o : obbligatorio II, 14; inefficace *ibid.*; conseguenze eccessive di un — mitigate dalla legge II, 15; *waqf* a nome altrui per un — II, 421; legato per un — II, 543.

W a ḍ' a l-y a d = possesso giuridico: I, 330 (262).

W ā ḍ i' a l-y a d = occupante, detentore, abitante di un paese di conquista: I, 369 (293) n. 269.

W a d ī' a h = deposito, oggetto del deposito: I, 253 (200) n. 233; II, 360; *per l'indice analitico* v. d e p o s i t o .

W a f ā' = pagamento (considerato rispetto al debitore che paga il dovuto), *solutio*: II, 102 sg. e n. 396.

W a ġ h = scopo, fine, causa: II, 22, 418, 426; = nome o credito commerciale: II, 291; v. inoltre *l i-w a ġ h* ecc.

— *a š-š i ġ ā r* = *šiġār* (v. questa voce) improprio, quando il dono nuziale è determinato in una somma eguale da ambo le parti: I, 216 (171).

W ā ġ i b = atto obbligatorio, dovere: I, 8 (7), 58 (45), 306 (243); II, 545.

W a ġ ī b a h = [locazione] fatta a data fissa, cioè per un periodo determinato: II, 237.

W ā h i b = donante: II, 398.

W a k ā l a h = mandato: II, 335; = mandato pubblico: I, 23 (18); v. inoltre *w i k ā l a h* .

— *' ā m m a h* = mandato generale: II, 340.

— *m u f a w w a ḍ a h* = mandato generale: II, 340.

— *m u q a y y a d a h* = mandato speciale: II, 339.

W a k ā l a t a l-ḫ i ṣ ā m = mandato *ad litem*: II, 340.

— *a t-t a w f ī ḍ* = mandato generale: II, 340.

— *i ḍ ṭ i r ā r* = mandato coattivo: II, 480.

a l- W a k ā l ā t a m ā n ā t = i mandati sono contratti di fiducia.

W a k ī l = gestore o rappresentante: I, 24 (18); = mandatario: II, 336; = mandatario legale: I, 296 (235); = mandatario *ad litem*, procuratore: II, 575.

W a k ī l a l-ḫ i ṣ ā m = mandatario *ad litem*, procuratore: II, 575.

— *a l-ġ u y y ā b* = funzionario rappresentante d'ufficio gli assenti non rappresentati ad una successione aperta: I, 180 (141) n. 208.

Wakīl maḫṣūṣ: mandatario speciale: II, 341.

Walā' = patronato: I, 12 (9), 184 (145); II, 30, 501, 519; = patronato e clientela I, 159 sg. (125 sg.).

Walad az-zinā' = figlio spurio: I, 242 (192).

al-Walad li-l-firāš = il figlio (nato durante il matrimonio) è del marito: I, 193 (152), 236 (187).

Walāyah = potere di disporre di se stesso: I, 13 (10); = giurisdizione, autorità (cioè ogni forma di autorità): I, 17 (13), 144 (113); = curatela: I, 133 (104); v. inoltre *wilāyah*.

Walī = patrono (detto di Allāh): I, 4 (3); = curatore matrimoniale: I, 202 sgg. (159 sgg.); (v. qui sotto *l'indice analitico*); = *waṣī*, tutore testamentario: I, 294 sgg. (232 sgg.); (v. testamento); = curatore: II, 410; = santo musulmano: II, 537.

curatore matrimoniale è di diritto il padre I, 125 (98), quindi i parenti più prossimi; loro ordine I, 202 (159 sg.) n. 55; per la schiava è il padrone I, 202; (160), per la liberta il patrono, se non ha agnati I, 160 (126), 202 (160); talvolta è il Principe e per lui il *qāḍī* I, 202 (160); II, 566, o il vicino I, 202 (160); la donna è a lui richiesta I, 199 (157); deve dichiararne i difetti salvo alcuni I, 200 (158); il — è un requisito pel contratto di matrimonio I, 200 (158), 203 (160), 221 (174), 221 (175), 225 (178); — in età preislamica I, 202 (159); suoi requisiti I, 203 (160); caso di — *fāsiq* I, 140 (110); non può essere —: l'infedele I, 100 (78), 225 (178) (eccez. *ibid.*), la donna I, 124 (97), lo schiavo I, 144 (113), lo schiavo *mukātab* I, 152 (120); il musulmano non può essere — di una infedele I, 225 (178); si può fungere da — e da sposo ? I, 203 (160), 203 (161) n. 61; se è in *iḥrām*, il matrimonio è rescindibile I, 225 (178); non può consentire al matrimonio durante il pellegrinaggio o il ritiro religioso I, 208 (164); formula da lui pronunciata per stipulare il contratto I, 211 (167) e n. 88; caso di due *walī* che han dato la stessa donna a due persone diverse I, 227 (180).

— *an-nikāḥ* = curatore matrimoniale: I, 160 (126), 202 (159).

Wālī, plur. *wulāḥ* = governatore, ossia capo politico: II, 565.

Walīd = *verna*, schiavo nato in casa: I, 143 (112) n. 91.

Waqf o *Ḥubus*:

= proprietà demaniale inalienabile, patrimonio indiviso e inalienabile dei Musulmani, *uti universi* I, 183 (144), 450 (357), 184 (144), 366 (290), 369 (292), 377 (299) n. 304, 403 (320) e n. 429;

= fondazione pia, pia causa I, 174 (136 sg.); II, 412 e *passim*.

nell'ordine dei libri di diritto I, Intr. VI (IV), IX (VII); I, 174 (137); posto da un Malichita sotto il regime ḥanafita I, 79 (61); a favore di un *ḏimmī* I, 101 (79); costituito da un *ḏimmī* I, 104 sg. (82); a favore d'un nascituro I, 119 (93) e n. 1; non può costituirsi dall'impubere I, 128 (100), dal malato di malattia grave I, 131 (102); — della maritata I, 132 (105); è persona giuridica I, 172 (135), 174 (136 sg.); il Principe amministratore del *bayt al-*

māl paragonato al rappresentante d'un — I, 184 sg. (145); concessione di un immobile appartenente al — da parte del Sultano (nel Marocco) I, 187 (147) n. 234; — e la divisione delle cose in consumabili o non I, 314 (250), 456 (361 sg.); e la distinzione fra principale e accessorio I, 317 (252); cose pubbliche e demanio considerati — I, 324 (258), 403 sg. (320) e n. 429; — di una moschea I, 324 (258) n. 62; ignorato tale e acquistato I, 338 (269); cose spettanti al — poste fuori commercio v. cosa fuori commercio; prescrizione acquisitiva pel — I, 343 (272) e n. 143; il cimitero è considerato — I, 325 (259); possiede per mezzo del suo amministratore o rappresentante I, 330 (262); consegna del — a un rappresentante provvisorio del beneficiario I, 331 sg. (264); il padre o il tutore e la presa di possesso del — I, 333 (265); — e la quota indivisa I, 392 (311); e il retratto I, 394 (313); frutti del fondo *waqf* I, 414 (329) n. 486; proprietà del — I, 435 (345); enfiteusi del — I, 440 (349), 443 sg. (352), 445 (353), 447 sg. (355); — di *ḫulū* I, 446 (354); edificio costruito dal locatario a tempo indeterminato di un — I, 450 (357) n. 623; — è una costituzione d'usufrutto I, 455 (361); canone del — II, 5; — di cosa altrui II, 19; contratto di beneficenza II, 14 sg.; — connesso a un fatto previsto II, 28 sg.; — e la nullità di parte dell'atto II, 52; — e la lesione di una transazione II, 218; — preso in locazione dall'amministratore II, 233; limitazione al periodo di locazione del — II, 238; locatore di un — che ne è anche beneficiario II, 245 n. 54; non è oggetto di *muġārasah* II, 318; l'amministratore del — e il comodato II, 374, e il mutuo II, 385; non può donarsi dal costituente II, 400; — di cose donate per revocarne la donazione II, 408 n. 102;

II, **412-451:** definizione del — II, 413; distinto da *ḥubus* II, 413 n. 115; origine e storia del — II, 414-419; — e le opinioni di Abū Ḥanīfah II, 417; — e le disposizioni successorie II, 416 e n. 136, 417, 422 sg.; e le violenze dei potenti II, 417 sg.; — e l'assistenza sociale II, 418 sg.; suoi elementi essenziali II, 419 sg.: il costituente II, 420 sg.; — eretto a nome di un altro II, 421; beneficiario di un — II, 422 sg.; oggetto del — II, 423-426; perpetuità o non del *waqf* II, 418, 425, 425 sg., 430, 433; scopo del — II, 426-427; condizione apposta al — II, 28 sg., 30, 426, 430; accettazione e presa di possesso del — II, 431-433; benefico o — di famiglia II, 433 sg.; godimento del — riservato al costituente II, 434 sg.; dichiarazione di volontà nella costituzione di — II, 427-431; termine apposto al *waqf* II, 430; revoca del — II, 430 sg.; dichiarazione di costituzione di — in presenza del *qāḍī* II, 430 sg.; atto scritto per un — II, 614 n. 330; dominio diretto e dominio utile del — II, 436 sg.; *zakāh* del *waqf* II, 436; inalienabilità del — II, 437 sg.; insequestrabilità e imprescrittibilità del — II, 439; — e il furto II, 453; di cosa data in pegno II, 482; — non è compreso nella eredità II, 501; può essere costituito come *waṣiyyah* II, 531; — in favore di un erede II, 422, 536; l'amministrazione del — non spetta all'esecutore testamentario II, 550 n. 167, è sorvegliata dal *qāḍī* in certi casi II, 566; interessi del — difesi dal *qāḍī* II, 557; il — e la lite ad esso relativa II, 576, 588 sg.; v. anche atto gratuito.

Waqf ʿādī = *waqf* consuetudinario, cioè a beneficio dei discendenti del fondatore: II, 434 e n. 220.

— *ahlī* = *waqf* di famiglia, cioè a beneficio dei discendenti del fondatore: II, 434.

W a q f m a š r ū ṭ = lett. *waqf* condizionato = *waqf ahlī*: II, 434 n. 220.

— *m u ' a q q a b* = costituito a beneficio di una determinata discendenza: II, 433, 434, 566.

— *m u n q a ṭ i '* = *waqf* interrotto, cioè estinto: II, 432.

W ā q i f = costituente un *waqf*: II, 414 n. 119, 419, 420, 435.

W a q q a f a = *waqafa*: v. questa voce.

W a ṣ ā y ā = v. *waṣiyyah*.

W a ṣ ā y a h = ufficio di esecutore testamentario: I, 295 (234).

W a ṣ f m a š r ū ṭ = qualità pattuita: II, 144.

W a ṣ f š a r ' ī = modo di essere giuridico: II, 102.

W a ṣ ī = esecutore testamentario, cioè la persona incaricata dal disponente di pagare i suoi debiti, di restituire i depositi, di consegnare i legati ed anche di esercitare la tutela sui suoi figli minorenni: II, 549; = tutore nominato per disposizione di ultima volontà, tutore testamentario: I, 294 (233) e *passim*; *per l'indice analitico* v. t u t o r e e t e s t a m e n t o.

W a ṣ i y y a h, plur. *waṣāyā* = testamento e oggetto del testamento: II, 531 sg. e n. 111; = disposizione o atto di ultima volontà relativo ai beni: II, 532 (*per l'indice analitico* v. t e s t a m e n t o); = legato: II, 16 n. 63.

— *b i - ' l - ' i t q* = legato di libertà: I, 154 (121).

W a s q = misura equivalente a 1287 litri: I, 177 (139); = soma: II, 184.

W a ṭ ' a h: v. *m a n i š t a d d a t w a ṭ ' a t u h u*.

W a ẓ ī f a h = imposta fondiaria fissa: I, 178 (140).

W a z ī r a t - t a w f ī ḍ = ministro con pieni poteri: II, 560.

W a z n ī = (cosa) che si determina a peso: I, 314 (250).

W i k ā ': v. *' i f ā s w a w i k ā '*.

W i k ā l a h = mandato: II, 335; v. inoltre *w a k ā l a h*.

W i l ā y a h = lett. autorità, cioè patria potestà: I, 244 (193); = tutela, tutela legale: I, 289 (229), 293 sgg. (232 sgg.); = curatela: I, 289 (229); v. inoltre *w a l ā y a h*.

— *' ā m m a h* = vincolo che unisce tutti i Musulmani fra loro: I, 202 (160).

W i l ā y a t a l - ' a h d = designazione del successore da parte del sovrano regnante: I, 20 (16).

— *a n - n i k ā ḥ* = curatela matrimoniale: I, 140 (110).

W i ṣ ā y a h = atto con cui il testatore nomina il tutore dei suoi figli impuberi: I, 295 (234); = ufficio del curatore o tutore testamentario: II, 549.

Y a d = possesso: I, 198 (156), 326 (259) e n. 69; I, 327 sgg. (260 sgg.), 369 (293); = potere effettivo sulla cosa; fatto fisico della detenzione o apprensione I, 329 (262); v. inoltre *m ā m a l a k a t a l - y a d* e *m a n b i - y a - d i h i* ecc.

Yad aš-šarīk yad amānah = il possesso del socio è di fiducia: II, 296 n. 35.

Yamīn = giuramento:

— *al-birr* = giuramento semplice: I 268 (213).

— *al-ḥint* = giuramento condizionale: I, 268 (213).

— *al-istibrā'* = giuramento purgatorio, con cui il creditore afferma di essere tuttora creditore: II, 579.

— *al-istiḥqāq* = giuramento di rivendicazione, il giuramento cioè che il rivendicante, secondo alcuni giuristi, deve fare di non aver venduto nè altrimenti alienato la cosa e di esserne tuttora proprietario: I, 430 (341) n. 548.

— *al-munkir* = giuramento di denegazione: II, 625 sg.

— *al-qaḍā'* = giuramento giudiziale o di soluzione o di sussistenza di un diritto, con cui cioè si esclude che un debito o un diritto sia stato estinto I, 430 (341) n. 548; II, 579, 609, 615, 624 sg., 628.

— *aṣālah*: giuramento necessario: II, 477 n. 55.

— *tuhmah* = giuramento di sospetto: II, 477 n. 55; II, 624.

al-Yamīn ma'a aš-šāhid = il giuramento di colui che ha prodotto un testimone: II, 626.

Yaqīn = ragione di certezza, argomento decisivo: I, 45 (35); conoscenza sicura I, 56 (43); *inna al-yaqīna lā yazūlu bi-'š-šakk* = quando uno stato di fatto è accertato, non basta il semplice dubbio per ritenerlo cessato o mutato: II, 622.

Za'īm = fidejussore II, 484.

Zakāh = etimologicamente: beneficenza per cui si acquista merito; secondo gli Arabi = purificazione: I, 175 (137) e n. 188; = beneficenza legale, decima legale o tassa di beneficenza, elemosina legale: I, 175 sg. (137 sg.), 177 (139) e *passim*; = *ušr* (v. questa voce).

la — e il concetto di fratellanza fra Musulmani I, 3 (3) n. 15; non può venire esatta dal *ḏimmī* I, 100 (78); cespite del *bayt al-māl* I, 175–177 (137–139), 179 (141); varie specie di *zakāh* I, 177 (139); erogazione della — I, 182 (143); bestiame proveniente dalla — e suo pascolo I, 405 (322); — e il tesoro I, 412 (327); — del terreno dato a colonia parziaria II, 309; palme e viti formanti una sola classe nei ruoli della — II, 311; — e il contratto di *musāqāh* II, 316; — del *waqf* II, 436; beni su cui è dovuta la — detratti dalla successione II, 525; — pagata sul patrimonio del *de cujus* II, 526; — da pagarsi per disposizione testamentaria II, 543.

Zakāt al-ḥarṯ = imposta sui prodotti agricoli: I, 177 (139).

— *az-zurū'* = imposta sui prodotti agricoli: I, 177 (139).

Zakkà = dichiarare puro, cioè incensurabile (un testimone): II, 600.

aẓ-Ẓālim aḥaqq an yuḥmala 'alayhi = è più equo che l'ingiusto sia trattato con maggior rigore: I, 338 (268) n. 119.

Zar': v. *muzāra'ah*.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE R.F. IMPRIMÉS

Zawǵiyyah = matrimonio: II, 501.

Zi'āmat = (nell'Impero Ottomano) feudo militare di rendita e superiore ai trentamila aspri: I, 188 (148) n. 242.

Ẓihār: ripudio dato con la formula: « tu sei per me come la schiena (*ẓahr*) di mia madre » (o di mia sorella o di altra persona con cui il matrimonio è vietato: I, 116 (91), 269 sgg. (214 sg.); (v. *l'indice analitico* sotto ripudio).

Zinā' = fornicazione; unione libera: I, 105 (82), 197 (156), 198 sg. (157), 221 (175), 224 (177), 241 (190), 242 (191) e n. 191; I, 277 (220); II, 42 e n. 173; II, 609; = libertinaggio, costumi dissoluti: II, 142.

Zīnah: v. *ǵalṣah*: I, 447 (355).

Zindīq = eretico, colui che ha opinioni contrarie alla fede; si distingue dal *murtadd* in quanto professa quelle opinioni in segreto, mentre palesemente fa professione di Islām; ateo, materialista: I, 168 (132) n. 167; I, 169 (133) n. 169; I, 208 (164).

Zona di rispetto: v. *ḥarīm*.

Ẓulm = torto, ingiustizia; fatto ingiusto, arbitrario, illegittimo: I, 180 (141), 416 (330); II, 66, 73, 95, 99; = lesione ingiusta del diritto altrui: II, 72.

Ẓulman = *iniurā*, senza diritto: II, 70, 72.

SUPPLEMENTO
ALL' ELENCO DELLE « ABBREVIAZIONI »

Alle « Abbreviazioni » date nel volume I, pp. XI–XVIII, si aggiungono le seguenti :

a. = articolo
ad loc. = *ad locum*
ap. = *apud*
arg. = argomento, argomenti
d. b. = dal basso
dal b. = dal basso
h. t. = *hoc titulo*
in f. = in fine
in m. = in mezzo
in pr. = in principio
l. = linea
l. c. = *loco citato*
ll. cc. = *locis citatis*
n. = numero, paragrafo; negli indici = nota
not. = nota
per tot. = *per totum*
ult. = ultimo, in fine

ERRATA CORRIGE PER I VOLUMI I E II

VOL. I.

P. 110 tra la linea penultima e l'ultima *s'inserisca*: esecuzione alle convenzioni stipulate tra i due « ḏimmī » secondo
P. 131, nota 56 *leg. waṣāyā.*
P. 188 lin. 2 d. b. « ṭimār » *leg.* « tīmār »
P. 241 lin. 21 *leg.* « qā'if ».
P. 253 nota 233 « waḍī'ah » *leg.* « wadī'ah »; « iḍā' » *leg.* « īdā' »
P. 257 lin. 16 « ṭalāh » *leg.* « ṭalāq »
P. 317 lin. 10, 16 e 21 « 'an aš- šay' » *leg.* « 'an^{i} 'š-šay' »
P. 382 nota 329 Ibn Ḥaffār *leg.* al-Ḥaffār
P. 395 nota 286 Ibn 'Imrān *leg.* Abū 'Imrān
P. 439 lin. 25 iqtā' *leg.* « iqṭā' ».
P. 455 lin. 4 « 'ariyyah » *leg.* « 'ariyyah ».

VOL. II.

P. 60 nota 247 'iḫtilāf *leg.* iḫtilāf
P. 78 lin. 19 SEZIONE II *leg.* SEZIONE III
P. 141 lin. 21 al-'Addah *leg.* al-'Addā'
P. 154 lin. 14 SEZIONE II *leg.* SEZIONE III
P. 159 lin. 12 *Gāmi' al-uṣulayn leg. Ǵāmi' al-fuṣulayn*
P. 178 lin. 26 « ta'ām » *leg.* « ṭa'ām »
P. 412 lin. 22 CAPITOLO II *leg.* CAPITOLO IV
P. 434 lin. 11-12 Muḥammad e Hilāl, altri discepoli di Abū Ḥanīfah *leg.* Muḥammad, discepolo di Abū Ḥanīfah, e Hilāl, discepolo di Abū Yūsuf
P. 426 nota 183 *si veda la correzione a* p. 646 nota 2
P. 471 lin. 31 *togliere la virgola dopo* debitore.
P. 547 nota 159 'Abd an-Nūr *leg.* Ibn 'Abd an-Nūr
P. 570 lin. 24 ideonei *leg.* idonei
P. 579 lin. 16 ne *leg.* nè
P. 580 lin. 7 *leg.* ibn al-Musayyib
P. 580 lin. 9 Ibn Farḫhūn *leg.* Ibn Farḥūn
P. 583 lin. 18 *leg.* ibn al-Musayyib
P. 599 lin. 26 intregrità *leg.* integrità
P. 613 lin. 4 SEZIONE IV *leg.* SEZIONE IV bis
P. 628 lin. 18 « istaḥlāf » *leg.* « istiḥlāf »
P. 632 lin. 20 *togliere la virgola dopo* ogni scusa.
P. 662 lin. 27 « ahliyyah » *leg.* « ahliyyat »

INDICE DEL VOLUME

Avvertenza . . . . . Pag. V

LIBRO VII.

LE OBBLIGAZIONI - TEORIA GENERALE

TITOLO I. — Delle obbligazioni in generale . . . . . Pag. 1
CAPITOLO I. — Concetto dell'obbligazione 1
CAPITOLO II. — Elementi costitutivi dell'obbligazione 4
Sezione I. — *Subietti* 5
Sezione II. — *Oggetto* 9

TITOLO II. — Fonti delle obbligazioni 12
CAPITOLO I. — Fatti verbali o dichiarazione di volontà 13
Sezione I. — *Dichiarazione unilaterale.* 13
Sezione II. — *Dichiarazione bilaterale (contratto)* 16
Sezione III. — *Perfezione del contratto* 23
Sezione IV. — *Condizione. Termine* 27
Sezione V. — *Nullità* (« buṭlān ») *e invalidità* (« fasād ») 37
Sezione VI. — *Effetti della nullità* 47
CAPITOLO II. — Indebito arricchimento 53
Sezione I. — *Giuoco d'azzardo* (« qimār ») *e alea* (« ġarar ») 54
Sezione II. — *Lucro usurario* (« ribā ») 60
Sezione III. — *Ripetizione d'indebito* 66
CAPITOLO III. — Fatti illeciti come fonte di obbligazione 70
Sezione I. — *Fatti illeciti in generale* 70
Sezione II. — *Colpa contrattuale.* 73
Sezione III. — *Danno prodotto dalle persone o dalle cose di cui si deve rispondere* 78

TITOLO III. — Adempimento dell'obbligazione (« qaḍā' ») 83
CAPITOLO I. — Dell'adempimento in generale 83
CAPITOLO II. — Ritardo nell'adempimento (« maṭl ») 94

TITOLO IV. — Modi di assicurare le obbligazioni 99

TITOLO V. — Estinzione delle obbligazioni 102
CAPITOLO I. — Pagamento (« wafā', qaḍā' »). 103
CAPITOLO II. — Compensazione (« muqāṣṣah ») 103

CAPITOLO III. — Confusione. . . . . Pag. 105
CAPITOLO IV. — Novazione 105
CAPITOLO V. — Remissione del debito (« ibrā' ») 107
CAPITOLO VI. — Consenso contrario (« iqālah ») 107
CAPITOLO VII. — Morte del debitore o del creditore 108
CAPITOLO VIII. — Impossibilità di adempimento 109
CAPITOLO IX. — Prescrizione estintiva (« suqūṭ bi-murūr az-zamān »). 110

LIBRO VIII.

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI
I. - CONTRATTI COMMUTATIVI DI PROPRIETÀ

TITOLO I. — La compra-vendita (« bay' ») . . . . . Pag. 112
CAPITOLO I. — Concetto ed elementi costitutivi 112
Sezione I. — *Dei contraenti* (« al-muta'āqidāni ») 113
Sezione II. — *Oggetto del contratto* (« al-ma'qūd 'alayhi ») 114
Sezione III. — *La forma* (« ṣīġah »). 125
CAPITOLO II. — Perfezione del contratto 126
CAPITOLO III. — Effetti del contratto 128
Sezione I. — *Trasferimento della cosa venduta* 128
Sezione II. — *Effetti del contratto di compra-vendita rispetto ai contraenti*. 132
Sezione III. — *Obblighi dei contraenti*. 154
CAPITOLO IV. — Di alcune varietà di compra-vendita 155
Sezione I. — *Cessione per lo stesso prezzo* (« tawliyah ») 155
Sezione II. — *Cessione con beneficio o premio fisso* (« murābaḥah ») . 157
Sezione III. — *Vendita con patto di riscatto* (« bay' aṯ-ṯunyā ») . . . 158
Sezione IV. — *Compra-vendita con facoltà di risoluzione o diritto di opzione* (« bay' al-ḫiyār »). 162
Sezione V. — *Compra-vendita « alternativa »* (bay' al-iḫtiyār »). . . 167
Sezione VI. — *Vendita con anticipazione di prezzo* (« salam ») . . . 168

TITOLO II. - Della permuta 177
CAPITOLO I. — Permuta di derrate alimentari (« ṭa'ām ribawī »). . . 178
CAPITOLO II. — Permuta dei metalli preziosi (contratto di cambio = « ṣarf »). 185

TITOLO III. — Contratti assimilati alla compra-vendita 192
CAPITOLO I. — La compensazione (« muqāṣṣah »). 192
CAPITOLO II. — Mutuo dissenso (« iqālah ») 196
CAPITOLO III. — Delegazione o cessione di credito (« ḥawālah ») . . . 200
Sezione I. — *Elementi costitutivi* 201
Sezione II. — *Effetti della delegazione* 204
CAPITOLO IV. — Dazione in pagamento (« taṣyīr ») 207
Sezione I. — *Requisiti*. 207
Sezione II. — *Effetti* 208

CAPITOLO V. — Transazione (« ṣulḥ ») . . . . . Pag. 209
Sezione I. — *Elementi costitutivi* 211
Sezione II. — *Effetti della transazione* 215
CAPITOLO VI. — Riconoscimento o confessione di debito (« iqrār ») . . 220
Sezione I. — *Concetto* 220
Sezione II. — *Riconoscimento di paternità o di parentela* (« istilḥāq, iqrār an-nasab ») 228

LIBRO IX.

LE SINGOLE OBBLIGAZIONI
II. - CONTRATTI COMMUTATIVI DI GODIMENTO

Della locazione-conduzione . . . . . Pag. 231
CAPITOLO I. — Della locazione di cose (« kirā', iǵārah ») 232
Sezione I. — *Elementi essenziali* 232
Sezione II. — *Effetti della locazione-conduzione di cose* 238
Sezione III. — *Di alcune varietà di locazione-conduzione di cose* . . 247
CAPITOLO II. — Locazione di opere o di servigi (« iǵārah ») 254
Sezione I. — *Locazione di opere* (« iǵārah ») 254
Sezione II. — *Locazione d'opera* (« locatio operis ») *o cottimo* (« ǵu'ālah, ǵu'l ») 269
CAPITOLO III. — Contratto di vettura o trasporto (« kirā' ») 275

LIBRO X.

CONTRATTI MISTI DI CESSIONE DI PROPRIETÀ E CESSIONE DI GODIMENTO

TITOLO I. — Società (« širkah, šarikah ») . . . . . Pag. 286
CAPITOLO I. — Del contratto di società in generale 286
Sezione I. — *Concetto ed elementi essenziali* 286
Sezione II. — *Effetti del contratto di società* 293
Sezione III. — *Fine della società.* 300
CAPITOLO II. — Società cooperativa di lavoro (« širkat al-'amal, širkat al-abdān »). 301
CAPITOLO III. — Varie forme di associazione agricola 303
Sezione I. — *Società di semina* (« muzāra'ah »). 303
Sezione II. — *Contratto di irrigazione* (« musāqāh ») 309
Sezione III. — *Contratto di piantagione* (« muǵārasah »). 317
CAPITOLO IV. — Accomenda (« qirāḍ » o « muḍārabah ») 323
Sezione I. — *Elementi essenziali del* « qirāḍ » 325
Sezione II. — *Effetti del contratto* 328
Sezione III. — *Fine del* « qirāḍ ». 333

LIBRO XI.

CONTRATTI DI CUSTODIA O CESSIONE DEI BENI ALTRUI

TITOLO I. — Mandato (« wakālah » o « wikālah ») . . . . . Pag. 335
CAPITOLO I. — Il mandato propriamente detto 335
Sezione I. — *Concetto ed elementi essenziali del mandato* 335
Sezione II. — *Effetti del mandato tra le parti.* 339
Sezione III. — *Effetti del mandato rispetto ai terzi* 348
Sezione IV. — *Fine del mandato.* 349
CAPITOLO II. — Contratti affini al mandato 351
Sezione I. — *Mandato di pagare* (« ḥawālah ») 351
Sezione II. — *Autorizzazione a commerciare data allo schiavo* (« al-ma'ḏūn lahu »). 352
Sezione III. — *Gestione degli affari altrui* 356
CAPITOLO III. — Deposito (« īdā', wadī'ah ») 360
Sezione I. — *Concetti ed elementi essenziali* 360
Sezione II. — *Effetti rispetto alle parti.* 364
Sezione III. — *Fine del deposito* 371

LIBRO XII.

CONTRATTI DI BENEFICENZA

CAPITOLO I. — Comodato (« 'āriyah, 'āriyyah ») e precario (irfāq) Pag. 373
Sezione I. — *Concetto ed elementi essenziali* 373
Sezione II. — *Effetti del comodato* 376
Sezione III. — *Fine del comodato* 383
CAPITOLO II. — Il mutuo (« qarḍ, salaf ») 384
Sezione I. — *Concetto ed elementi essenziali del mutuo* 384
Sezione II. — *Effetti del mutuo* 386
Sezione III. — *Il divieto d'usura nella pratica* 389
CAPITOLO III. — Della donazione 397
Sezione I. — *Concetto ed elementi costitutivi* 398
Sezione II. — *Effetti della donazione.* 407
Sezione III. — *Varie forme di donazione* 409
CAPITOLO IV. — Del « ḥubus » o « waqf », fondazione a scopo pio (pia causa). Nozioni preliminari 412
Sezione I. — *Elementi costitutivi del* « waqf » *o* « ḥubus » 419
Sezione II. — *Effetti della costituzione del* « ḥubus » 435
Sezione III. — *Dell'amministrazione del* « waqf » *o* « ḥubus ». 443
Sezione IV. — *Estinzione del* « waqf » 449

LIBRO XIII.

OBBLIGAZIONI DERIVANTI DA FATTI ILLECITI

TITOLO I. — Del furto (« sariqah »). . . . . Pag. 452
TITOLO II. — La rapina (« ġaṣb »). 455
TITOLO III. — « Ta'addī » (usurpazione di godimento o furto d'uso) . . 459
TITOLO IV. — Del danneggiamento o danno dato (« ta'addī ») 461

LIBRO XIV.

CONTRATTI DI GARANZIA IN GENERALE

TITOLO I. — Pegno e ipoteca . . . . . Pag. 464
CAPITOLO I. — Il pegno (« rahn ») 464
Sezione I. — *Elementi costitutivi* (« arkān ») 465
Sezione II. — *Effetti del contratto di pegno* 474
Sezione III. — *Estinzione del pegno* 481
CAPITOLO II. — Ipoteca 483
TITOLO II. — Della fidejussione (« ḍamān » « ḥamālah ») 483
Sezione I. — *Elementi costitutivi* (« arkān ») 484
Sezione II. — *Effetti della fidejussione tra il fidejussore e il creditore* 488
Sezione III. — *Effetti rispetto al debitore e ai confidejussori* 490
Sezione IV. — *Nullità ed estinzione della fidejussione.* 491
Sezione V. — *Di alcune forme speciali di fidejussione* 492

LIBRO XV.

DIRITTO EREDITARIO

TITOLO I. — Nozioni preliminari . . . . . Pag. 495
TITOLO II. — Successione legittima 499
CAPITOLO I. — Generalità 499
CAPITOLO II. — Eredi di quota fissa (« ḍawū 'l-furūḍ ») o legittimari 505
CAPITOLO III. — Eredi « 'āṣib » 514
CAPITOLO IV. — Liquidazione e divisione delle successioni 524
TITOLO III. — Dei testamenti e dei legati (« waṣāyā »). 530
Sezione I. — *Elementi essenziali della* « waṣiyyah » 532
Sezione II. — *Limite della facoltà di disporre* causa mortis 540
Sezione III. — *Revoca delle disposizioni testamentarie* (« ruġū' 'an[i] 'l-waṣiyyah ») 544
Sezione IV. — *Acquisto del legato* 545
Sezione V. — *Esecuzione ed interpretazione delle disposizioni di ultima volontà* 547
Sezione VI. — *Dell'esecutore testamentario* (« waṣī ») 549

LIBRO XVI.

DIRITTO GIUDIZIARIO

TITOLO I. — Preliminari . . . . . Pag. 551
CAPITOLO I. — Teoria sociologica dei giuristi 551
CAPITOLO II. — Dell'arbitrato (« taḥkīm ») 552
CAPITOLO III. — Dei giudizi 554
Sezione I. — *Il giudice* (« qāḍī ») 558
Giurisdizione del « qāḍī » 565
Delegazione della giurisdizione 565
Competenza 567
Sezione II. — *Ordine e forma dei giudizi.* 574
Sezione III. — *Istruzione della causa* 580
Sezione IV. — *Della prova* 589
Confessione « iqrār ». 589
Dei mezzi di prova 593
Della prova testimoniale « šahādah ». 594
Sezione IV^bis. — *Delle perizie* 613
Sezione V. — *Delle scritture* 613
Sezione VI. — *Verificazione di scrittura.* 615
Sezione VII. — *Della presunzione.* 617
Sezione VIII. — *Del giuramento* (« yamīn ») 624
CAPITOLO IV. — Della sentenza e dei mezzi di impugnarla 631
Sezione I. — *Della sentenza* (« ḥukm ») 631
Sezione II. — *Effetti della sentenza* 637

INDICI 639

A) Elenco di giuristi ed autori e libri arabi menzionati nel corso dell'opera 641

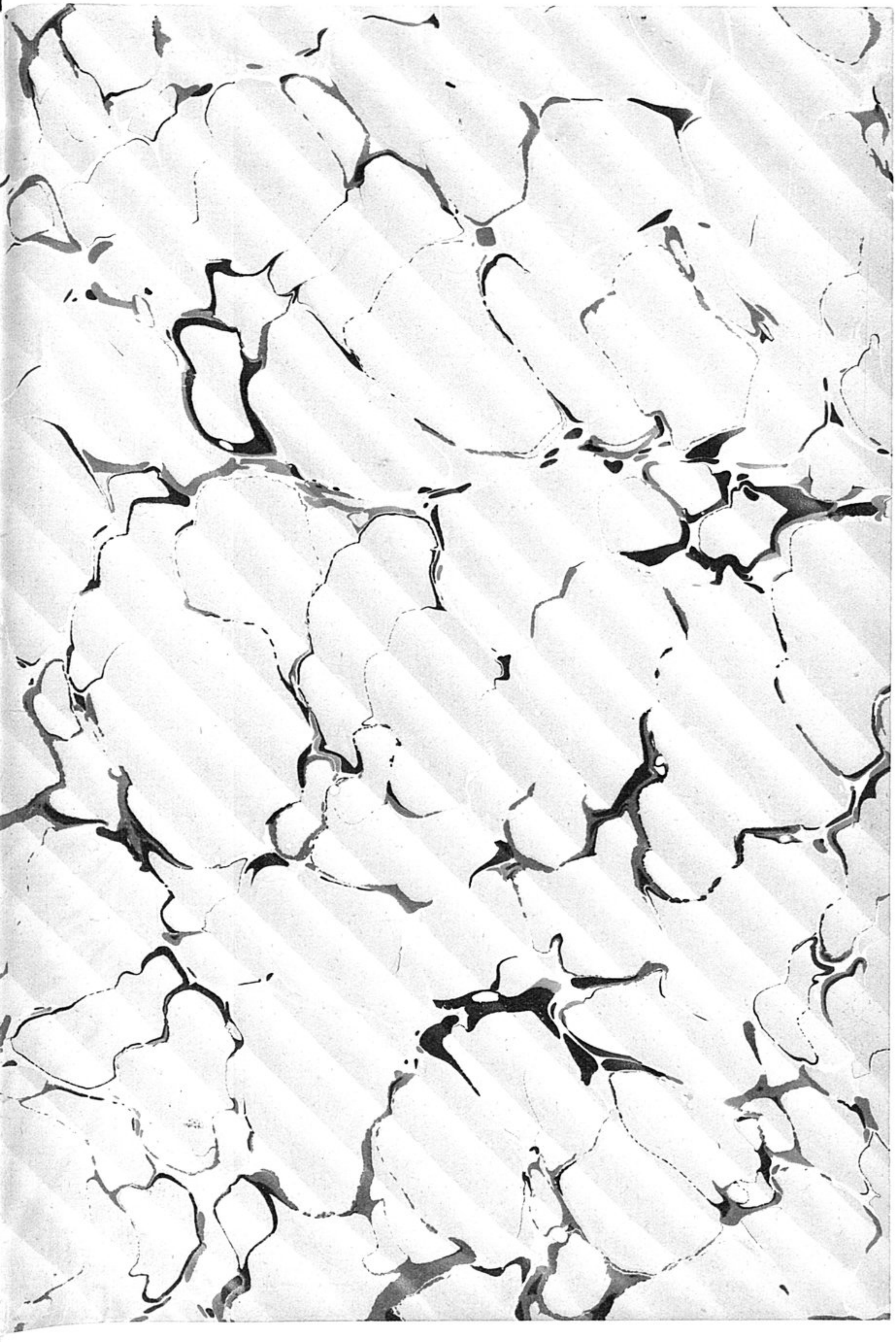
B) Indice della materia e dei vocaboli arabi contenuti nel testo . . 659

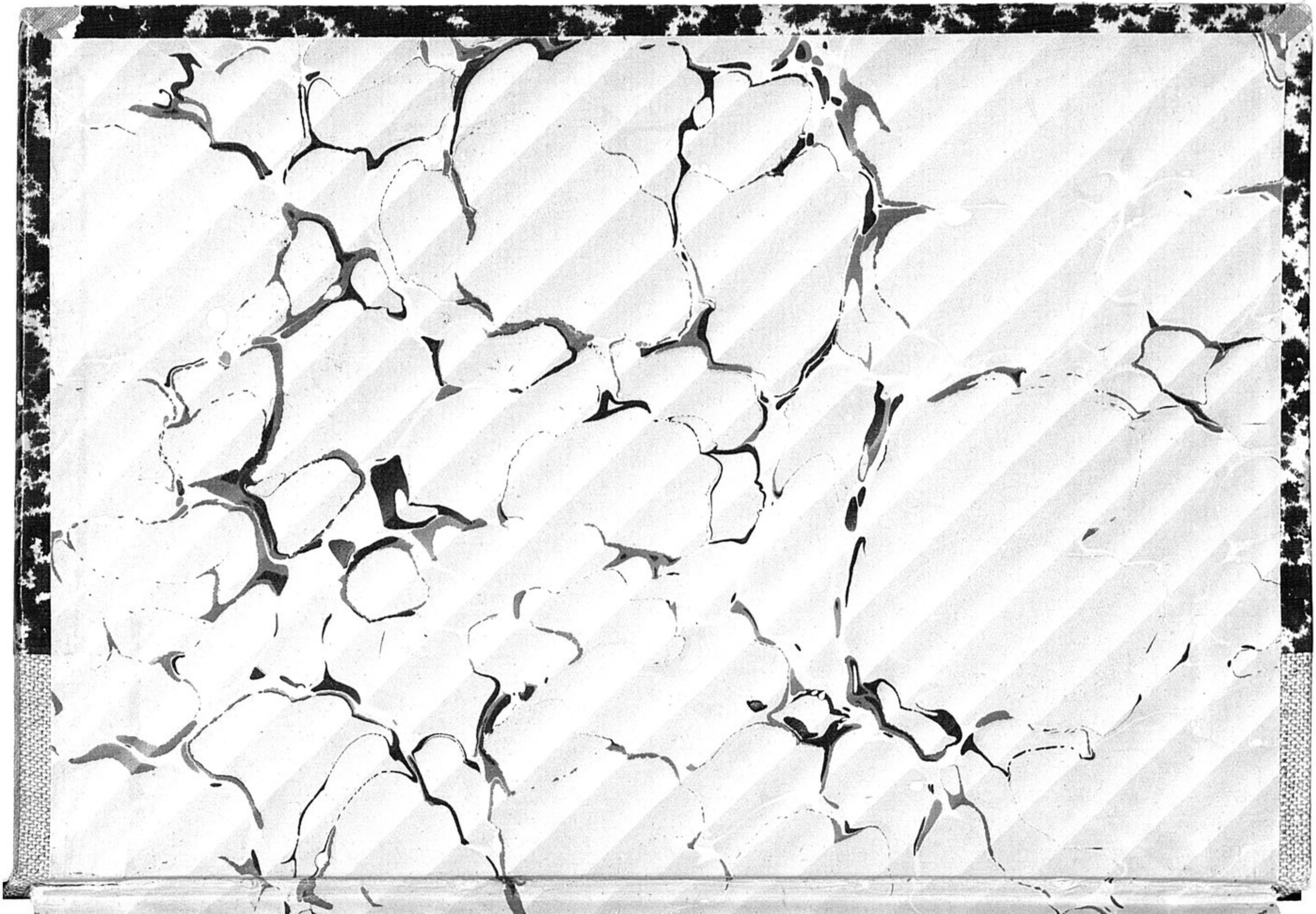
SUPPLEMENTO ALL'ELENCO DELLE « ABBREVIAZIONI » 799

ERRATA-CORRIGE 801

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE PARIS

Prezzo L. 3 0 0 0 1 12





BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 00114272 0