



LA RESPONSABILITÀ DA FATTO ILLECITO NEL DIRITTO MUSULMANO: IL DANNO PATRIMONIALE

MARCO CARAI
Università di Sassari

SOMMARIO: 1. Il fatto illecito come fonte delle obbligazioni. - 2. Gli elementi costitutivi del fatto illecito: l'ingiustizia del danno. - 3. Continua. Il nesso causale. - 4. Continua. L'elemento psicologico dell'illecito. - 5. I criteri classificatori del danno. - 6. Il danno patrimoniale. Il furto (*sariqah*). - 7. Continua. La rapina (*qasb* o *ghasb*). - 8. Continua. Il danneggiamento (*Ta'addi*). - Abstract.

1. – Il fatto illecito come fonte delle obbligazioni

Agli occhi degli occidentali, ed in particolare degli europei continentali, la trattatistica di diritto musulmano si presenta estremamente disorganica, essendo spesso esposta in forma casistica, nonché caratterizzata dalla commistione tra diritto e religione. Per questa ragione è arduo, se non impossibile, individuare nella giurisprudenza coranica (*fiqh*) dei principi generali di carattere prettamente giuridico[1]. Lo studio del diritto musulmano da parte degli occidentali è inevitabilmente viziato dal tentativo di trovare un sistema giuridico simile a quello del diritto romano, con le sue categorie, i suoi concetti ed i suoi istituti. Al riguardo, parte della dottrina ha avvertito che bisogna sforzarsi di ragionare come i dottori musulmani, cercando di liberarsi dai condizionamenti romanistici[2]. Solo così facendo si riuscirà a ricostruire le teorie contenute nel *fiqh* che pure oscillano tra il campo culturale-religioso e quello giuridico-morale. E proprio il carattere ibrido del *fiqh* rischia di porre l'interprete occidentale di fronte a dei concetti il cui principale profilo di problematicità risiede nell'essere estremamente ampi [3].

Ai fini dell'analisi di un argomento prettamente tecnico-giuridico e circostanziato come la responsabilità da fatto illecito, è parso opportuno avvalersi di un parallelismo tra il sistema culturale e giuridico dell'Europa continentale, e quello islamico. Tale impostazione viene unanimemente utilizzata nella letteratura occidentale, o comunque espressa in una delle lingue europee[4].

Sulla scorta di simili premesse, non può stupire che il concetto di patrimonio (*māl*) nel diritto islamico sia diversa da quella generalmente recepita in Europa. Esso, infatti, si presenta come una unità composta di una serie di diritti patrimoniali (*huqūq māliyyah*) priva di distinzione tra diritti reali ed obbligazioni[5]. Anzi, secondo la migliore dottrina, nel diritto musulmano non esisterebbe una teoria generale delle obbligazioni, né un concetto ampio di obbligazione così come inteso in senso romanistico[6]. Cionondimeno, non è sconosciuto ai giuristi musulmani la diversità tra il rapporto che l'uomo ha con la cosa (*haqq muta'alliq bi 'l-'ayn*) ed il rapporto che intercorre tra due persone (*haqq muta'alliq bi 'd-dimmah*). All'interno di quest'ultimo si distingue l'obbligazione, o meglio il vincolo obbligatorio (*dayn*), dal suo oggetto (*ayn*)[7].

Le obbligazioni possono sorgere da dichiarazione di volontà (*tasarruf qawli*) o da fatto illecito (*tasarruf fi'lī*) [8]. L'atto lecito può consistere tanto in una dichiarazione unilaterale (*wa'd*) quanto in un contratto (*'aqd*) [9]. Le obbligazioni da fatto illecito, invece, sono quelle dove taluno cagiona intenzionalmente ad altri un danno (*darar*) ingiusto, obbligandolo al risarcimento (*gurum*) [10].

2. – Gli elementi costitutivi del fatto illecito. L'ingiustizia del danno

Il termine "responsabilità" non trova un equivalente nella dottrina musulmana, così come manca l'elaborazione di una teoria generale unitaria[11]. Tuttavia, il fatto illecito musulmano presenta, *prima facie*, delle analogie strutturali con il nostro illecito aquiliano. Esso, infatti, si compone di elementi oggettivi ed elementi soggettivi: tra i primi si annoverano il danno, il nesso causale tra comportamento (o omissione) e fatto dannoso, nonché l'ingiustizia del danno (*zulm*). Tra i secondi, invece, rientra la volontà di compiere l'azione dannosa, che a sua volta può consistere sia nel dolo che nella colpa.

Il danno è ingiusto o illegittimo (*zulm*) quando lede la sfera giuridica altrui senza una legittima ragione giustificatrice. Si individuano tre possibili scriminanti: la più rilevante consiste nell'aver compiuto il fatto nell'esercizio del proprio diritto, conformemente al principio romano secondo il quale *damnum non facit, nisi qui facit quod ius non habet facere*. Nel particolare caso dell'abuso del diritto, è stato osservato che un diritto può essere esercitato con un'azione, un'omissione o l'attivazione processuale del titolare del diritto verso un'altra persona.

Sotto la vigenza del diritto musulmano, analogamente a quanto accade nella tradizione occidentale[12], i tre comportamenti appena indicati possono far sorgere una responsabilità e giustificare la condanna alla riparazione del danno causato, ancorché dette attività appaiano come l'esercizio di un diritto, ed in sé considerate non abbiano niente di illecito[13].

Tuttavia, giova ricordare che il diritto musulmano non è strutturato in modo sistematico, e pertanto non conosce l'elaborazione di principi generali. Anche in questo frangente, è stato messo in rilievo che i dottori musulmani non si sono preoccupati di costruire una teoria generale dell'abuso del diritto, quanto piuttosto di

decidere una molteplicità di casi, ciascuno dei quali sulla base di quanto pareva più equo stabilire nel caso concreto[14].

Così, tra i comportamenti commissivi si annoverano ambiti applicativi tra di loro anche molto diversi. In ambito matrimoniale, il padre ha il potere di scegliere il marito della figlia impubere, ma sussiste abuso qualora il genitore non tenga in debita considerazione le obiezioni della figlia, o qualora derivino alla nubenda effetti negativi o svantaggi[15]. Allo stesso modo, per il ripudio della moglie, che pure è una prerogativa del marito, è necessario che sussistano gravi e giustificati motivi[16]. La casistica numericamente più rilevante concerne comunque l'abuso del diritto di proprietà[17]. In proposito, il caso più emblematico riguarda la responsabilità del proprietario di un fondo che abbia scavato una fossa sul suo terreno, senza averlo poi coperto. La dottrina musulmana tradizionale ritiene che il proprietario sia responsabile per i danni derivanti dalla buca non coperta, mentre l'art. 91 del codice civile ottomano prevede che egli non sia responsabile per la morte dell'animale altrui che sia caduto nella fossa [18].

Precedentemente, si è anticipato che anche l'astenersi dal fare qualcosa può configurare l'abuso del diritto. Così, il genitore dell'impubere ha la libertà di maritare la figlia o meno, e di scegliere il marito che più gli aggrada. Tuttavia, egli sarà responsabile se rifiuta senza un motivo valido o ragione plausibile un matrimonio che sarebbe conveniente per la figlia, ad esempio perché la dote proposta dal marito è molto elevata[19].

Riguardo il diritto di proprietà, il proprietario è libero di usare o non usare la cosa di sua proprietà, sino all'estremo di distruggerla o lasciare che perisca tranne che dal ciò derivi danno a terzi. Quindi, il proprietario di un muro può lasciarlo cadere in rovina solo se da ciò non derivi pregiudizio per il vicino o per i passanti[20].

L'abuso del diritto può manifestarsi anche attraverso l'esercizio ingiustificato e pretestuoso di azioni giudiziali. Così, in ambito matrimoniale, il marito acquista la potestà maritale[21] sulla donna e di conseguenza può ingiungere alla moglie di recarsi presso il suo domicilio[22], o seguirlo presso altro domicilio che lui abbia scelto. La donna può opporsi all'ingiunzione e rifiutare la pretesa di andare presso il domicilio del marito qualora questi non sia in grado di assicurarle condizioni dignitose e di sicurezza[23]. Il marito può anche vietare alla moglie di uscire senza il suo permesso esplicito, e stabilire quali persone possa frequentare e ricevere. Tuttavia, la moglie può legittimamente opporsi al marito che le proibisca di vedere i figli nati da precedente relazione, i genitori ed i parenti. Il marito può tutt'al più esigere che le visite non siano troppo frequenti, e che le visite ai figli avvengano alla presenza di una persona di sua fiducia qualora ricorrano motivi plausibili[24].

Anche il proprietario ha dei limiti all'esercizio delle azioni a difesa della proprietà. Quando egli abbia dato il proprio assenso al vicino per appoggiare delle travi al suo muro, limitando volontariamente il godimento esclusivo della sua cosa, egli non può poi agire contro quest'ultimo[25].

Dall'analisi delle singole decisioni, emerge comunque che i dottori musulmani non permettono che qualcuno possa impunemente danneggiare gli altri, anche se il danno è originato dall'esercizio di un diritto da parte del suo titolare. In concreto si vieta che l'esercizio del diritto sia contrario alla sua destinazione, e si sanziona l'intenzione di nuocere, l'assenza di un interesse concreto da parte del suo titolare, l'inesistenza di un motivo serio e valido come scusante per la causazione del danno.

Per questo, la dottrina più recente ha inteso fornire un quadro d'insieme che, tenendo conto dei singoli casi, trae delle regole generali, prima tra tutte quella per cui l'esercizio del diritto è subordinato all'utilità che il titolare può trarre dal suo normale esercizio, essendone vietato l'esercizio abusivo o malizioso[26]. L'abuso di diritto si fonda principalmente sul principio per il quale nessuno può godere del suo diritto con la finalità di arrecare danno ad altri, essendo patologico l'esercizio del diritto che arreca nessun o minimo vantaggio al titolare mentre determina grave ed effettivo pregiudizio agli altri[27].

L'esercizio del diritto che risulti dannoso o configuri una molestia grave e permanente (*darar*) per i terzi deve essere represso anche se è fatto senza il dolo specifico di nuocere[28]. Con la sua condotta, infatti, il danneggiante invade comunque la sfera giuridica altrui (*ta'addi*) e l'ordinamento musulmano reprime simili comportamenti[29].

Un'altra scriminante che rende non ingiusto il danno consiste nell'eseguire gli ordini legalmente impartiti dall'autorità costituita. Il criterio che determina la legittimità o meno dell'ordine è grandemente influenzato dalla religione, in quanto è precluso all'autorità di emanare ordini che siano contrari alla legge divina in materia religiosa, o ai principi etico-religiosi da essa forniti per i comportamenti umani. Per l'effetto, l'ordine ingiusto (*zulm*) deve essere disatteso e l'eventuale obbedienza costituisce partecipazione colpevole al fatto illecito poiché "l'autorità del giudice non basta a rendere lecito (*halāl*) quello che in sé è peccato (*harām*)"[30].

Infine, il danneggiante è esonerato dalla responsabilità qualora abbia agito per legittima difesa. La legge consente al soggetto, la cui incolumità personale o i cui beni siano aggrediti, di farsi giustizia da sé nel caso in cui il ricorso alle ordinarie azioni di tutela risulti impossibile[31]. Si considera aggredito chi sorprende la moglie in flagranza di adulterio ed uccide il complice; la donna che uccide colui il quale tenta di farle violenza; chi uccide il ladro sorpreso nella propria casa, se quello tenta di far uso delle armi[32].

Nella difesa della propria persona o dei propri beni, l'aggredito deve comunque cercare di non eccedere, evitando di causare all'aggressore danni inutili o sproporzionati rispetto alla minaccia. Più specificamente, egli deve cercare di far desistere l'aggressore con condotte che possibilmente scongiurino l'evento, come intimare all'aggressore di desistere o dandosi alla fuga[33].

3. – Continua. Il nesso causale

Il danno è riconducibile al danneggiante quando è conseguenza immediata e diretta della sua azione[34]. A contrario, egli non sarà responsabile del danno quando siano intervenute delle cause esterne (*al-itlaf mubasharatun*) che da sole siano state idonee a cagionare il danno[35]. Più complicata è la soluzione nel caso in cui l'evento sia stato determinato da una due o più cause (*al-itlaf tasabbuban*).

Quando i comportamenti dannosi sono posti in essere da due soggetti diversi ed indipendenti l'uno dall'altro, vi sarà un concorso di responsabilità. Se invece uno di essi agisce in buona fede, ignorando cioè la dannosità del suo comportamento, sussisterà responsabilità esclusiva dell'altro soggetto. Ad esempio, Tizio ingaggia Caio per macellare una bestia e quest'ultimo la uccide sull'erroneo presupposto che essa sia di proprietà

di Tizio. In tal caso, Tizio sarà responsabile in prima istanza dell'uccisione della bestia, ma potrà rivalersi nei confronti di Tizio[36].

È anche configurabile il concorso colposo del danneggiato nella causazione del danno. Le conseguenze sono ancora più drastiche che nel nostro ordinamento, poiché il danneggiante è integralmente esonerato dalla responsabilità se il danneggiato ha colposamente contribuito al proprio danno. Si prenda ad esempio un negoziante che getta acqua nella porzione di strada pubblica antistante il suo negozio. Un passante, che volendo potrebbe passare altrove, decide comunque di camminare nella strada bagnata e cade riportando delle lesioni. Quest'ultimo, avendo colposamente contribuito a determinare l'evento dannoso non potrà validamente invocare la responsabilità del negoziante[37].

In casi particolari, come nel caso della rapina (*ghasb*), si verifica un'interruzione del nesso causale sicché l'autore dell'illecito è chiamato a rispondere dei danni occorsi al bene usurpato anche se essi non sono conseguenza diretta del suo comportamento, bensì di quello del legittimo proprietario, i cui effetti si manifestano quando il bene è nella disponibilità del rapinatore[38].

4. – Continua. L'elemento psicologico dell'illecito

Si è detto in precedenza che per la configurazione dell'illecito è necessario che oltre agli elementi oggettivi ricorra anche l'elemento psicologico. L'illecito può essere cagionato con dolo o colpa, e mentre la differenza tra questi ultimi è rilevante ai fini penalistici, specie in tema di delitti di sangue, in sede civile l'uno equivale l'altro, tanto che la dottrina parla di spontaneità del comportamento umano come sinonimo di volontarietà o intenzionalità[39].

Il dolo (*ta'ammud*) consiste in una intenzione maliziosa, talvolta frutto di premeditazione (*'amd ta'ammud*), che induce il soggetto ad agire con la finalità di arrecare nocumento[40].

La colpa (*hata'* o *khata*), invece, consiste nell'assenza di volontà o consapevolezza nella causazione del danno, ed è determinata dalla mancata osservanza di quelle cautele che ogni uomo di media avvedutezza adotta nella pratica degli affari quotidiani[41]. Un ulteriore parametro attraverso il quale stabilire la sussistenza di colpa è la prevedibilità del danno: se secondo l'uomo di media avvedutezza è prevedibile che dalla propria azione possa derivare un danno, ma si agisce egualmente, allora si è responsabili per i danni arrecati, altrimenti si è esonerati[42]. Ad esempio, è colposo il comportamento di chi appicca il fuoco in un campo in un giorno ventoso se poi l'incendio divampa nei dintorni, o chi slega lo schiavo dai vincoli e lo lascia scappare senza aver prima verificato le ragioni per le quali era stato legato.

Particolarmente interessanti sono poi le disposizioni circa l'imputabilità, in particolare del minore e del demente[43]. Più specificamente, la condizione del minore si divide in tre ulteriori stadi[44], il primo dei quali è l'età pre-discernimento che va dalla nascita ai sette anni. Durante tale periodo, affinché gli altri non vengano danneggiati da qualunque atto posto in essere dall'infante, quest'ultimo risponde personalmente con il proprio patrimonio dei danni da lui prodotti[45].

Durante il secondo stadio, detto anche età del discernimento, compreso tra l'età di sette anni e la pubertà, il minore è tenuto al risarcimento solo per i danni cagionati con premeditazione perché questa dimostra la capacità di ragionare e capire, condizione mentale che richiede che il bambino venga disciplinato e limitato nella libertà di agire[46].

Questa stessa disciplina viene applicata anche al malato mentale, che risponde pienamente degli atti compiuti negli intervalli di lucidità, e risponde secondo il regime indicato per quelli compiuti in stato di confusione mentale. Quando una persona non sia affetta da patologia mentale totale ma compia semplicemente degli atti che sono contrari al senso comune (deficiente), essa è pienamente responsabile per le sue azioni perché non le difetta la capacità di comprendere il senso delle sue azioni[47].

Il terzo ed ultimo stadio corrisponde alla pubertà e all'età adulta, dove il soggetto è ormai adulto e le sue facoltà mentali sono pienamente sviluppate, sicché egli è pienamente responsabile di tutti gli illeciti che dovesse compiere.

5. – I criteri classificatori del danno

Generalmente la dottrina distingue gli illeciti a seconda che riguardino i delitti di sangue (*dimā'*), i quali comportano per il colpevole l'applicazione di una sanzione dai connotati prevalentemente penalistici (*dīya* o in alternativa il prezzo del sangue), oppure i delitti civili che offendono i beni altrui (*gināyah*) cui la legge attribuisce conseguenze prevalentemente patrimoniali[48]. Tale distinzione non può essere, tuttavia, considerata netta ed incontrovertibile per le ragioni che seguono.

Il diritto musulmano, come accennato inizialmente, è un diritto religioso. Questo significa che in esso vi è una commistione di precetti religiosi, etici e morali con le norme di diritto in senso tecnico. La difficoltà di separare diritto e religione rende lapalissiana la difficoltà, se non l'impossibilità, di distinguere con nitidezza l'ambito penale dal civile. Più specificamente, la responsabilità da fatto illecito presenta dei peculiari problemi di inquadramento dogmatico e sistematico legati alla naturale vicinanza, e spesso coincidenza, dell'illecito civile con l'illecito penale. Anche nel nostro ordinamento, infatti, lo stesso fatto può integrare entrambe le forme di illecito e dunque dar luogo a responsabilità sia penale che civile a prescindere dal bene giuridico leso[49].

Per questi motivi, non pare potersi sostenere che l'elemento dirimente la distinzione tra i vari tipi di illecito e di responsabilità possa essere il bene giuridico leso oppure la natura della sanzione[50]. La modernizzazione del diritto musulmano e la vicinanza sempre maggiore con le codificazioni occidentali induce ad riflettere circa la validità di tale netta distinzione, e a considerare assimilabili le varie fattispecie dannose del diritto musulmano con le più moderne categorie del nostro ordinamento (danno patrimoniale e danno biologico), pur consci della impossibilità tecnico-giuridica che essa possa avere una perfetta corrispondenza e coincidenza nel mondo islamico[51]. Ad ogni modo, in questa sede ci si limiterà a trattare dei danni patrimoniali.

6. – Il danno patrimoniale. Il furto (*sariqah*)

Commette furto chiunque rimuove un valore patrimoniale (*māl*) altrui avente un valore minimo determinato (*nisāb*)[52] dal luogo in cui era custodito con l'animo di appropriarsene, ovvero chi sottrae un bambino dalla custodia (*hirz*) di coloro che su di esso hanno potestà legale[53].

Vi sono anche degli altri elementi costitutivi della fattispecie oltre quelli desumibili dalla definizione di cui sopra. In particolare, l'oggetto sottratto deve essere di proprietà di un'altra persona o quanto meno essere sotto il suo possesso o custodia (*hirz*)[54].

Inoltre, l'agente deve essere imputabile, cioè deve essere pubere e mentalmente sano e quindi tenuto ad osservare la legge (*mukallaḥ*)[55]. La necessità che il soggetto sia imputabile, e che soddisfi i requisiti di pubertà e sanità mentale, parrebbe essere in contrasto con il principio generale secondo il quale la responsabilità civile sorge per il solo fatto che sussista il danno. Nel caso in cui quest'ultimo sia causato dal minore di età o dall'infermo mentale, si è già notato in precedenza che essi non vengono esonerati da responsabilità poiché sono considerati causa efficiente del danno. Per questa ragione si esclude che la responsabilità per gli illeciti da loro compiuti ricada sui genitori o sul tutore[56].

Tuttavia tale contrasto si dimostra solo apparente se si considera attentamente la natura dell'illecito. Mentre il diritto civile, anche musulmano, conosce ed applica la responsabilità oggettiva, per l'attribuzione della responsabilità penale è richiesto un maggior rigore per l'imputabilità del reo. La maggior cautela che circonda l'indagine dell'accertamento della responsabilità penale è giustificata dalla maggior gravità della sanzione, l'applicazione della quale richiede effettiva e concreta comprensione delle proprie azioni. Riguardo il caso di specie, pare appena il caso di ricordare che la *sariqa* è uno dei sette reati per i quali il Corano prevede espressamente la pena *hadd*, che non è condonabile da parte dell'offeso[57].

Processualmente, i legittimati attivi sono il proprietario del bene sottratto, il titolare di un diritto reale sulla cosa ed il responsabile del bene nei confronti del proprietario in qualità di locatario o mandatario. Tuttavia, i genitori o altro ascendente del derubato non hanno legittimazione perché essi sono considerati *quasi domini*[58].

I legittimati passivi, invece, sono l'autore del furto ed i suoi eredi senza eccezione alcuna. In caso di concorso nel furto, tutti gli autori ed i relativi eredi sono solidalmente responsabili[59].

La sanzione penale comminata al ladro si basa sul taglione ed è molto severa: al primo furto gli viene mozzata la mano destra; al secondo la mano sinistra ed al terzo il piede destro. Se egli perpetra ancora altri furti è condannato ad una pena discrezionale o all'ergastolo[60].

Dal punto di vista civilistico, la regola generale prescrive che il bene (*māl*) sottratto debba essere restituito se al colpevole non viene applicata la pena della mutilazione. La restituzione deve essere effettuata in forma specifica oppure, quando ciò non sia possibile, dovrà essere corrisposto il suo equivalente. Se invece si tratta di beni di genere, egli dovrà restituire la stessa quantità e qualità dei beni sottratti[61].

Particolarmente meritevole di attenzione pare essere la figura dell'abuso di fiducia (*hiyānah*) che esclude gli effetti penali quando l'illecito sia commesso da un soggetto che abbia una speciale relazione fiduciaria con la vittima. Ad esempio, essa sussiste quando a commettere il furto siano il coniuge; l'operaio, il domestico o lo schiavo che rubano in casa del datore di lavoro o del padrone; l'ospite che sottrae beni nella casa dove è ospitato[62]. In tal caso, le uniche conseguenze per il ladro saranno di carattere civilistico secondo le indicazioni appena fornite.

Anche nel caso in cui la cosa rubata non sia tutelata dall'ordinamento (*gayr ma'sūm*) perché impura o illecita, come nel caso del vino o dei suini, la pena per il furto non si applica. Tuttavia, sul piano civile è necessario distinguere il caso in cui il bene non protetto dalla legge appartenesse ad un musulmano o meno. Nel primo caso questi non può chiedere la restituzione del bene o del suo corrispettivo perché ne sarà disposta la distruzione. Qualora il bene appartenga ad un non musulmano (*dimmi*), invece, il ladro sarà gravato dall'obbligazione restitutoria[63].

La disciplina del caso fortuito prevede una posizione aggravata del ladro: egli sarà assoggettato alla obbligazione restitutoria, o al pagamento del valore del bene, anche nel caso in cui sopraggiunga una causa di forza maggiore che rende impossibile la restituzione[64].

7. – Continua. La rapina (*gasb* o *ghashb*)

Il *ghashb* (rapina) può definirsi come l'annullamento violento[65] del legittimo possesso su un bene mobile [66] altrui, avente valore commerciale[67], ad opera dell'usurpatore il quale acquista il possesso illegittimo e palese del bene[68].

Per meglio comprendere le peculiarità dell'istituto, è interessante notare le differenze ed il rapporto della rapina con il furto. In primo luogo, il *ghashb* avviene alla luce del sole mentre il furto è un atto clandestino[69].

Inoltre, parte della dottrina considera la rapina come una forma aggravata del furto perché essa ne contiene gli stessi elementi costitutivi con l'ulteriore elemento aggravante dell'uso della violenza, dovendosi però escludere l'uso delle armi che altrimenti configura un diverso reato, il brigantaggio (*hirābah*)[70]. Non compie, invece, fatto illecito chi prende con violenza una cosa che gli appartiene o cui ha diritto.

Tale ricostruzione è però criticata sulla base di rilievi che paiono convincenti. In primo luogo è vero che tra furto e rapina può ravvisarsi identità di azione esecutiva, ma ciò non significa che le due fattispecie siano identiche; perché si abbia rapina deve comunque ricorrere l'ulteriore elemento dell'esercizio della violenza[71]. Se poi si considerano tutti gli elementi caratteristici dei due reati, ivi comprese le pene conseguenti, emerge che il *ghashb* viene punito con il *ta'dib*[72], che è una pena applicabile discrezionalmente *ad arbitrium iudicis*. Ciò lo differenzia nettamente dal *sariqa* che, come visto in precedenza, fa parte dei reati tassativamente indicati nel Corano come punibili con pena fissa (*hadd*). Dalla diversa natura della pena si desume anche la diversa natura del

reato, con il risultato che la rapina deve essere considerata un autonomo titolo di reato e non una mera forma aggravata del furto[73].

Per quanto concerne i rimedi esperibili in caso di *ghasb*, un orientamento dottrinale minoritario, oltre alla tutela giudiziale, individua due ulteriori strumenti rimediali: l'autotutela (*taqas*) e compensazione del credito, nonché la tutela amministrativa[74].

In via di principio è concesso ampio spazio alla possibilità di agire in via di autotutela (*taqas*) per la protezione dei propri interessi, sicché il ricorso alla fase esecutiva richiede l'intervento del giudice solo quando vi siano in gioco interessi che riguardano l'intera collettività. Ad esempio, il diritto di un soggetto di punire il colpevole di calunnia o diffamazione non può essere esercitato senza il permesso del giudice musulmano perché questo caso attiene all'area del diritto penale che protegge l'onore di ciascuno, e pertanto esige il controllo dell'autorità. Al contrario, l'autotutela può essere eseguita quando è coinvolto un diritto strettamente individuale quale quello di proprietà. Pertanto, nel caso in cui il soggetto abbia subito la rapina di un bene materiale, egli sarà legittimato a reimpossessarsi del bene senza la necessità di instaurare un giudizio, e quindi senza che la sua attività sia sottoposta al controllo del giudice[75]. La base legale di tale regola deriva direttamente dalle parole del Profeta secondo il quale "la gente ha il dominio sulle sue proprietà"[76].

Se invece il diritto vantato dal soggetto è un'obbligazione contrattuale o pecuniaria, ed il debitore riconosce il debito ed è disposto all'esecuzione o al pagamento, allora il creditore deve obbligatoriamente esigere l'adempimento in via diretta della prestazione o il pagamento. Egli non è, invece, autorizzato a soddisfare la propria pretesa creditoria sui beni del debitore. La *ratio* giustificatrice di questa disposizione è che il diritto di credito è generico, e pertanto spetta al debitore scegliere e prendere un determinato oggetto per il pagamento del proprio debito. Al contrario, se il debitore nega l'esistenza del credito, il creditore è costretto ad intraprendere una iniziativa giudiziale[77].

Passando ad analizzare la seconda forma di tutela, si può notare che nel mondo islamico contemporaneo la tutela amministrativa ha luogo nei Tribunali Amministrativi, che sono generalmente istituiti dai Governi al precipuo scopo di vagliare le istanze contro l'agire amministrativo, come ad esempio nel caso di espropriazioni e nazionalizzazioni[78]. Lo sviluppo e la moltiplicazione di simili processi nei tempi moderni ha comportato l'estensione dell'autorità degli Stati e la conseguente crescita e varietà della natura delle dispute sorte tra Stati e soggetti portatori di interessi non governativi. Tale espansione prospetta una serie di profili problematici che possono essere meglio compresi se paragonati alla tutela giudiziale. Rispetto a quest'ultima, ad esempio, la tutela amministrativa non garantisce alcuna salvaguardia procedurale, ed inoltre le sue decisioni sono fortemente connotate dalla discrezionalità, con conseguente influenza politica e amministrativa sulle decisioni[79].

Tale impostazione dottrinale dei rimedi, approntati sulla base di una nozione allargata di *ghasb*, è tuttavia isolata in dottrina. La possibilità di esperire le tutele di cui sopra, infatti, presuppone la lesione di numerosi diritti ed interessi estremamente eterogenei nella loro natura ed identità, che esulano dal concetto tradizionale di *ghasb*. Essi, infatti, spaziano dalla sottrazione violenta di beni mobili altrui all'espropriazione o nazionalizzazione di beni immobili, dall'impugnazione degli atti amministrativi illegittimi fino alle questioni contrattuali od obbligatorie. Pertanto, pare condivisibile l'orientamento maggioritario che vede nella tutela giudiziale l'unico strumento a disposizione del danneggiato per reagire al *ghasb*.

Sul piano del diritto civile, quest'ultimo è un peccato (*ithm*) che obbliga all'immediata restituzione (*radd*) nei confronti del proprietario (*taslīm ilā 'l mâlik*), da effettuarsi nell'identico luogo ove avvenne l'usurpazione o, se il reo ha trasportato la cosa altrove, da riportarsi nel luogo in cui era stata presa. Se si tratta di beni di genere, invece, il rapinatore sarà tenuto a restituire beni nella stessa quantità e qualità.

Se il bene usurpato è una cosa determinata (*'ayn*) ed il bene è stato consumato (*ta'yīb*), distrutto (*halāk*) o disperso in conseguenza dell'aggressione, l'usurpatore deve restituire un bene dalle caratteristiche simili (*ii'tai mislihi*) o corrispondere l'equivalente secondo il valore che il bene aveva al momento dell'appropriazione[80].

Sul punto, la scuola Malikita compie una ulteriore distinzione rispetto alle altre Scuole, differenziando l'ipotesi di deterioramento (*ta'yīb*) dal quella di perimento (*halāk*): nel primo caso lo spogliato ha la facoltà di lasciare la cosa all'usurpatore o riprenderla nello stato in cui si trova, fatto salvo un risarcimento (*arš*) per il minor valore. Nel caso di perimento, invece, il danneggiato è risarcito per il valore che il bene aveva il giorno in cui è stato usurpato[81].

La restituzione della cosa include anche gli accessori, pertinenze e frutti. Quanto ai frutti, è ormai pacificamente accettato da tutte le scuole che l'usurpatore debba corrispondere solo quelli effettivamente percepiti, e non anche quelli dei quali avrebbe potuto godere[82].

Se durante il possesso illecito l'usurpatore ha sostenuto delle spese per la conservazione delle cose o la percezione dei frutti stessi, egli le può detrarre da quanto deve corrispondere al legittimo proprietario. Tuttavia, se le spese sono superiori ai frutti, egli non può agire contro lo spogliato per ottenere la differenza[83].

Per quanto concerne il rapporto di causalità, è previsto che l'usurpatore (*ghasib*) assuma su di sé ogni responsabilità, interrompendo con il proprio comportamento ogni relazione che il danno abbia con le azioni compiute dal proprietario. Da ciò consegue che l'usurpatore risponde per la perdita (*halāk*) della cosa usurpata (*maghsûb*) persino nel caso in cui il perimento sia la conseguenza di un precedente atto del proprietario, del fatto del terzo o determinato da forza maggiore[84]. Pertanto, il *ghasb* rende l'usurpatore responsabile anche quando l'evento dannoso si sarebbe verificato nel caso in cui il bene fosse rimasto nella disponibilità del legittimo proprietario. Ad esempio, l'usurpatore (*ghasib*) risponde della morte del bambino se questi sia morto a causa di un fulmine o del morso di serpente, perché egli attraverso il *ghasb* lo ha esposto a tali pericoli.

Il legittimato attivo processuale è la vittima della rapina ed i suoi eredi. Quello passivo è l'autore della rapina o, se i colpevoli sono più d'uno, tutti gli autori solidalmente. L'azione compete anche contro gli eredi del rapinatore in quanto abbiano profittato della rapina[85].

8. – Continua. Il danneggiamento (*Ta'addī*)

Fornire una traduzione del termine *ta'addī* è particolarmente arduo perché esso corrisponde ad uno dei concetti più generali ed ampi che si conoscano nel diritto musulmano. Letteralmente esso può essere tradotto con

“trasgressione” o “prevaricazione”[86], mentre in ambito giuridico si contraddistingue per l'ampia serie di significati, anche molto diversi tra di loro, che ingloba in sé. In dottrina il termine *ta'addī* viene fatto corrispondere a numerose fattispecie, tra le quali si segnalano: a) danneggiamento, ovvero l'arrecare danno alla cosa altrui senza l'animo di appropriarsene né di usurparne l'uso, ma con il solo intento di nuocere e per solo impulso di malvagità; b) abuso del diritto; c) ritardo senza giusta causa nell'adempimento dell'obbligazione; d) appropriazione indebita, con o senza violenza, dell'uso o godimento del bene (*manfa'a*), e non della sostanza della cosa (*raqabah*).

Con riguardo a quest'ultimo elemento, esso è riscontrabile presso la scuola Malikita e nel *fiqh* fatimida[87] quale portato della diversa classificazione del *ghasb* rispetto alle altre scuole[88]. Tale diversa impostazione induce a ritenere che al *ghasb* corrisponda solo l'appropriazione violenta della cosa altrui, mentre l'usurpazione, con o senza violenza, dell'uso o del godimento della cosa configuri *ta'addī*. In tal caso l'usurpatore agisce contro la volontà del proprietario per adoperare la cosa a proprio vantaggio, senza l'intenzione di appropriarsene (*raqabah*) [89]. I rimedi esperibili nei due casi sono molto simili, ad eccezione di quanto disposto in materia di frutti, poiché di essi sono dovuti sia quelli percepiti che quelli che si sarebbero potuti ottenere. Ad esempio l'usurpatore che si impossessi di un campo e non lo colti, deve corrispondere sia i frutti che abbia effettivamente raccolto, sia quelli che avrebbe potuto raccogliere se avesse coltivato il campo[90]. Ad ogni modo è dovuta la corresponsione dell'equivalente per il godimento del bene. Ad esempio, se si è occupata una casa, deve corrispondersi il prezzo della locazione per un'abitazione simile[91].

Per quanto concerne l'abuso del diritto[92], in questa sede si richiama quanto illustrato in precedenza[93]. La figura del *ta'addī* inteso come danneggiamento merita, invece, un ulteriore approfondimento. Si è anticipato in precedenza che esso si configura quando il danneggiante deteriora il bene altrui senza diritto e senza lo scopo di trarne vantaggio. La figura può essere assimilata al nostro danneggiamento, o al latino *damnum iniuria datum* [94].

Perché si possa parlare di *ta'addī* è anzitutto necessario che sussista un danno, cioè una diminuzione patrimoniale causata dal deterioramento o dalla distruzione[95] di un bene avente valore commerciale (*māl*)[96], ovvero dal fatto che il bene divenga inservibile per l'uso cui è destinato[97].

Mentre la distruzione dei beni comporta il risarcimento pecuniario del danno per equivalente o, se si tratta di beni di genere, la loro reintegrazione in quantità e qualità uguali a quelli distrutti, le conseguenze che derivano dal danneggiamento sono più articolate e connesse alla gravità dello stesso. Infatti, se la cosa diviene inservibile per l'uso cui è destinata, la quantificazione del danno per equivalente è rimessa al prudente apprezzamento del giudice. Il danneggiato, tuttavia, ha la facoltà di scegliere se ottenere la restituzione del bene nello stato in cui si trova, ed il risarcimento (*arś*) per la differenza di valore del bene, oppure lasciare il bene al danneggiante e chiedere il pagamento dell'intero valore. Se la cosa non è diventata inabile all'uso cui era destinata, ma ha comunque subito una diminuzione di valore, il danneggiato può chiedere la differenza di valore (*quanti minoris*). Infine, se il danno è lieve e facilmente riparabile, il danneggiante deve operare la riduzione in pristino, stante l'assoggettabilità all'*actio quanti minoris* ove ne ricorrano i presupposti[98].

I legittimati attivi a proporre l'azione risarcitoria sono il proprietario della cosa ed i suoi eredi, il possessore, anche di mala fede, e chi vanta sulla cosa un diritto di godimento (*haqq al-manfa'ah*)[99]. Il principio generale valido in materia di legittimazione passiva prevede che la responsabilità ricada sul danneggiante o, in caso di usurpazione del bene, su colui il quale ha la disponibilità del bene nel momento in cui questo è stato danneggiato o distrutto[100].

È di grande interesse, poi, la correlazione del *ta'addī* con due ipotesi di responsabilità contrattuale, la prima delle quali concerne la disciplina per il ritardo senza giusta causa nell'adempimento delle obbligazioni. Nel mondo musulmano la disciplina tradizionale della mora (*matl*) determina degli effetti molto diversi da quelli che l'istituto assume nella tradizione romanistica, essendo proibito chiedere al debitore moroso la corresponsione di interessi di qualsiasi genere. L'inadempimento, infatti, è un grave peccato che rende il debitore colpevole davanti a Dio ed alla sua coscienza piuttosto che verso il creditore[101].

Tuttavia, recentemente si riscontrano delle dottrine che configurano il ritardo nell'adempimento come un danneggiamento (*ta'addī*) al patrimonio del creditore, obbligando l'autore al risarcimento del danno. Quest'ultimo mira a compensare il danno sofferto dal creditore per la mancata disponibilità di denaro per il periodo del ritardo, generando una obbligazione risarcitoria che si somma alla restituzione del capitale oggetto dell'obbligazione[102].

L'altra ipotesi di *ta'addī* derivante da fonte contrattuale consiste nell'usurpazione del godimento della cosa altrui della quale si dispone in ragione del contratto, senza però l'*animus* di appropriarsi della cosa. La fattispecie è simile a quella precedentemente illustrata, con l'ulteriore elemento del vincolo contrattuale, come per esempio nel caso del depositario che utilizza la cosa depositata, oppure del comodatario che usa la cosa comodata per un uso più oneroso di quello pattuito[103].

Abstract

The essay proposes the analysis of the tort liability in Islamic law. For the Italian scholars this topic is made difficult by structural and conceptual diversity of Western and Islamic legal systems. Therefore, it is studied the case of non-contractual damages in accordance with the basic elements of Italian law (tort as source of obligation; injustice of the damage; causation; psychological element). Finally, the analysis focuses on economic harm (theft, robbery, damage).

[Per la pubblicazione degli articoli della sezione “Contributi” si è applicato, in maniera rigorosa, il procedimento di *peer review*. Ogni articolo è stato valutato positivamente da due *referees*, che hanno operato con il sistema del *double-blind*].

[1] G.H. BOUSQUET, *Précis de Droit Musulman – Principale ment mâlékite et algérien, précis élémentaire*, Alger, 1950, 243 insegna che nei libri di *fiqh* il materiale concernente contratti ed obbligazioni è disciplinato dettagliatamente secondo il metodo degli Autori musulmani. Tale metodo diverge nettamente da quello utilizzato nei codici europei soprattutto perché in diritto musulmano non c'è uno spirito strettamente giuridico-legale. Nell'affermare perentoriamente che "*Les principes généraux manquent*", l'Autore mette in luce è l'elenco dei casi di specie e le loro soluzioni a determinare la regola da applicare. Per quanto interessa in questa sede, si rileva la mancanza di una teoria generale delle obbligazioni. I giurisperiti non hanno mai pensato di formulare principi generali in materia di rischio, giusta causa, responsabilità. In questo senso, l'approccio metodologico attraverso la casistica pare essere più vicino alla tradizione di *common law* rispetto a quella di *civil law*.

[2] E. BUSSI, *Recensione ad A. GNECCO, Aspetti di diritto agrario libico*, in *Archivio Giuridico*, Modena, 1941, vol. CCXXV, 1941, 123.

[3] E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Bari, 2004, 64-65.

[4] Lo stesso E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Bari, 2004, 64 invita a «sforzarsi di ragionare secondo il modo dei dottori musulmani», pur adottando nella sua opera il criterio espositivo basato sulla stretta comparazione con il diritto romano. Tra gli altri autori che adottano lo stesso criterio si vedano, tra gli altri: F. CASTRO, *Il modello islamico*, a cura di G.M. Piccinelli, Torino, 2007; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I e II, Roma, 1925; J. EL-HAKIM, *Le dommage de source délictuelle en droit musulman*, in *Université Saint-J. – Beyrouth, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques*, Paris, 1964; S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic law*, Glasgow, 1983. Per una esposizione della materia secondo la manualistica dei *Torts* anglosassoni, cfr. L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, Lahore, 1988.

[5] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, Roma, 1925, VIII, individua nel diritto musulmano un diverso criterio ordinatore all'interno dei diritti patrimoniali, trovandolo nella distinzione tra sostanza della cosa (*dāt, raqabah*) e godimento delle utilità (*huqūq al-manāfi*) che la cosa stessa è in grado di fornire. Pertanto, dall'integrazione dei sistemi classificatori romanistici e musulmani emerge che il diritto musulmano distingue i diritti reali in sostanza della cosa (*dāt, raqabah*), coincidente con il *corpus rei*, e diritti di godimento delle utilità (*huqūq al-manāfi*) che si possono trarre dalla cosa, corrispondenti agli *jura in re aliena*. Simmetricamente, anche nel diritto obbligazionario sussistono rapporti che investono la cosa (*dāt, raqabah*) e che si sostanziano nel trasferimento del diritto di proprietà o del possesso, oppure il godimento temporaneo delle utilità o vantaggi che la cosa può offrire.

[6] J. EL-HAKIM, *Le dommage de source délictuelle en droit musulman*, cit., 13, si esprime nel senso che nella tradizione musulmana manca una teoria generale del diritto delle obbligazioni. Semmai, si ricorre all'approfondimento del caso di specie per poi arrivare ad elaborare delle regole di carattere generale. Nello stesso senso si esprime F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 68, secondo il quale "manca in diritto musulmano un concetto e un termine generali che esprimano l'obbligazione in senso tecnico", anche se poi da contezza del fatto che Ch. Chehata per la scuola hanafita e Santillana per la scuola malichita "hanno tratto dalla casistica delle fonti il materiale per una esposizione di una teoria generale delle obbligazioni che però non presenta nessuna caratteristica peculiare, né per fonti, né per materia di adempimento, né circa le cause di estinzione".

[7] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 2, specifica che *ayn* è l'oggetto specificamente individuato, ciò in cui consiste la prestazione dovuta dal debitore, mentre *dayn* è il diritto patrimoniale (debito o credito) che riguarda la persona.

[8] A parte qualche piccola differenza non significativa, la dottrina è sostanzialmente concorde circa l'esistenza di due fonti delle obbligazioni (*sabab*): il contratto ed il fatto illecito.

Vi è chi compie una netta distinzione preliminare tra obbligazioni derivanti da atto lecito (*iltizām*) rispetto a quelle derivanti da fatto illecito (*dhimma*). V. F. CASTRO, *Voce Diritto Musulmano*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, vol. VI, Torino, 1990, 307.

D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 13, opera una distinzione sulla base delle indicazioni fornite dalla scuola Hanafita, seguita anche dai Malichiti. Essa sancisce che la dichiarazione di volontà è letteralmente "atto (o fatto) verbale" (*tasarruf qawī*), mentre il fatto illecito coincide con "l'atto (o fatto) concreto o effettivo" (*tasarruf fi'l*).

Analogamente si esprime per la scuola Sciita S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic law*, cit., 1, che molto incisivamente scrive che le basi della responsabilità di una persona per l'usurpazione dei beni altrui può essere sia contrattuale che delittuale. La differenza tra le due fonti consiste nella natura consensualistica del contratto, mentre quella delittuale fa sorgere automaticamente la responsabilità. Sul tema, si veda esaurientemente anche l'opera di H. AL-KHATIB, *Responsabilité délictuelle and contractuelle*, Basrah, Iraq, 1968.

[9] L.A.K. NIAZI, *Islamic law of contract*, Lahore, 1990, 9 ss.

[10] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic law*, cit., 8; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, Roma, 1925, 70.

[11] Secondo l'opinione di J. EL-HAKIM, *Le dommage de source délictuelle en droit musulman*, cit., 13, il diritto musulmano è stato influenzato in questo settore dal diritto romano nel suo primo stadio di evoluzione. Infatti, la distinzione tra delitti civili e delitti penali è il frutto di tale contaminazione, sebbene successivamente il diritto romano abbia ulteriormente raffinato la sua teoria dell'illecito con la creazione della figura del quasi-delitto.

Il fatto che il diritto musulmano non abbia compiuto ulteriori elaborazioni in merito alla distinzione tra delitti e quasi delitti sulla scia romanistica non comporta tuttavia risultati applicativi pratici significativamente diversi. G.H. BOUSQUET, *Précis de Droit Musulman – Principale ment mâlékite et algérien, précis élémentaire*, cit., 245, premette che «*Les délits et quasi-délits sont source d'obligation*», ma la distinzione tra le due categorie non è così rilevante perché in entrambi i casi sorge l'obbligo di compensare il danno causato. Il *fiqh* non determina conseguenze applicative differenti a seconda che l'illecito sia compiuto dolosamente e colposamente, così che la distinzione tra delitto e quasi-delitto perde d'interesse pratico.

[12] Non pare questa la sede più appropriata per riferire del dibattito che ha appassionato la dottrina nel tentativo di individuare quali fossero gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto. Pare sufficiente ricordare che alcuni ritengono la nozione dell'abuso del diritto fondata su elementi oggettivi, e cioè il mancato esercizio del diritto conformemente alla sua destinazione economica e sociale. Altri, invece, si basano sull'elemento soggettivo dell'intenzione di nuocere. Per altri ancora l'abuso consiste nel pregiudizio causato ad altri senza un interesse serio e legittimo del titolare del diritto.

[13] La tripartizione, alla quale fa seguito una dettagliata analisi della casistica per ciascuna delle tre categorie, è operata da M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, Alger, 1910, 301 ss.

[14] M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 310, sottolinea che l'equità è un principio che domina il diritto musulmano, direttamente influenzato dagli insegnamenti religiosi. Sotto questo profilo si configura una equivalenza tra la prescrizione per ogni musulmano di operare il bene verso gli altri musulmani, ed evitare di porre in essere dei comportamenti privi di giovamento per chi li compie, ma dannosi per chi li subisce.

[15] L'insegnamento è di Khalil, che equipara gli schiavi di ambo i sessi alla figlia impubere, cfr. M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 302. In questo caso l'esercizio del diritto è patologico perché non è conforme alla sua destinazione sociale, che è quella di contrarre matrimonio nell'interesse della figlia o dello schiavo.

[16] M. D'OHOSSON, *Tableau général de L'Empire ottoman*, 197; M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 302, riportano l'insegnamento di Ibrahim Halebi secondo il quale il ripudio è un atto riservato al volere del marito. La libertà del marito è tuttavia limitata dalla legge Divina che richiede la sussistenza di gravi motivi per lo scioglimento del vincolo matrimoniale: "Che Dio maledica chiunque ripudia la sua donna per il solo motivo del piacere!". Nella giurisprudenza algerina, v. Cour d'Alger, 24 ottobre 1879, in *Bul. Jud. Alg.*, 1880, 287; Juge de paix de Cherchell, 1er décembre 1903, in *J. des trib. Alg.*, 17 febbraio, 1904, che conformemente hanno sentenziato che devono ricorrere seri e degni motivi per ripudiare la moglie.

[17] Per un'ampia panoramica casistica, cfr. M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 303-306.

[18] C. EL-CHÂRÂNI, *Balance de la loi musulmane*, trad. N. Perron, in *Revue africaine*, 1870, 468; M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 300 ss., i quali criticano severamente la determinazione di cui all'art. 91 del codice civile ottomano. L'Autore, infatti, osserva che esso è un codice Hanafita che è stato promulgato in tempi relativamente recenti. I principi contenuti nel suo art. 91 sono contrari alle determinazioni stabilite dalle Scuole ortodosse e dai Malikiti. Per di più, lo stesso Abu Hanifa, fondatore della scuola Hanafita, insegna che chi scava una fossa deve sorvegliarla, e se non la copre è responsabile degli incidenti che può provocare. Queste ragioni inducono a ritenere che il dettato dell'art. 91 del codice ottomano non possa essere considerato come l'espressione della dottrina musulmana tradizionale, ma piuttosto dell'opinione personale dei redattori del testo legislativo.

[19] La statuizione si rinviene all'art. 41, n. 3 del previgente codice dello stato delle persone egiziano.

[20] Alcuni giuristi sono dell'avviso che quando un muro sia crollato per mancata manutenzione, il proprietario del muro può essere obbligato a ripararlo, se tale mancanza nuoce al vicino, v. M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 307.

[21] Cfr. il previgente codice dello stato delle persone egiziano, art. 17, n. 2.

[22] C. EL-CHÂRÂNI, *Balance de la loi musulmane*, cit., 229.

[23] In questo senso si esprime il previgente codice dello stato delle persone egiziano, art. 207, secondo comma.

[24] V. l'art. 215 del previgente codice dello stato delle persone egiziano. Conformemente si esprimono anche i giurisperiti Khalil e Ibrahim Halebi, in M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 308.

[25] La posizione è di Malek che applica così l'insegnamento del Profeta in base al quale non bisogna arrecare alcun danno agli altri, sia che da ciò se ne riceva un vantaggio sia che non se ne riceva. Secondo la scuola Malikita, l'intenzione di danneggiare gli altri annulla il diritto del suo titolare, v. M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 308.

[26] A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, Lahore, 1911, 278, al proposito ricorda che nell'esercizio fisiologico ed ordinario del suo diritto, il titolare non è responsabile dei danni causati all'altra persona o ai suoi beni in quanto non può essere tenuto a limitare l'esercizio del proprio diritto per tenere indenne l'altro. Ad esempio, un Musulmano sospende un candeliere nella moschea del luogo in cui vive come regalo pio e quest'ultimo cade ed uccide un passante. In tale caso egli non sarà responsabile perché come abitante ha il diritto di decorare la moschea, e l'esercizio del suo diritto non può essere al contempo la causa del fatto illecito.

[27] M. MORAND, *Études de droit musulman Algérien*, cit., 304; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 380-381, il quale porta alcuni esempi di abuso del diritto, come il caso del proprietario che abusa del proprio diritto erigendo un muro con l'unico intento di privare il vicino del sole; è anche censurabile il comportamento di colui che, dopo aver subito un danno, compie la stessa azione ai danni del suo danneggiante per mera ritorsione o, ancora, chi "per odio o per nuocere" revoca al vicino la facoltà precedentemente concessa di appoggiare una trave al proprio muro.

[28] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 72-73, riporta un *hadîf* del Profeta, che è regola di procedura islamica, secondo la quale "*Lā darara wa lā dirāra*", ovvero "E' ufficio del giudice far cessare ogni danno ingiusto".

[29] Pertanto, il giudice deve condannare il proprietario di un edificio che eccede il suo diritto arrecando danno (*mudārr*) ad altri nella sopraelevazione della sua costruzione in modo tale da togliere al vicino la luce o la corrente d'aria. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 381-382, porta anche il caso di chi possiede una pianta sul fondo altrui e passa continuamente sul fondo ove il vicino abita con la famiglia con il pretesto di curare la pianta. Ebbene, questi sarà considerato danneggiante (*mudārr*) nel senso tecnico che in latino corrisponde al brocardo *qui jure suo abutitur*. Lo stesso principio si applica anche in caso di molestia del possesso. In questi termini, la fattispecie non pare impropriamente accostabile ai limiti posti al diritto di proprietà in Italia dalla Costituzione (art. 42) e dal codice civile (art. 844).

[30] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 73. Tale statuizione è conforme all'*hadîf* che recita "*lā tā'ah li-mahlūq fī ma'siyat al-hāliq*" ovvero "nessuna obbedienza (è dovuta) alla creatura (all'uomo) nel disobbedire al Creatore".

[31] A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, Lahore, 1911, 276 riferendosi ai principi sanciti dalla "*Muhammadan Law*" stabilisce che il diritto di agire per legittima difesa spetta non solo in caso di aggressione alla propria incolumità personale o dei propri beni, ma anche a quelli dei passanti. La *ratio* giustificatrice è da rinvenirsi nella perdita di protezione in danno di chi agisca armato contro un altro.

[32] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 73. Secondo il giureconsulto Halil "si può respingere colla forza l'aggressore... ed è lecito ucciderlo, qualora la difesa non sia possibile in altro modo". La legittimità dell'uccisione dell'aggressore si ha non solo quando si debba difendere la propria vita o la propria incolumità personale, ma anche quando si difendano i propri beni. Così, ad esempio, agisce legittimamente chi insegue ed uccide il ladro che di notte tenta di scappare con il bottino se non era possibile attendere i soccorsi. In questo senso cfr. A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 276.

[33] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 73.

[34] G.H. BOUSQUET, *Précis de Droit Musulman – principale ment mâlékite et algérien, précis élémentaire*, cit., 245, al riguardo scrive testualmente che "*Un principe important est que le dommage doit avoir été causé de la façon la plus directe*". Nello stesso senso, v. L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 237, secondo il quale la responsabilità non si estende mai agli incidenti che sono collegati all'attività del danneggiante solo in modo remoto.

[35] G.H. BOUSQUET, *Précis de Droit Musulman – principale ment mâlékite et algérien, précis élémentaire*, cit., 245 nota che nella maggior parte dei casi il danneggiante è esente da responsabilità in caso di forza maggiore o caso fortuito.

[36] A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 277-278.

[37] In tal senso, v. A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 279.

[38] Per un'analisi più approfondita dell'interruzione del nesso di causa nella *ghasb*, v. *infra* paragrafo n. 7.

[39] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 10, precisa che l'espressione "intenzionalmente" è usata dai giuristi per indicare anche i casi di colpa, negligenza e mancanza di attenzione. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 71, approfondisce il pensiero delle Scuole Malichita e Sciafiita, secondo le quali quando si tratta di beni altrui la colpa (*hata'*) è equiparata al dolo (*'amd*). Da ciò consegue che «è volontario ogni fatto dovuto all'azione spontanea dell'uomo; volontarietà è, in questa materia, sinonimo di spontaneità».

[40] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol I, cit., 70.

[41] Un orientamento dottrinale sostiene che il concetto di colpa sia sconosciuto al diritto musulmano, v. J. SCHACHT, *An introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, 182. Tale posizione è tuttavia rimasta isolata. In senso dichiaratamente contrario, infatti, si esprime L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 234 che spiega che da quando Dio ha dato all'uomo la capacità di pensare e capire, questo è responsabile per le sue azioni. Ciò implica che su ciascuno grava l'obbligo di agire, o astenersi dal farlo, sulla base delle circostanze esistenti, con la conseguenza che il mancato esercizio delle attenzioni e cure proprie dell'uomo medio determina l'insorgere della colpa. Conformemente, v. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 70-71, secondo il quale "la colpa, dicono le fonti, è ciò che viene fatto senza intenzione". L'esempio di Abū Yūsuf chiarisce che "è colpa il fatto di colui che prende di mira una certa cosa e ne colpisce un'altra"; analogamente al-Mugīrah dice che "è colpa colpire un oggetto, quando si aveva l'intenzione di colpirne un altro". Riguardo al criterio da adottare nel valutare la colpa, Al-Burzulī dice che "è colpa quando non si fa ciò che fanno ordinariamente gli uomini".

[42] L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 235-237.

[43] G.H. BOUSQUET, *Précis de Droit Musulman – principale ment mâlékite et algérien, précis élémentaire*, cit., 245, secondo il quale l'incapace può essere considerato responsabile per i danni cagionati.

[44] Tradizionalmente, il campo in cui si sviluppano maggiormente le tematiche relative all'imputabilità è quello penalistico. Difatti, un contributo rilevante sul punto, anche in chiave civilistica, deriva da A.F. BAHNASSI, *Criminal Reponsability in Islamic Law*, articolo citato in M.C. BASSIOUNI, *The Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications, New York, 1982, 192-193; conformemente, v. L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 328 ss.

[45] L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 328; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 78-79, accomuna la posizione dell'infante, dell'impubere e della donna maritata. Il padre ed il tutore non sono mai chiamati a rispondere delle azioni di questi perché la responsabilità del minore non ha per fondamento non l'imputabilità, ma il danno arrecato ai beni altrui (cfr. Lib. V, § 21). Il marito non risponde mai dei danni e dei fatti delittuosi della moglie in virtù della indipendenza economica dei coniugi che rende la donna personalmente responsabile sui propri beni, tanto civilmente quanto penalmente (cfr. Lib. V, § 16). Conformemente, v. F. CASTRO, *Voce Diritto musulmano*, cit., 306, che in chiave evolutiva sottolinea che in taluni ordinamenti contemporanei la responsabilità del genitore e del marito è stata introdotto nei codici civili, segno della recezione del modello romanistico.

[46] Nell'età del discernimento, il bambino potrebbe essere sottoposto a tutela (*Qisās*) ma in realtà egli è lasciato in libertà perché è dubbio che tale sanzione gli si attagli in modo appropriato in considerazione della sua non completa maturità. Si crea così un sistema binario dove il bambino risponde civilmente dei danni che cagiona, ma non ne risponde penalmente, in virtù di maggiori cautele che circondano la responsabilità penale rispetto a quella civile. Pertanto, egli è responsabile per il furto delle cose che abbia rubato perché tale responsabilità è di carattere patrimoniale, mentre in caso di omicidio la sanzione consiste nella sua diseredazione.

[47] A. RAHIM, *Muhammadan Juriprudence, All Pakistan Legal Decisions*, Lahore, 1977, 244-245, afferma che i soggetti affetti da disordine mentale sono responsabili per gli illeciti civili da loro commessi perché la malattia mentale non è una scusante. La scuola Malikita, invece, ritiene che l'infirmità mentale sia una causa di sospensione dell'esecuzione della condanna emessa a carico del demente, che può convertire la pena con il pagamento di una indennità o, secondo un'altra opinione, può soddisfare l'altrui pretesa con il pagamento del *diya* (prezzo del sangue). Comunque, essi rispondono dei danni che cagionano perché il loro comportamento ne è origine o causa efficiente, non già in quanto causa volontaria del danno, v. L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 336; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. I, cit., 72. Secondo la scuola Hanafita, invece, nel caso di sanzione retributiva, è preferibile che essa sia sostituita con una indennità, nonostante l'analogia (*Qiyās*) richieda una sanzione retributiva, v. A.F. BAHNASSI, *Criminal Reponsability in Islamic Law*, cit., 187.

[48] F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 73; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 452 ss.

[49] Si pensi, ad esempio, alle lesioni personali che sono sanzionabili ai sensi degli artt. 582, 590 c.p. con pena detentiva, ed allo stesso tempo risarcibili monetariamente in sede civile a titolo di danno biologico ex art. 2043 c.c. Allo stesso modo, in caso di danneggiamento, il danneggiante sarà penalmente responsabile ai sensi dell'art. 635 c.p., ma anche condannabile civilmente al pagamento della somma di denaro necessaria per riparare il danno. Come si può notare, dunque, lo stesso fatto lesivo della salute o del patrimonio altrui determina l'insorgere di entrambi i tipi di responsabilità.

[50] La stessa dottrina che esclude i delitti di sangue dall'ambito dell'illecito civile ammette tuttavia che "essi hanno bensì conseguenze patrimoniali per il loro autore, ma queste si confondono colla sanzione penale sotto forma di composizione o prezzo del sangue (*diya*)", D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 452. Siffatto inquadramento non pare tenere in debita considerazione il fatto che anche negli illeciti qualificati come "delitti civili" vi è commistione tra conseguenze civilistiche e penalistiche. Inoltre, la quadripartizione operata da Santillana circa i delitti civili evidenzia una singolare vicinanza di essi con altrettante ipotesi di reato nel nostro ordinamento: furto (*sariqah*), rapina (*ghasb*), furto d'uso (*ta'addi*) e danneggiamento o danno fatto con lo scopo di nuocere (*ta'addi*). Ad essi si aggiunge il ritardo nell'adempimento delle obbligazioni che pare essere l'unico illecito di carattere esclusivamente civilistico. Per queste ragioni non pare potersi accogliere l'obiezione che la natura della responsabilità deriva dal tipo di sanzione, perché anche nel caso di lesione di beni patrimoniali il diritto musulmano tradizionale commina sanzioni di natura penalistica, come ad esempio accade nel furto (*sariqah*) con il taglione (*qisās* o *qawad*).

[51] A. RAHIM, *The principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i, and Hanbali Schools*, cit., 282-283, mette in luce che nel diritto musulmano l'applicazione letterale e concreta del *diya* è stato scoraggiato in ogni modo e non ha quasi mai avuto applicazione concreta, tantomeno in tempi più moderni nei quali si è fatto ricorso quasi automatico alla compensazione del "prezzo del sangue". In tale senso, il *diya* potrebbe essere visto come una forma di risarcimento per equivalente, sostanzialmente assimilabile ad una sanzione civile, cioè pagamento di una somma di denaro al posto di punizioni corporali. La predeterminazione dell'ammontare della compensazione ad opera della legge rende tale strumento certo ed affidabile, evitando così che sorgano questioni in ordine al *quantum debeatur*.

[52] Per la lunga serie di beni il furto dei quali non genera l'amputazione, e per le relative motivazioni v. T.P. HUHES, Voce *Sariqah*, in *A Dictionary of Islam*, Lahore, 1885, 284-285. L'Autore sottolinea anche che sulla quantificazione del valore minimo che da luogo a responsabilità si riscontrano diverse opinioni. Secondo la scuola di Abū Hanīfah, il valore minimo è di dieci dirhams; secondo Ash-Shāfi' un quarto di dinār o dodici dirhams; infine, Mālik stabilisce il valore di tre dirhams. Quest'ultimo dato trova riscontro anche in D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 453.

[53] T.P. HUHES, Voce *Sariqah*, cit., 284-285; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 188 fornisce la definizione di *sariqah* nella parte dedicata al diritto penale; F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 73; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 452-453 dopo aver sancito che i delitti di sangue non sono compresi nella categoria del fatto illecito, utilizza significativamente il termine "reato" per riferirsi alla *sariqah*. Ed in effetti la nozione di *sariqah* è sovrapponibile al nostro furto di cui all'art. 624 c.p. ai sensi del quale "Chiunque si impossessa della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da lire sessantamila a un milione".

[54] T.P. HUHES, Voce *Sariqah*, cit., 284-285, analizza il concetto di custodia che può avere un duplice significato. In primo luogo esso si può riferire al luogo in cui si trova il bene, come ad esempio una casa o un negozio. Secondariamente, si può riferire alla sorveglianza personale che viene esercitata sul bene. Quindi, è ritenuto sotto custodia il bene che si trova in un luogo riservato e sicuro, oppure il bene che è oggetto di speciale vigilanza da parte del custode.

[55] T.P. HUHES, Voce *Sariqah*, cit., 284; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 453.

Nel caso di specie, dalla *sariqah* derivano rilevanti conseguenze penalistiche quali ad esempio il taglione (*qisās* o *qawad*), e proprio queste gravi conseguenze sono logicamente coerenti con la necessità che il danneggiante/reo sia imputabile. In senso contrario, cfr. F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, in *Annali della Facoltà di lingue e letterature straniere di Cà Foscari*, XIV.3, 1974, 96, secondo il quale la pena applicabile per il furto, del tipo *haqq Allāh*, presenta sia finalità sanzionatoria che educativa e correttiva, e pertanto deve essere comminata anche al minore.

[56] V. *infra*, pr. 4.

[57] F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 96; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 185 ss. Il Corano indica tassativamente i delitti che vengono puniti con pena fissa (*hadd*) e sono la ribellione (*bagy*), l'apostasia (*ridda*), la fornicazione (*zinā*), l'ingiuria o la calunnia (*qadf*), il furto (*sariqa*), il brigantaggio (*hirāba*) ed il bere vino (*širb*). Al loro interno questi reati si distinguono in base alla "condizione di procedibilità" che può essere *hadd ādamī* o *haqq Allāh*, a seconda che l'iniziativa giudiziaria sia privata o pubblica. Sono punibili ad iniziativa di parte quei reati il cui bene giuridico leso è un "diritto umano", strettamente legato alla sfera individuale della persona, come ad esempio nel caso della calunnia dove il bene tutelato è l'onore della persona. I reati perseguibili su iniziativa pubblica, invece, sono quelli che offendono Dio e che sono lesivi dell'ordine pubblico come sentimento religioso, come ad esempio l'ubriachezza. La *ratio* della legittimazione attiva pubblica per la repressione di taluni delitti risiede nel potere-dovere (*hisbah*) che spetta ad ogni buon musulmano perché sia osservata la legge divina, praticato il bene e vietato il male.

Un'ulteriore differenza è riscontrabile nella modalità di estinzione del reato. Nei reati di puro "diritto umano" la vittima può rimettere la pena, mentre nei reati che violano la legge divina non vi è alcuna possibilità di graziare il reo. Il *sariqa* ha carattere ibrido perché l'esercizio della rivendica è *hadd ādamī* mentre la punizione del colpevole segue le regole dell'*haqq Allāh*.

[58] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 453, sottolinea come la condizione di musulmano, quella di tributario protetto (*dimmi*) o di vivente in territorio musulmano sotto la fede di una promessa di sicurezza, anche se non tributario (*musta'min*), è indifferente ai fini della legittimazione attiva.

Il titolare di un diritto reale su cosa altrui viene equiparato al creditore pignoratizio (*murtahin*).

[59] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 454.

[60] A determinare l'entità della sanzione è direttamente il Corano nella Sūrah v. 42 che recita: "Se un uomo o una donna rubano, gli siano tagliate le loro mani". In dottrina v. T.P. HUHES, *A Dictionary of Islam*, cit.; ID., Voce *Sariqah*, in *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford University Press, New York, 2003, 279, nota che le ordinanze penali islamiche tradizionali (*hudud*) si distinguono in due tipi: "*Al-Sariqah Al-Sughra*" (furto semplice), che implica l'amputazione della mano destra, e "*Al-Sariqah Al-Kubra*", il significato del quale è contestato ma che richiede l'amputazione della mano destra e del piede sinistro. Ogni amputazione, comunque, è messa in esecuzione solo se gli stringenti requisiti probatori sono soddisfatti. Nella pratica, tuttavia, le ordinanze *hudud* hanno carattere sostanzialmente deterrente, e anche quando si raggiunge la prova necessaria per l'amputazione essa è raramente invocata.

E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 188, ironicamente osserva che le ipotesi più aggravate di recidiva ed il carcere a vita siano una ipotesi di scuola "perché non si riesce a comprendere come un disgraziato conciato in tal modo possa ancora rubare".

[61] F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74; ID., *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 96-97.

[62] Compiute le doverose distinzioni, tale istituto sembra evocare la causa di non punibilità di cui all'art. 649 c.p. Italiano che recita: "Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti dallo stesso titolo in danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante, o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano. I fatti preveduti da questo titolo sono punibili a querela della persona offesa, se commessi a danno del coniuge legalmente separato, ovvero del fratello o della sorella che non convivano coll'autore del fatto, ovvero dello zio o del nipote o dell'affine in secondo grado con lui conviventi. Le disposizioni di questo articolo non si applicano ai delitti preveduti dagli articoli 628, 629 e 630 e ad ogni altro delitto contro il patrimonio che sia commesso con violenza alle persone".

In questo caso, il reato è perfettamente integrato nei suoi elementi costitutivi ma la punibilità del reo è esclusa in virtù del rapporto di parentela che intercorre con la vittima. Le relazioni familiari sono caratterizzate dalla naturale vicinanza, anche affettiva, tra i soggetti coinvolti. In taluni casi, come quello del fratello o della sorella, la convivenza assume importanza decisiva ai fini della non punibilità del reo.

Analogamente, nel diritto musulmano i soggetti indicati hanno un particolare rapporto di vicinanza con la vittima, e spesso sono persone che hanno libero accesso all'abitazione del derubato sulla base di un rapporto personale di fiducia o comunque hanno un rapporto più stretto di quello di estraneità che generalmente connota le relazioni tra ladro e derubato.

[63] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 455. Per un'analisi storica dello status dei non musulmani in terra islamica, cfr. L.A.K. NIAZI, *Islamic Law of Tort*, cit., 298.

[64] F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 455.

Tale statuizione pare evocare un parallelismo con il principio latino secondo il quale *fur semper moram facere videtur*. Chi si macchia di un reato, contrariamente a quanto può fare normalmente l'obbligato, non può invocare le cause di forza maggiore per esonerarsi dall'adempimento dell'obbligazione che sorge da fatto illecito. L'unica ipotesi nella quale il ladro è esonerato dalla prestazione restitutoria o risarcitoria per equivalente è quando egli sia a sua volta vittima del furto della cosa, e non abbia la capacità economica per corrispondere la somma dovuta.

[65] E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144 ss., compie un'analisi semantica ed etimologica della parola *ghasb* (da *ghasaba*) dove "è un po' implicita l'idea della violenza, almeno come *iniuria*, perché significa prendere ingiustamente, senza diritto".

Tuttavia, è possibile che nell'epoca preislamica la parola avesse un po' differente e che "essa indicasse generalmente uno stato di limitato rispetto al diritto di proprietà, fonte di frequenti invasioni altrui". Una conferma di tale origine sembra potersi ricavare dalle similitudini che il *ghasb* presenta con il *gzêlâ* (rapina) del diritto ebraico.

[66] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 2, precisa che per la scuola Hanafita, contrariamente a quanto insegnato dalla scuola Sciita e da alcuni giuristi della scuola Sunnita, la rapina riguarda solo i beni mobili; pertanto è esclusa la configurabilità del *ghasb* di beni immobili. Nello stesso senso, v. L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 44.

[67] Non è pacifico che la cosa debba avere valore commerciale perché si configuri il *ghasb*. In senso contrario si esprime autorevolmente l'Ayatollah Khomeini nel parere noto come "*Tov zih al-Masael*", in ordine al quale stabilisce che una persona che si appropria di una cosa (*cheese*) deve restituirla o pagare i danni. Il termine "cosa" (*cheese*) ha un significato molto più ampio del termine "bene" (*māl*) in quanto comprende anche quelle cose che non hanno valore commerciale. Tradizionalmente, lo scopo del diritto civile musulmano, come di tutti gli altri sistemi legali, è quello di dirimere dispute "serie" dove sono coinvolti "interessi patrimoniali" (*māl*). Da ciò consegue che, tecnicamente, una persona non può agire nei confronti di un'altra la quale abbia perso o causato la perdita di una cosa che non ha valore commerciale. Tuttavia, l'Ayatollah insiste nel sostenere che se le persone possiedono determinate cose, ancorché prive di valore commerciale e pertanto non qualificabili come beni (*māl*), esse devono comunque essere protette dall'ordinamento. In tal senso cfr. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 17.

[68] La nozione, basata sugli insegnamenti di Hanafi, è tratta da S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 2. Una nozione sostanzialmente analoga è espressa anche in E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144; F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 96. Per la Scuola malikita, cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 455, che riporta la definizione di *gasb* proposta dal giureconsulto Halil, secondo il quale "La rapina (*gasb*) è il fatto di chi si impossessa della cosa altrui con violenza e senza diritto, con l'animo di farla sua, senza però far uso delle armi".

È interessante notare che i principi della scuola Hanafita sono incorporati dalla maggior parte, se non dalla totalità, dei codici civili dei vari Stati Islamici. Ad esempio, la *Majallah* (il vecchio Codice Civile ottomano) definisce la rapina secondo i dettami della scuola di Hanafi. Tra gli altri codici che seguono tale impostazione si annoverano quello egiziano, siriano, libanese ed iracheno. Gli stessi principi, con piccole modifiche, possono rinvenirsi nel primo volume del Codice Civile iraniano promulgato il 9 maggio 1927 e negli altri volumi promulgati il 6 novembre 1935. Le disposizioni concernenti l'argomento ad oggetto sono gli articoli 315-320.

Anche nel Corano si rinvencono riferimenti alla *ghasb*: "Iddio dice: *Non consumate fra voi le vostre ricchezze invano* (II, 188) e *Non oltrepassate i limiti, che Dio non ama i trasgressori* (II, 190 e/o V. 87)". Per un'approfondita elencazione dei riferimenti al *ghasb* nella Legge Sacra, v. anche <http://www.al-islam.org/laws/ghasb.html>.

[69] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 2.

[70] F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74 secondo il quale, testualmente, "La rapina, *ghasb*, è una forma aggravata di furto"; nello stesso senso cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 455; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144.

[71] F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 96, utilizza la diversa graduazione della violenza come uno dei parametri discriminatori tra le varie figure di reato. Infatti, rispetto al furto la rapina contiene in più l'elemento della violenza, ed il brigantaggio ha in più l'elemento dell'uso delle armi. Secondo tale ricostruzione, dunque, la violenza e l'uso delle armi non sarebbero aggravanti, bensì elementi costitutivi della fattispecie tipica.

[72] E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144, per indicare la pena discrezionale utilizza il termine *ta'zir* invece che *ta'dib*. La differenza lessicale, tuttavia, non incide sulla natura e sugli effetti della pena per cui essi possono essere intesi come sinonimi.

[73] F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 96-97, basandosi sulla natura della pena e sugli elementi costitutivi della fattispecie tipica distingue nettamente la *sariqa* dal *ghasb*. Singolarmente, la sottile e convincente argomentazione avviene per mano dello stesso Autore che in altra sede ha sostenuto la tesi contraria, come riportato nella nota n. 71.

[74] Per questa originale e moderna distinzione v. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 11. Nonostante l'autore traduca il termine *ghasb* con "*wrongful appropriation*", quest'ultimo pare avere una nozione molto più ampia e non esattamente coincidente rispetto a quella tradizionalmente accettata per il termine *ghasb*. Tale ricostruzione ha tuttavia il pregio di far comprendere con chiarezza il quadro sistematico all'interno del quale si deve muovere il giurista iraniano in caso di "*wrongful appropriation*".

[75] Tale distinzione non appare condivisibile perché nei fatti fa dipendere il criterio discriminatorio per agire in autotutela piuttosto che attraverso i canali giudiziari dal tipo di interesse coinvolto. Ma è proprio la distinzione tra le varie nature degli interessi a non essere chiara ed univoca, ingenerando così confusione e contraddizione. Nel particolare campo ad oggetto, come già evidenziato in precedenza, molto spesso la condotta illecita viola sia beni di natura strettamente personale che beni di interesse collettivo. Ad esempio, l'onore può essere considerato sia un bene strettamente personale che collettivo, a seconda che si sostenga che esso è intimamente ed esclusivamente connesso alla persona ed al suo personale interesse a non essere diffamato, oppure che si consideri l'interesse della società che i suoi soggetti non vengano lesi nella loro onorabilità, come è stato sostenuto in questo caso. Allo stesso modo, prendere la proprietà come esempio di bene strettamente personale, e quindi tutelabile in via di autotutela, non convince appieno perché sembra trascurare gli evidenti risvolti di ordine pubblico che conseguirebbero da spoliazioni a catena.

[76] In questi termini si esprime l'autorevole giurista AYATOLLAH SAYED MOHAMMAD VAHIDI, *Vagezee nafeah*, Qum, 1360/1981, 121-124 nella sua opera dedicata allo studio del diritto processuale civile e della prova processuale nella traduzione proposta in S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 13-14. Il punto, tuttavia, non è pacifico. È sostenuta, infatti, l'impossibilità di procedere autonomamente al trattamento di beni altrui, anche quando questi siano obbligati nei loro confronti, v. Ga'far b. Muh che dice: "Restituite quel che vi è stato affidato anche se fosse dell'uccisore", in *Da'ā'im al-islām*, ed. Fyze, Cairo, 1965, II, 484-488 secondo la traduzione proposta da F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 98. Si rinviene anche una posizione mediana che autorizza la vittima a farsi giustizia da sé solo quando questo non richieda l'uso della violenza, cfr. *Kitāb al-iqtisūr*, ed. Mohammad Wahid Mirzā, Damasco, 1957, 152-153, tradotto da F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 97, per il quale "Se uno tradisce un uomo o ne usurpa [i beni], quest'ultimo se ha possibilità dirette sui beni dell'usurpatore se ne può appropriare, ma non gli è lecito, a risarcimento dei suoi beni, tradire o usurpare [beni del *mugtasib*]".

[77] AYATOLLAH SAYED MOHAMMAD VAHIDI, *Vagezee nafeah*, cit., 121-124. È interessante notare che il codice civile iraniano emanato negli anni '80, similmente al nostro ordinamento, riconosce la compensazione quale modo di estinzione dell'obbligazione. L'art. 295 del suddetto codice statuisce che quando due persone sono reciprocamente obbligate, il rispettivo indebitamento viene automaticamente compensato qualora sussistano determinate condizioni. La *ratio* della disposizione risiede nell'evitare il susseguirsi di pagamenti incrociati, cosa che sarebbe un'inutile perdita di tempo per le parti, nonché contraria al principio dell'economia dei mezzi giuridici. In tal modo i rapporti tra le parti sono facilitati e le transazioni commerciali procedono più speditamente. Per un'ampia disamina delle disposizioni del codice civile iraniano sulla compensazione ed i suoi presupposti, cfr. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 11 ss.

[78] Il Consiglio Rivoluzionario Iraniano ha promulgato il *Single Article Act* 1980, in virtù del quale è disposta la competenza del Tribunale Amministrativo presso il Ministero del Petrolio per dirimere i molti contenziosi sorti tra l'Iran e le compagnie petrolifere straniere. Sul punto, cfr. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 14.

[79] La regolazione delle attività economiche per mano degli Stati e l'instaurazione di Tribunali Amministrativi che giudicano le perdite patrimoniali dei privati per fatto dello Stato, o la legittimità dei provvedimenti amministrativi, è stata criticata su più fronti, specie nell'esperienza iraniana. In primo luogo, manca l'indicazione di standards procedurali attraverso i quali instaurare e regolamentare il giudizio. A questa informalità del giudizio si somma il fatto che il diritto amministrativo iraniano non attribuisce alcuna valenza alle prove orali, e non ammette il controesame del testimone. Da ciò consegue che l'esito del processo dipende spesso dalla personalità e dagli orientamenti del presidente e dei membri del Tribunale, che motivano politicamente le loro posizioni.

A loro volta, poi, il presidente ed i membri del collegio giudicante non sono sottoposti ad alcun controllo circa la loro competenza e qualifica. Oltre alla mancanza delle garanzie procedurali sopra indicate, i Tribunali Amministrativi non hanno l'obbligo di motivazione delle loro decisioni. Per un più approfondito esame, v. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 14 ss.

[80] A. RAHIM, *The principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, Lahore, 1911, 283; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 456; F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74; ID., *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 98, che traduce gli insegnamenti di Ga'far b. Muh secondo il quale "Per quanto riguarda i beni della gente, non sono d'accordo sulle minacce. Ritengo, però, che queste ricchezze se sono ancora in possesso dell'usurpatore (*gāsib*) – che è tenuto alla restituzione – vadano restituite. Se l'usurpatore le ha dissipate, ne restituisca il valore equivalente. Se dei beni appropriati non conosce il proprietario, ne dia per suo conto in elemosina ai poveri e ai mendicanti, volgendosi poi pentito a Dio per quel che ha commesso". Per l'orientamento della scuola Sciafiita, v. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 16; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 458, secondo la quale il risarcimento per equivalente viene calcolato sulla base del maggior valore del bene nel periodo compreso tra la sottrazione e la distruzione del bene.

[81] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 457 ss., sul punto pare contraddire le regole generali. Egli, infatti, scrive che "Se la deteriorazione è avvenuta per causa non imputabile all'usurpatore, lo spogliato può, a sua scelta, ripetere il valore della cosa o riprenderla qual'è, senz'altro indennizzo". Da ciò si evince che il valore che il *ghasib* deve corrispondere è valutato al momento della restituzione. Questo è in contrasto con quanto pacificamente sancito, anche da Santillana, dal combinato disposto delle regole sul *ghasb* e causalità, in ordine alle quali il *quantum debeatur* si calcola sul valore che la cosa aveva al momento della sottrazione, e l'aver posto in essere la rapina pone a carico dell'autore dell'illecito anche le cause a lui non imputabili come la forza maggiore, il caso fortuito od il fatto del terzo. V. *infra*, in particolare la nota 69.

Secondo l'impostazione originaria della scuola Malikita che distingue la rapina (*ghasb*) dall'usurpazione di godimento o furto d'uso (*ta'addī*), è previsto che in quest'ultimo caso l'usurpatore (*ghāsib*) corrisponda non solo i frutti percetti, ma anche quelli che avrebbe potuto ricavare dalla cosa.

[82] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 16, che fornisce una ulteriore specificazione in virtù dell'art. 320 del codice civile iraniano secondo cui, in caso di usurpazione del bene già usurpato, il primo usurpatore deve corrispondere non solo i frutti direttamente e personalmente percepiti, ma anche quelli che ha percepito il secondo usurpatore. Una volta ristorato il legittimo proprietario, il primo rapinatore può rivalersi sul secondo.

La *ratio* tradizionale della disciplina è illustrata in modo molto incisivo per mezzo delle parole di Al-Qalṣānī in D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 456-457, secondo il quale "La dottrina è che i frutti sono dovuti senza distinzione... e questa è la verità, secondo i Dottori della nostra scuola (Malichita), poiché, dicono essi, il possesso della cosa ha per scopo le utilità che se ne ritraggono e, qualora l'usurpatore (*gāsib*) non fosse tenuto a restituire i frutti, la sentenza contro di lui pronunciata si ridurrebbe a concedergli il diritto di godere delle cose usurpate". In tal senso si esprime anche F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 99 che riporta tre esempi particolarmente significativi forniti dalla scuola Ismailita. Secondo il primo "Se uno s'appropria [con violenza] una schiava e la fa procreare, la restituisca al suo padrone, cui spetta come schiavo anche il figlio. Se uno acquista una schiava usurpata e la fa procreare, la restituisca al suo padrone, con il prezzo del figlio, qualora non sappia che essa era usurpata", mentre per il secondo "Se uno s'appropria di bestiame che si riproduce e si moltiplica durante il possesso, [è tenuto] a restituire al derubato quanto si è riprodotto. Tutto ciò anche nel caso si tratti di una schiava usurpata e che abbia voluto un figlio". Il terzo, infine, chiarisce che "se un uomo s'appropria di un servo, lo cede in locazione, o si è ceduto in locazione lo schiavo stesso; ritornato dal suo padrone, questo lo riprende e gli spetta anche il salario in possesso di colui nelle cui mani si trovava". Sul superamento da parte della scuola Hanafita dell'insegnamento di Abu Hanafi stesso, che operava varie distinzioni sulla corresponsione dei frutti, cfr. A. RAHIM, *The principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 283.

[83] Sull'argomento è significativa la posizione di Ga'far b. Muh che, interrogato sul *gāsib* che fa incrementare quanto usurpato, osserva che "ciò che è aggiunto è suo e ciò che è aggiunto non per sua opera appartiene al proprietario del bene, ogni perdita è a carico del *gāsib*", in F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 99. Cfr. anche D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 457.

[84] E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 457. Cfr. anche la dottrina di Ga'far b. Muh nella traduzione effettuata in F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 99 per il quale "Se un uomo si appropria di una schiava e questa muore in suo possesso, egli è garante del suo valore; se ha avuto rapporti ed essa è rimasta incinta e rivendicandola il padrone la riprende incinta ed ella muore di parto, responsabile del valore è colui che l'aveva presa [al suo padrone]".

Per l'ordinamento iraniano, v. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 16, il quale analizza l'art. 315 del codice civile che statuisce la responsabilità del rapinatore per qualsiasi danno possa derivare alla cosa durante il periodo di detenzione della cosa, indipendentemente dal fatto che il danno sia il risultato della sua azione.

[85] In questo senso si esprimo concordemente A. RAHIM, *The principles of Muhammadan Jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 283; F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 98; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 455 e 458, il quale trattando dei soggetti che succedono al rapinatore in caso di deterioramento del bene, differenzia il regime applicabile al successore a titolo particolare da quello applicabile all'erede. Il primo è responsabile solo se era a conoscenza della provenienza illecita del bene, e per il valore che questo aveva il giorno in cui lui ne era entrato in possesso. L'erede, invece, è sempre responsabile per il valore della cosa calcolato al giorno dell'usurpazione.

In tempi recenti, la posizione del legittimato passivo è stata ribadita anche dall'art. 317 del codice civile iraniano, in base al quale il proprietario spogliato del bene può chiederne la restituzione o il pagamento del valore equivalente al soggetto inizialmente colpevole dell'appropriazione o a chiunque altro si sia impossessato successivamente del bene. Sul punto, v. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 16.

[86] F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 96, traduce letteralmente *ta'addī* come "trasgressione", "prevaricazione".

[87] Più precisamente, la distinzione trova riscontro nelle opere del *qādī* an-Nu'mān, v. F. CASTRO, *Su gasb e ta'addī nel fiqh fatimida*, cit., 97.

[88] Osservazioni analoghe si riscontrano anche presso quella parte della dottrina che non adotta la sistematica proposta dai Malikiti, cfr. E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 143.

[89] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 459. Sulla base di questa nozione di *ta'addī*, si può operare un parallelismo tra questo ed il *furtum usus* dei Romani, cfr. *Digest.* 47.2.I § 3; 40.54 §1; *Inst.* IV.I § 6.

[90] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 459-460; F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 97.

[91] Tale distinzione tra *ghasb* e *ta'addi* induce una ulteriore considerazione logico-sistemica. Si è detto in precedenza che la dottrina unanime ritiene che il *ghasb* possa avere ad oggetto solo beni mobili. Sulla base di tale presupposto, si nota una falla nella sistematica di coloro i quali non distinguono tra *ghasb* di *raqaba* e *ghasb* di *al-manfa'a*, che corrisponde al *ta'addi*, perché l'usurpazione dell'uso o del godimento di beni immobili rimane esclusa dalle tutele esperibili per *ghasb*. Al contrario, se si configura l'usurpazione dell'uso o del godimento della cosa come *ta'addi* e non come *ghasb*, le tutele esperibili dal danneggiato saranno quelle proprie del *ta'addi*, che non hanno ad oggetto i soli beni mobili, e dunque coprono anche l'ipotesi ad oggetto.

[92] Per l'inserimento dell'abuso del diritto tra le ipotesi di *ta'addi*, v. F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 96.

[93] Cfr. *infra*, pr. 2.

[94] La somiglianza è evidente leggendo la definizione di danneggiamento di cui all'art. 635 c.p., che prevede l'ipotesi di danneggiamento quando "Chiunque distrugge, disperde, deteriora o rende, in tutto o in parte, inservibili cose mobili o immobili altrui...". Sulla corrispondente figura latina, per tutti v. F.M. DE ROBERTIS, *Damnum iniuria datum. La responsabilità extra-contrattuale nel diritto romano, con particolare riguardo alla lex Aquilia de damno*, Vol. 2, Roma-Bari, 2002, 13 ss.

[95] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 10, distingue le ipotesi di distruzione compiuta deliberatamente (*itlaf*) o indirettamente (*tasbeeb*), anche se gli effetti che conseguono alle due fattispecie sono identici. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 463, equipara alla distruzione totale del bene il fatto di chi maliziosamente trattiene presso di sé un titolo di credito altrui, mettendo quest'ultimo nella impossibilità concreta di far valere il suo diritto in tempo utile. In tal caso, il detentore illegittimo è tenuto a rispondere del credito, come se avesse distrutto il documento.

[96] D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 461, riporta un episodio paradigmatico occorso a Maometto stesso nel corso della sua vita. L'*hadith* racconta che il Profeta si trovava alla Mecca, e mentre girava per la Ka'bah rompe con il suo bastone trecentosessanta statuette raffiguranti degli idoli (*nusub*). Ragionando a contrario, i giuristi musulmani sono pervenuti alla conclusione che giuridicamente non commette danneggiamento chi rompe, anche con premeditazione, beni privi di valore commerciale. Tra questi si annoverano gli strumenti musicali, la croce, l'otre o l'anfora contenenti liquori proibiti, oltre all'ipotesi di uccisione di un maiale.

Anche F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 99-100, riporta tre esempi significativi. Nel primo racconta di un uomo che rompe uno strumento musicale, nello specifico una lira, senza che da ciò derivi alcuna responsabilità, poiché egli ha commesso un *ta'addi* di una cosa il cui godimento è illecito. Analogamente, egli riporta che "Bene ha fatto, né deve farne ammenda, colui che ha rotto una lira, un arnese da gioco, o ha squarciato un otre di vino o di bevanda inebriante". Infine, l'Autore mette in luce che Ga'far b. Muh proibì il gioco d'azzardo, ossia la *nubba* e il *nitār*, ritenendo questi ultimi alla stregua di un'appropriazione indebita e quindi pari alla *nubba*". Al contrario, "chi invita gente e distribuisce cibo o profumo, li rende leciti: ciascuno prende ciò che gli è dato in mano e questo diventa suo, senza costrizione e indebita appropriazione, quindi questo è lecito ed è uguale al cibo al quale viene invitata la gente, e che viene offerto ed è lecito mangiarne. Non vi è *itlaf* fra la Gente al riguardo: ciascuno ne può mangiare. È odioso che se lo portino via l'un l'altro o che uno non invitato ne mangi: il *nitār* è in questa semplificazione".

[97] A. RAHIM, *The principles of muhammadan jurisprudence according to the Hanafi, Maliki, Shafi'i and Hanbali Schools*, cit., 277; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 461, riporta che anche la lesione inferta ad una persona è considerata come danno; Sul tema vedi anche E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 143; F. CASTRO, *Su gasb e ta'addi nel fiqh fatimida*, cit., 96; ID., *Il modello islamico*, cit., 74. S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 10-11, evidenzia che la stessa struttura caratterizza l'art. 328 del codice civile iraniano, per il quale è indifferente che il fatto sia commesso intenzionalmente o meno, e che il soggetto abbia ricavato profitto o no.

[98] L.A.K. NIAZI, *Islamic law of tort*, cit., 58-59; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, cit., 463; E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 144; F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74; S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 11, che riporta il dettato dell'art. 331 del codice civile iraniano in virtù del quale chiunque distrugga i beni di proprietà altrui deve restituire una cosa simile o il suo valore per equivalente. Se ha danneggiato la cosa, egli è responsabile per il deprezzamento del valore.

[99] F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 74; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, cit., 462 annovera tra i titolari di *haqq al-manfa'ah* l'usufruttuario, il creditore pignoratizio, il locatore ed il comodatario.

[100] S.H. AMIN, *Wrongful appropriation in Islamic Law*, cit., 17, riporta l'art. 318 del codice civile iraniano che sul punto è piuttosto articolato e chiarisce quale sia il soggetto responsabile in caso di spoliazioni a catena. Ad esempio, si ipotizzi che chi abbia usurpato il bene dal proprietario sia stato a sua volta vittima di usurpazione, e che il bene sia stato danneggiato o distrutto mentre si trovava nella disponibilità del secondo usurpatore. In questo caso, il proprietario può agire nei confronti del primo usurpatore che dovrà risarcirlo. Quest'ultimo può, a sua volta, agire nei confronti del secondo usurpatore che aveva la disponibilità del bene al momento della distruzione. Se il bene è stato oggetto di ulteriori successive usurpazioni, il primo usurpatore potrà rivalersi nei confronti di chiunque altro si sia successivamente appropriato indebitamente del bene, fino a che non giunga a colui il quale aveva il bene al momento del perimento. Tale sistema pare garantire il legittimo proprietario titolare di un'azione diretta nei confronti del suo usurpatore. Per poter agire in regresso e recuperare per la cifra corrisposta al proprietario per il danneggiamento a lui non imputabile, quest'ultimo si trova nella onerosa condizione di dover individuare il successivo usurpatore presso il quale il bene sia stato danneggiato o distrutto. Tale maggior rigore si giustifica con la necessità di evitare che ricada sul legittimo proprietario il rischio di non riuscire ad individuare l'usurpatore presso il quale il bene sia perito, con conseguente mancato risarcimento al proprietario. Considerata la illiceità del comportamento del primo usurpatore, si ritiene più equo far cadere su di lui il rischio di non riuscire ad individuare il soggetto nelle mani del quale è perito il bene, con la conseguenza che egli non potrà agire in regresso, ma sarà comunque tenuto alla corresponsione del risarcimento del danno.

[101] L'indulgenza verso i debitori è prevista dal Corano stesso che predica la remissione del debito: "Se il vostro debitore si trova in difficoltà, gli sia accordata una dilazione fino a che una facilità gli si presenti; ma se rimetterete il debito, sarà meglio per voi, se sapete" (Corano, II, 280).

[102] Il riferimento è ai giurisperiti Al-Tasūli e al-Suyūti, così come riportato da F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 69. In questo caso, gli effetti del ritardo nell'adempimento dell'obbligazione vengono slegati dal contratto dal quale derivano, per essere ricondotti alla responsabilità extracontrattuale. A ben ragionare, nel nostro ordinamento la funzione degli interessi moratori ha lo scopo di aggiornare il valore del denaro al passare del tempo, calcolato sulla base dell'inflazione, oltre all'intento risarcitorio per compensare la mancata disponibilità del denaro e delle utilità che da esso sarebbero potute derivare al creditore (potenziali investimenti, maggior solidità patrimoniale utile per ottenere prestiti di denaro etc.). Se nella nostra tradizione la mora ha certamente natura contrattuale, nel diritto musulmano la stessa impostazione determinerebbe la mancanza di tutela sostanziale, con palese danno a carico dei creditori, specie in un'epoca in cui il bene principale attorno al quale ruota il sistema produttivo è proprio il denaro. Ragioni di giustizia sostanziale hanno certamente spinto la dottrina più moderna ad una diversa configurazione della fattispecie che si caratterizza per il fatto di generare una responsabilità extracontrattuale da un inadempimento contrattuale.

[103] E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, cit., 143. In questo caso pare riscontrarsi un parallelismo tra la figura *de qua* e la nostra detenzione, cioè la disponibilità della cosa derivante da un titolo legittimo.

