

***Alcune osservazioni in materia internazionalistica a proposito della
belligeranza e del trattamento dei “prigionieri di guerra”,
ovvero brevi note su: siyār, jihād e III Convenzione di Ginevra
(12 agosto 1949) in un’ottica comparativistica***

LEONARDO SACCO

Università “La Sapienza” Roma

Sommario:

§1. Breve introduzione. §2. Linee guida sul diritto internazionale umanitario e sul diritto umanitario islamico. §3. Elementi di diritto internazionale islamico (*Siyār*). §4. *Jihād e Siyār*: ius ad bellum e ius in bello. §5. Sui “prigionieri di guerra”: prospettiva islamica e III Convenzione di Ginevra (1949): brevi note comparative.

§1. Breve introduzione

Secondo l’Islām, la *sharī‘a* disciplina tutta l’attività umana poiché si esplica nel mondo esterno, prescindendo da quella fede e da quelle credenze di cui, nel foro interno, è giudice solo Allāh¹. Tutto l’Islām si riconosce intorno a quattro principi basilari che contraddistinguono la sua concezione normativa: a] il principio del rapporto inscindibile fra norma etica e norma giuridica (cioè tra *fas* e *ius* nella tradizione romana) e pertanto dipendenza assoluta dell’ordinamento giuridico statutale a principi di ordine etico (a muovere le radici della società civile sono, quindi, le regole della società religiosa, sebbene nella *umma* non via sia (o, almeno, sembrerebbe non esservi²) una distinzione netta fra *dīn*, *dunya* e *dawla* – religione, società e politica); b] il principio della personalità del diritto di contro al principio della territorialità, ragion per cui il NALLINO rilevò che «il diritto è unico per tutti i musulmani, ovunque risiedano, da qualsiasi sovrano dipendano, a qualsiasi razza appartengano»³; c] l’assenza dell’astrazione giuridica nella dottrina e nella prassi della giurisprudenza islamica con la conseguenza dell’imputabilità diretta dell’azione giuridica; d] la non-separazione tra diritto pubblico e diritto privato, o, meglio, fra due nozioni che nel diritto islamico non sussistono in quanto tali⁴.

¹ D’EMILIA A., *Sharī‘a*, in IDEM, *Scritti di diritto islamico*, raccolti da F. CASTRO Roma 1976, 45.

² Si veda, in proposito, la discussione critica di LAPIDUS I. M., *The Separation of State and Religion in the Development of Early Islamic Society*, in *International Journal of Middle East Studies* 6 (1975), 363-385.

³ NALLINO C.A., s.v. *Diritto musulmano*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 5 (1960), 944-953, praesertim, 946-947.

⁴ Per una dettagliata discussione della tematica, cfr. BUCCI O., *Sharī‘a e cultura giuridica greco-romano-giudaico-cristiana*, in *Iura Orientalia* 2 (2005), 72-91 e, in particolare, 77-80. Sul diritto islamico, cfr. tra la vastità degli studi: MILLIOT L., *Introduction à l’étude du droit musulman*, Paris 1953; SCHACHT J., *Introduction to Islamic Law*, Oxford 1964; CHEHATA C.,

Nello scenario appena descritto sono affermate le branche del diritto. I trattati impropriamente chiamati di “diritto musulmano” (*fiqh*) si aprono con una prima parte detta ‘*ibādāt*’ (servizio, atto del culto), includente la prescrizione degli atti fisici che mettono l’uomo in relazione col divino, per poi continuare con i *mu‘amalāt*, regolamenti concernenti le relazioni interpersonali⁵. La legge islamica considera solo capitoli susseguentisi di uno stesso tipo di agire, e non atti collocati su piani organicamente differenti, le modalità della preghiera e la quantificazione dell’eredità (*qassām*) per il proprio figlio. Per il musulmano, la legge costituisce solo la diretta e personale volontà divina, espressa letteralmente al Profeta. Si chiama “diritto di Dio” tutto quanto trascende il privato interesse⁶. Le fonti (*usūl*) della legge sono per i giuristi islamici quattro, e cioè: il *Corano* (*Qur‘ān*), la Tradizione (*Sunna*), il *consensus omnium* (*ijmā‘*), e l’analogia (*qiyās*). Il *Qur‘ān* dal punto di vista legale contiene moltissimo materiale d’ogni genere⁷. La Tradizione è l’insieme (non codificato in un solo libro) degli *ahādīth* (*detti e fatti* attribuiti al Profeta), considerata un modello da seguire nella condotta personale⁸. I musulmani sunniti ritengono particolarmente autentiche (*sahīh*) due grandi raccolte di tradizioni: l’opera di AL-BUKHĀRĪ (morto nell’870 d.C.) e l’opera di MUSLIM IBN AL HAJJAJ (morto nell’875 d.C.). Il consenso (*ijmā‘*) va inteso come benessere dei dotti⁹. Particolare valore come fonte di legge ha il consenso dei compagni (*ashāb*) del Profeta e quello delle due generazioni seguenti¹⁰. In seguito, il consenso valido è quello dell’“esperto

La religion et les fondements du droit en Islam, in *Archives de Philosophie du Droit* 18 (1973), 17-25; ABU-SAHLIEH S.A., *Introduction à la lecture juridique du Coran*, in *Revue de Droit International et Droit Comparé* (1988), 76-104; CILARDO A., *Il problema delle origini del diritto musulmano*, in *Islam. Storia e Civiltà* 8 (1984), 181-192; IDEM, *Il problema dell’influsso dei diritti stranieri sul diritto musulmano*, in *Alifbā* 5 (1985), 67-74; IDEM, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Roma 1990; CAPUTO G., *Introduzione al diritto islamico*, Torino 1990; RIGA P.J., *Islamic Law and Modernity, Conflict and Evolution*, in *American Journal of Jurisprudence* 36 (1991), 103-117; CASTRO F., *Diritto musulmano e dei Paesi musulmani*, in «*Enciclopedia Giuridica*» (1994), 1-17; CECCARELLI MOROLLI D., *Breve introduzione alla Legge religiosa islamica (Sharī‘a)*. *Institutiones Academicæ*, Roma 1994; BUSSI E., *Principi di diritto musulmano*, Bari 2004; PICCINELLI G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia* 1, 1 (2005), 131-143; CILARDO A., *Persistenza della tradizione giuridica islamica*, in BUCCI O. (ed.), *L’Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. Il Libro, la Bilancia e il Ferro*, Napoli 2006, 49-63; CASTRO F., *Diritto musulmano*, Torino 2006; IDEM, *Il modello islamico*, a cura di G.M. PICCINELLI, Torino 2007; la cospicua bibliografia online all’indirizzo <http://www.juragentium.unifi.it/it/surveys/islam/biblio.htm> [ultimo accesso, 16 aprile 2008].

⁵ POWERS P.R., *Intent in Islamic Law: Motive and Meaning in Medieval Sunnī Fiqh*, Leiden 2006, 9.

⁶ AL-‘ALLĀF M., *Mirror of Realization: God is Percept, the Universe is a Concept*, St. Louis 2003, 78.

⁷ ABDAL-HAQQ I., *Islamic Law: An Overview of Its Origin and Elements*; MOHAMMED N., *Principles of Islamic Contract Law*, in RAMADAN H.M. (ed.), *Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary*, Lanham 2006, 1-42; 95-110.

⁸ A proposito dei *Detti e Fatti* del Profeta, si confrontino i saggi contenuti in TOTTOLI R. (ed.), *Hadīth in Modern Islam*, in *Oriente Moderno* 21 [LXXXII] N.S. 1 (2002), Numero Monografico.

⁹ HASAN A., *The Doctrine of ijmā‘ in Islām*, Islamabad 1978, 21 e sgg..

¹⁰ AFSARUDDIN A., *Obedience to Political Authority: An Evolutionary Concept*, in MUQTEDAR KHAN M.A. (ed.), *Islamic Democratic Discourse: Theory, Debates, and Philosophical Perspectives*, Lanham & Oxford 2006, 37-60, praesertim, 40.

di diritto” (*mujtahād*) che lavora direttamente sulle fonti, benché l’*ijtihād* sia considerato ormai chiuso fin dal X secolo e sia ora raccomandata in ambienti ortodossi l’imitazione (*taqlīd*) del materiale già ampiamente codificato in trattati. L’analogia (*qiyās*) non va equivocata per una indiscriminata applicazione del criterio personale razionale del giurista, ma è solo un ragionamento analogico basato su un ristretto numero di casi già risolti o risolvibili con l’ausilio delle tre fonti precedenti¹¹.

Nell’ambito dell’ortodossia sunnita esistono ora quattro sistemi giuridici (*madhāhib*) e cioè la scuola (*madhhāb*) hanafita, la malikita, la sciafeita e la hanbalita. Fondatore della prima fu il persiano ABŪ HANĪFA (morto nel 767 d.C.), originario di Kūfah (Iraq): essa è relativamente più liberale delle altre e più disposta all’uso del *qiyās*. Il caposcuola della scuola malikita è MĀLIK IBN ANAS (morto nel 795 d.C.), autore della più antica raccolta di *ahādīth*. La scuola sciafeita occupa una posizione intermedia tra le due precedenti. Dal nome dell’*imām* SHĀFI‘Ī (morto nell’820 d.C.). Tra le fonti privilegia la *Sunna* e l’*ijmā‘* della comunità (*umma*). La scuola hanbalita, fondata dall’ultratraddizionalista IBN HANBAL (morto nell’855 d.C.) o, più esattamente, dai suoi discepoli, è la più rigorosamente tradizionalista: essa restringe al minimo l’utilizzazione dell’analogia razionale. L’ortodossia ammette il passaggio del musulmano da una scuola giuridica ad un’altra e le differenze sono relativamente secondarie¹².

Chiuso l’*ijtihād* verso il X secolo¹³, attualmente il diritto islamico è codificato nei trattati di *fiqh*, ma siccome non tutti possono ricavare da tali trattati, con sufficiente cognizione di causa, le decisioni necessarie per la vita giuridico-religiosa, specialmente in casi nuovi e complessi, si usa chiedere una *fatwā* (parere giuridico) a un *faqīh* (giurisperito) addetto a tale compito e noto come *mufīī* (datore di *fatāwā*)¹⁴. Fin dai tempi antichi i governi musulmani istituirono un *mufīī* ufficiale in ogni regione. Il *mufīī* non è un innovatore, ma semplicemente ha il compito di spiegare e/o di dedurre e rendere (*istinbāt*) applicabili a casi speciali le precisazioni dei trattati di *fiqh*. Per il *fiqh* esistono cinque categorie legali: ogni atto cioè non è solamente lecito o proibito, ma può anche essere doveroso (*fard*), la cui esecuzione è premiata e la cui omissione è punita. Così, l’atto può essere: raccomandabile

¹¹ DAHLÉN A.P., *Islamic Law, Epistemology and Modernity: Legal Philosophy in Contemporary Iran*, New York 2003, 55-68 “Categories of Traditional Islamic Epistemology”.

¹² JUYNBOLL T.W., *Manuale di Diritto musulmano secondo la dottrina sciafeita, con una introduzione generale*. Traduzione con postille e note sulla dottrina della scuola malikita a cura di G. BAVIERA, Milano 1916; SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, Roma 1938; PAREJA F. M., *Islamologia*, con la collaborazione di A. BAUSANI e di L. HERTLING, Roma 1951, 399-403.

¹³ SCHACHT J., *Introduction to Islamic Law*, op. cit., 74; con riferimento al contesto sciita, cfr. SCARCIA AMORETTI B., *L’ijtihād: strumento di continuità o di trasformazione*, in *Il rinascimento islamico in Iran. Atti del Seminario*, Roma, 27 gennaio 1981, Roma 1981, 37-46.

¹⁴ I *fuqahā‘* (giurisperiti) e i *mutakallimūn* (teologi) rappresentano i principali soggetti attivi del sistema giuridico-religioso islamico che solo dal punto di vista epistemologico distingue il *fiqh* (giurisprudenza) dal *kalām* (teologia): la loro unione costituisce la “scienza giuridica” per eccellenza, *al-‘ilm* (cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, op. cit., 558-559).

(*mustahabb*), la cui omissione non è punita ma la cui esecuzione è premiata; permesso (*mubāh*), per la cui esecuzione od omissione non è previsto né premio né pena; riprovevole (*makrūh*), cioè non punibile ma religiosamente non commendevole; proibito (*harām*), punibile cioè a termini di legge. Fra gli atti della prima categoria si distingue fra obbligatori per tutti personalmente (*fard al-‘ayn*), come per esempio le cinque preghiere canoniche (*salāt*), e obbligatori per la comunità in generale (*fard al-kifāya*) quando, come ad es. nel caso della “guerra”, basta – per assicurare l’adempimento dell’obbligo – che solo un numero sufficiente di musulmani lo eseguano. Un atto legale può inoltre essere valido (*sahīh*) o nullo (*batīl*) prescindendo dal suo grado di liceità: così p. es. se uno compie la preghiera dopo l’abluzione con acqua rubata, l’atto è valido, benché proibito e punibile¹⁵.

§2. Linee guida sul diritto internazionale umanitario e sul diritto umanitario islamico

HENRI COURSIER, uno dei fondatori del Comitato Internazionale della Croce Rossa (CICR), ha definito il “diritto umanitario” come «l’insieme delle regole e dei principi posti a difesa, in tutti i tempi e in tutte le circostanze, dei diritti essenziali e della dignità della persona umana»¹⁶, ovvero – parafrasando la formula del PICTET (altro membro fondatore del CICR) – «l’insieme delle disposizioni giuridiche internazionali, convenzionali e/o consuetudinarie, che assicurano il rispetto delle persona umana e del suo benessere»¹⁷. Il Diritto internazionale umanitario non si occupa dello *ius ad bellum*, ossia delle ragioni che hanno condotto all’inizio delle ostilità, bensì dello *ius in bello*, cioè della regolamentazione giuridica del conflitto, a prescindere dal motivo che ne ha scatenato il sorgere¹⁸: della

¹⁵ JOHANSEN B., *Contingency in Sacred Law. Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*, Leiden 1998, 36-40; 172-188, *passim*. La problematica giuridica islamica è alquanto complessa e non può essere trattata ampiamente in queste pagine. Pertanto, per un’accurata panoramica riguardante la questione del *fiqh*, cfr. p. es. AL’ALWANI T.J., *Usūl al-fiqh al-Islāmī. Source Methodology in Islamic Jurisprudence. Methodology for Research and Knowledge*, Herndon 1990; KAMALI M.H., *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge 1991; DUTTON Y., *The Origins of Islamic Law*, Surrey 1999.

¹⁶ COURSIER H., *Définition du Droit Humanitaire*, in *Annuaire Français de Droit International* (1955), 223-227, praesertim, 223.

¹⁷ PICTET J., *Le Droit International Humanitaire: Définition*, in *Les Dimensions Internationales du Droit Humanitaire*, Paris & Genève 1986, 13. La bibliografia su questo argomento è vastissima: ai nostri fini, cfr. p. es. PICTET J., *Development and Principles of International Humanitarian Law: Course Given in July 1982 at the University of Strasbourg as Part of the Courses Organized by the International Institute of Human Rights*, Dordrecht-Boston-Lancaster 1985; KALSHOVEN F. & SANDOZ Y. (eds.), *Implementation of International Humanitarian Law*, Dordrecht-Boston-London 1989; GASSER H.P., *International Humanitarian Law: An Introduction*, Bern 1993; MCCOUBREY H., *International Humanitarian Law: 2nd ed.*, Aldershot 1998; DURHAM H. & MCCORMACK T.L.H. (eds.), *The Changing Face of Conflict and the Efficacy of International Humanitarian Law*, The Hague 1999; CHAND VOHRAH L., POCAR F., FEATHERSTONE Y. et AL. (eds.), *Man’s Inhumanity To Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, The Hague 2003; PORRO G. (ed.), *Studi di Diritto Internazionale Umanitario*, Torino 2004.

¹⁸ Sulla dicotomia *ius ad bellum/ius in bello* cfr. p. es. KOLB R., *Origin of the Twin Terms jus ad bellum/jus in bello*, in *International Review of the Red Cross* (October 1997), 553-562; CRYER R., FRIMAN H., ROBINSON D., WILMSHURST E. (eds.), *An Introduction to International*

legittimità del ricorso all'uso della forza si occupa, invece, la Carta delle Nazioni Unite che ha bandito, formalmente, la guerra come soluzione accettabile per dirimere le controversie internazionali¹⁹.

Nell'ambito della normativa islamica, i precetti riguardanti il diritto umanitario non sono mai stati raccolti in un testo che se ne occupi in maniera esclusiva: la materia è deducibile in alcune sure del *Qur'ān*, nelle raccolte di *ahādīth*, e nelle opere dei giuristi nelle sezioni relative al *jihād*. Le considerazioni umanitarie sorgono e si sviluppano in seno ai dibattiti sulla legittimità della guerra: quest'ultima, per essere ammessa nell'Islām, deve contemplare talune peculiarità, e deve – altresì – sottostare alle disposizioni islamiche che regolano le relazioni umane; pertanto, se un conflitto non rientra nelle fattispecie previste, ed i precetti umanitari sono violati, lo scontro non può essere considerato lecito, giacché cessa di essere “islamico”²⁰. La concezione islamica del diritto umanitario, a differenza di quella del diritto internazionale occidentale, non considera condizione fondamentale l'esistenza di una guerra nel senso tradizionale del termine, ossia uno scontro armato che sorge a seguito di una dichiarazione ostile pronunciata da uno Stato nei confronti di un altro Stato e, inoltre, l'Islām non distingue tra conflitti armati internazionali e non: ciò è imputabile, secondo l'opinione di SAID EL-DAKKAK, al fatto che la stessa nozione di Stato è del tutto estranea all'Islām primitivo e non è stata sufficientemente definita neppure in seguito²¹. Per quanto riguarda le contese all'interno del *dār al-Islām*, esse – in linea di principio – sono espressamente vietate dalla giurisprudenza musulmana sulla base dei versetti coranici (*Q. VI, 92-93*) che dispongono la non ammissibilità dell'uccisione di un credente per mano di un altro credente, tranne che ciò avvenga per errore; d'altro canto, il ricorso al *jihād* nel *dār al-Islām* sarebbe giustificato solo qualora fosse diretto al contrasto dell'apostasia e/o di una ribellione²².

Nel diritto internazionale, la normativa umanitaria diventa applicabile a tutti i conflitti armati a seguito delle quattro Convenzioni di Ginevra e, con il Protocollo aggiuntivo del 1977, alcune categorie di guerre di liberazione nazionale sono equiparate – sul piano giuridico – ai conflitti

Criminal Law and Procedure, Cambridge & New York 2007, 221-232 e, in particolare, 223 e sgg..

¹⁹ Questa complessa tematica è discussa, ad esempio, in CONFORTI B., *La Carta delle Nazioni Unite*, Fiesole 1993; RONZITTI N., *Diritto Internazionale dei Conflitti Armati*, Torino 1998; MARCHISIO S., *L'ONU – Il Diritto delle Nazioni Unite*, Bologna 2000; ZOLO D., *Chi dice umanità: guerra, diritto e ordine globale*, Torino 2000.

²⁰ BENNOUNE K., *As-salamu 'Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence*, in *Massachusetts Journal of International Law* (1994), 605-643.

²¹ EL-DAKKAK S., *Le Droit International Humanitaire entre la Conception Islamique et le Droit International Positif*, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge* (1990), 111-125, praesertim, 114.

²² In realtà, come dimostra la storia, guerre tra musulmani vi sono sempre state, più esattamente quando – durante il Califfato Abbaside – la comunità islamica si frazionò in molti regni periferici (cfr. ZEMMALI A., *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique*, Paris 1997, 240)

internazionali. In proposito, è rilevante sottolineare come il diritto islamico abbia anticipato il diritto internazionale umanitario moderno²³.

§3. Elementi di diritto internazionale islamico (*siyār*)

Mentre l'ordinamento giuridico di uno Stato è strutturato in maniera gerarchica, la struttura della comunità internazionale è paritaria: è formata, cioè, da enti sovrani secondo il principio *qui superiorem non habent*. In questa prospettiva, sono gli stessi enti sovrani ad imporsi una serie di regole e a darvi esecuzione²⁴. L'Islām, data la vocazione universalistica che lo caratterizza, ha sollevato, fin dalla sua nascita, la questione delle relazioni tra gli Stati e, in particolare, il problema di come lo Stato islamico dovesse rapportarsi con gli altri Stati non islamici e, soprattutto, di come avrebbe dovuto gestirsi il confronto tra la *umma* e le diverse comunità religiose che sorgevano nel suo territorio. Per i giuristi medievali (VIII-XII sec. d.C.) il fine ultimo dell'Islām consisteva nel trasformare il *dār al-harb* in *dār al-Islām*, per legittimare – in qualche modo – la politica espansionistica abbaside²⁵. Da questo punto di vista, però, tutto l'impianto normativo che regolava le relazioni internazionali sarebbe stato solo transitorio, giacché una volta raggiunta la completa diffusione dell'Islām non avrebbe più avuto alcuna ragione di esistere²⁶. In realtà, la comunità islamica, data l'esigenza di stabilire rapporti con altri stati, che non dovevano essere per forza di natura conflittuale, ha da sempre avuto il bisogno di regolamentare tali relazioni. Pertanto, ci sembra, la nascita del diritto internazionale islamico è da imputarsi anche a questa necessità²⁷.

Il diritto internazionale islamico (*siyār*) rappresenta un'estensione della legge canonica – la *sharī'a* – che si occupa di disciplinare le relazioni tra musulmani e non musulmani all'interno e all'esterno del territorio islamico²⁸. Il *siyār* può essere considerato come uno dei capitoli del sistema giuridico-religioso islamico, rivolto – ad un tempo – sia al fedele sia a colui che desidera tutelare i propri interessi legittimi secondo la legge islamica²⁹.

²³ Cfr. YAMANAI A.Z., *Humanitarian International Law in Islam: A General Outlook*, in RAMADAN H.M. (ed.), *Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary*, Lanham 2006, 65-94.

²⁴ Su questa complessa tematica, cfr. p. es. SHAW M. N., *International Law*, New York 2004, 120-174.

²⁵ SHAHI A., *The Role of Islam in Contemporary International Relations*, in *L'Islam dans les relations internationales*, Aix en Provence 1982, 16-46.

²⁶ KHADDURI M., *The Islamic Law of Nations: Shaybānī's Siyār*, Baltimore 1966, 5.

²⁷ BANNERMAN P., *Islam in Perspective: A Guide to Islamic Society, Politics and Law*, London & New York 1988, 84-92; MORKEVICIUS V.O., *Just War: An Ethic of Restraint or the Defense of Order?*, in EICKELMAN A., NELSON E., LANSFORD T. (eds.), *Justice and Violence: Political Violence, Pacifism and Cultural Transformation*, Aldershot & Burlington 2005, 3-20, praesertim, 8.

²⁸ AL-GHUNAIMI M.T., *The Muslim Conception of International Law and the Western Approach*, The Hague 1968, 96; BISHAI W.B., *Negotiations and Peace Agreements Between Muslims and Non-Muslims in Islamic History*, in HANNA S.A. (ed.), *Medieval and Middle Eastern Studies in Honor of Aziz Suryal Atiya*, Leiden 1972, 50-61 e, in particolare, 52.

²⁹ SCHACHT J., *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford 1953; VESEY-FITZGERALD S.G., *Nature and Sources of the Shari'a*, in KHADDURI M. & LIEBESNY H.J. (eds.), *Law in the Middle East*, Washington 1955, 72-95; BENNOUNE K., *As-salamu Alaykum? Humanitarian Law in Islamic Jurisprudence*, op. cit., 605-643.

MUHAMMAD HAMIDULLĀH definisce il *siyār* «quella parte della *sharī'a* che uno Stato musulmano *de facto* o *de jure* osserva nelle proprie relazioni con altri Stati *de facto* o *de jure*»³⁰. Le fonti primarie del *siyār* sono le stesse della *sharī'a*: il *Qur'ān* e la *Sunna* e, pertanto, non si fonda sui principi di mutua reciprocità e consenso come invece avviene per il diritto internazionale moderno³¹. Si tratta, a ben vedere, di una legge divina vincolante per tutti coloro che sono sottomessi a Dio: ne consegue, quindi, che tale sistema si applica indistintamente all'individuo e allo Stato; rivolgendosi l'Islām a tutta l'umanità, il *siyār* è un ordinamento di natura personale senza connessioni di tipo territoriale³². Le altre fonti del *siyār* sono rintracciabili nelle: pratiche dei primi califfi; nel consenso (*ijma*); nelle opinioni individuali dei singoli giuristi (*qiyās*); negli arbitrati; nelle convenzioni e accordi tra diverse comunità; nelle istruzioni dei diplomatici; nelle consuetudini³³. Queste fonti risultano generalmente conformi a quelle definite dalla giurisprudenza moderna nell'articolo 38 dello *Statuto della Corte Internazionale di Giustizia*³⁴. Esse possono essere sinteticamente raggruppate, secondo KHADDURI, sotto le voci di *custom* (*Sunna*), *authority* (*Qur'ān* e *ahādīth*), *agreement* (convenzioni e trattati) and *reason* (i testi elaborati dai giuristi, basati sul ragionamento analogico – *qiyās* – e sullo sforzo interpretativo – *ijtihād*)»³⁵.

Il termine *siyār* origina dalla voce verbale *sāra* che vuol dire “muoversi”; compare nel *Qur'ān* in sei versetti sia col significato di “viaggio”, sia con quello di “modo di essere” (nella prima valenza semantica: *Q.* III, 131; VI, 11; XII, 30; XVI, 38; XXXIV, 17; nella seconda valenza: *Q.* XX, 22). Nel II secolo dell'*hijra*, *siyār* era utilizzato in una duplice accezione: i biografi e i cronisti lo usavano col significato di “vita”, mentre per i giuristi indicava la condotta statutale nelle relazioni intercomunitarie³⁶. AL-SARAKHSĪ (giurista islamico di scuola hanafita vissuto nel secolo XI), precisò il significato del termine *siyār* nel modo seguente: «*Siyār* è il plurale di *sīra* [...]. Esso descrive la condotta dei

³⁰ HAMIDULLĀH M., *The Muslim Conduct of State*, part I, chapter I “*Definition and Nature*”, (4), http://muslim-canada.org/conduct_1.html [ultimo accesso, 10 febbraio 2008]; cfr. CILARDO A., *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano. Le bozze d'intesa tra la Repubblica Italiana e le Associazioni islamiche italiane*. Presentazione di M. BORRMANS e Introduzione di L. MUSSELLI, Napoli 2002, 63-66.

³¹ LAUTERPACHT E., GREENWOOD C.J. (eds.), *International Law Reports*, Cambridge 1979, 631.

³² KHOJA A.M., *Elements of Islamic Jurisprudence*, Karachi 1977, 145; BOUZENITA A.I., *The Siyār: An Islamic Law of Nations?*, in *Asian Journal of Social Science* 35, 1 (2007), 19-46.

³³ WEERAMANTRY C.G., *Islamic Jurisprudence: An International Perspective*, London 1988, 34; DENNY F. M., *An Introduction to Islam*, New York 1994, 160-161; AL-MŪSAWĪ S.H., *Manhajul-Fiqhil-Islāmī. A Course in the Islamic Jurisprudence*, Tehran 1997, 21-22.

³⁴ 1) Le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli stati in lite; 2) la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; 3) I principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; 4) con riserva [...], le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche.

³⁵ KHADDURI M., *The Islamic Law of Nations*, op. cit., 9.

³⁶ *Ivi*, p. 39. Questo argomento, peraltro, era trattato nelle singole voci di *jihād* e *maghāzī* (sforzo – anche bellico –, campagna militare), *ghanīma* (bottino), *ridḍa* (apostasia) e *amān* (salvacondotto) ed era sempre confinato nella parte giuridica concernente la guerra.

credenti nelle loro relazioni con i non-credenti che vivono in territorio nemico e con quelli che si trovano temporaneamente (*musta'mīn*) o permanentemente (*dhimmī*) nel territorio islamico»³⁷. *Siyār*, definito in questo modo, rappresenta un sistema giuridico internazionale esclusivamente islamico, che deve essere rispettato dai musulmani senza alcun bisogno che i paesi non musulmani lo accettino³⁸.

V'è una serie di incomprensioni sul reale significato di *siyār*, in particolare per quanto riguarda il suo contenuto intrinseco e i suoi obiettivi. Ci si riferisce, in particolar modo, alla credenza che la legge religiosa islamica (*sharī'a*) nel suo complesso – così come è espressa nelle sue fonti primarie: il *Qur'ān* e la *Sunna* – rappresenti l'espressione ultima della volontà divina e che, pertanto, non sia possibile alcun perfezionamento delle fonti citate. GAMAL BADR sostiene che il diritto internazionale islamico non sia una parte dogmatica dell'Islām, bensì «il risultato del costante processo della speculazione giuridica dei più rappresentativi giuristi del periodo medievale islamico: in quest'ottica, il diritto internazionale è parte della *sharī'a* proprio come l'originario *ius gentium* era una branca del Diritto Romano³⁹. La legge islamica è una legge religiosa solo nel senso che i suoi precetti etici e taluni dei suoi principi basilari trovano origine nel *Qur'ān* e negli *ahādīth* del Profeta»⁴⁰. Seguendo questa linea interpretativa, FAROOQ A. HASSAN sostiene che «i meccanismi della giurisprudenza islamica sono paragonabili a quelli di un sistema giuridico contemporaneo: pertanto, i precetti della legge islamica non sono spirituali ma chiaramente secolari, nel senso che sono sviluppati per dare il meglio alla società umana»⁴¹.

§4. *Jihād e Siyār: ius ad bellum e ius in bello*

Secondo l'interpretazione di alcuni studiosi, l'ideologia del *jihād* si fonderebbe sul concetto di “guerra offensiva” giustificata religiosamente, confacente alla propagazione e alla strenua difesa della fede islamica⁴². La conseguenza di tale assunto è che sovente nella letteratura scientifica si tende

³⁷ AL-SARAKHSĪ, *Mabsūt*, X, 2; per un esame più approfondito del problema, cfr. KELSAY J., *Islamic Tradition and the Justice of War*, in BREKKE T. (ed.), *The Ethics of War in Asian Civilizations: A Comparative Perspective*, New York 2006, 81-110 e, in particolare, 85-88 ed annessa bibliografia.

³⁸ REHMAN J., *Islamic State Practices, International Law, and the Threat from Terrorism: A Critique of the “Clash of Civilizations” in the New World Order*, Oxford & Portland 2005, 23.

³⁹ Cfr. STRICKLAND M., *Rules of War without Rules? – Some Reflections on Conduct and Treatment of Non-Combatants in Medieval Transcultural Wars*, in KORTÜM H.H. (ed.), *Transcultural Wars: From the Middle Ages to the 21st Century*, Berlin 2006, 107-140, praesertim, 113.

⁴⁰ BADR G.M., *A Survey of Islamic International Law*, in JANIS M.V. & EVANS C. (eds.), *Religion and International Law*, op. cit., 95-102.

⁴¹ HASSAN F.A., *The Sources of Islamic Law*, in *Proceedings of the American Society of International Law* 76 (1982), 65-75, *passim*.

⁴² AN-NA'IM A.A., *Upholding International Legality against Islamic and American jihad*, in BOOTH K. & DUNNE T. (eds.), *Worlds in Collision: Terror and Future of Global Order*, New York 2002, 162-172.

ad equiparare la nozione di *siyār* a quella di *jihād*⁴³. RODA MUSHKAT, ad esempio, rappresentante di questo indirizzo ermeneutico, ha sostenuto che: «la legge islamica obbliga i musulmani a mantenere uno stato permanente di belligeranza con tutti i non-credenti, che si trovano confinati nel *dar al-harb*. Pertanto, i musulmani devono – per legge – asservire le comunità non-musulmane al dominio islamico, poiché questo è il comando divino contenuto nella *sharī'a*. Il *jihād* (o, meglio, la “guerra santa”) costituisce, dunque, il “giusto mezzo” per combattere gli infedeli e i nemici della fede»⁴⁴. Ora, poiché lo stato di guerra sarebbe permanente, questa visione riguarderebbe inscindibilmente anche il *siyār*, infatti – come afferma JAMES BUSUTTIL – «la preoccupazione basilare dell’Islām, dato il suo impeto di convertire con la spada, è – senza dubbio – la guerra», pertanto lo studio sulle “leggi di guerra” (*as-siyār*) sarebbe la naturale conseguenza «dell’attitudine militare dell’Islām nei confronti del mondo non-musulmano che, ormai, [è] parte integrante della percezione che, in generale, si ha del diritto internazionale islamico»⁴⁵. La visione del BUSUTTIL sembra coincidere con quella del giurista musulmano MAJID KHADDURI secondo il quale l’Islām nacque nel VII secolo con lo scopo di dominare il mondo⁴⁶: il concetto di diritto internazionale islamico, proposto da KHADDURI, sembra – quindi – legato alla missione islamica di convertire l’intera umanità⁴⁷.

Invero, le prospettive scientifiche appena menzionate, seppur plausibili, appaiono non del tutto convincenti giacché non accennano neppure minimamente alle relazioni internazionali tra Stati non belligeranti. Naturalmente questa idea bellicistica del *jihād* fu sviluppata durante il periodo di massima espansione islamica (VIII secolo), ma sebbene costituisca tuttora un’idea “forte” non è la sola negli ambienti accademici sia occidentali sia musulmani⁴⁸. Parte della giurisprudenza islamica sostiene che l’ideologia del *jihād* vada rintracciata soprattutto nella dottrina c.d. “pacifista” secondo la quale la guerra costituirebbe esclusivamente un *jihād* minore. Le ostilità, pertanto, sarebbero un’aberrazione del pensiero islamico primitivo e vi si ricorrerebbe solo in peculiari circostanze (tesi difensivista). D’altra parte, il *Qur’ān* stabilisce che «Se essi preferiscono la pace, preferiscila [anche tu], e confida in Dio (...) [Q. VIII, 61]»⁴⁹. E del resto, l’espansione dell’Islām, secondo i sostenitori della dottrina “pacifista”, non

⁴³ ZAMAN M.R., *Islamic Perspectives on Territorial Boundaries and Autonomy*, in HASHMI S.H. (ed.), *Islamic Political Ethics: Civil Society, Pluralism, and Conflict*, foreword by J. MILES, Princeton 2002, 79-101 e, in particolare, 92.

⁴⁴ MUSHKAT R., *Is War Ever Justifiable? A Comparative Survey*, in *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal* 9, 2 (1987), 227-317; BUSUTTIL J., *Humanitarian Law in Islam*, in *Revue de droit militaire et de droit de la guerre* 30, 1-4 (1991), 111-145, praesertim, 113.

⁴⁵ BUSUTTIL J., *Humanitarian Law in Islam*, op. cit., 132.

⁴⁶ KHADDURI M., *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore 1955, 51-54.

⁴⁷ KHADDURI M., *Islam and the Modern Law of Nations*, in *American Journal of International Law* 50, 2 (1956), 358-359.

⁴⁸ Su questa problematica di natura giuridica, cfr. p. es. SCHLEIFER A., *Jihad and Traditional Islamic Consciousness*, in *The Islamic Quarterly* 27, 4 (1983), 173-203; MABLEY B., *L’Envers et l’endroit de l’interprétation islamiste du concept de jihad en droit islamique*, in *African Journal of Legal Studies* 1, 2 (2005), 102-128.

⁴⁹ BAUSANI A. (ed.), *Il Corano*, Firenze 1955, 130.

si realizzò mediante un costante uso della forza militare, bensì attraverso un sapiente amalgama di fattori diversi e, tra questi, la forza avrebbe costituito solo un elemento accessorio⁵⁰. In proposito, ha scritto il WELLS, che l'Islām rappresentava «il miglior sistema politico-sociale che il periodo classico potesse offrire. La sua prevalenza fu sostenuta dalla mancanza di sistemi alternativi che garantissero un minimo di stabilità e di benessere alle popolazioni oppresse»⁵¹. Perfino quando era usata, la forza era regolata da un *corpus* di precetti di natura umanitaria: così secondo l'opinione dello storico EATON «sebbene non fossero stati migliori di altri conquistatori, al contrario di quelli gli Arabi erano timorati di Dio. Non si era mai vista una cosa del genere»⁵².

Da quanto esposto si può desumere come non sia ancora ben chiaro cosa s'intenda per *jihād*. Sebbene il *jihād* costituisse lo strumento ideale per la politica espansionistica islamica, non sempre ciò significò “andare in guerra”, poiché i musulmani ben sapevano dell'esistenza *de jure* di altri Stati e di altre comunità. I quesiti, allora, sono i seguenti: “Esistevano alternative al *jihād*? Cosa dispongono i precetti coranici in proposito? Quali sono i margini di applicazione del *jihād*?”.

V'è una sorta di ambiguità in proposito. Un esempio è costituito dal *jihād* contro gli apostati (*murtaddūn*). L'apostasia (*ridda*) è un'abiura dell'Islām, se commessa volontariamente da un musulmano, attraverso la parola oppure mediante opere e/o omissioni⁵³. Ci sono due modi per reintegrare un apostata nell'Islām. L'uomo o la donna sono dapprima esortati a ritornare alla religione islamica; se ciò non avviene i colpevoli – secondo la prevalente dottrina di ABŪ HANAFĪ (699-768 d.C.) – sono condannati alla pena capitale sulla base di un *hadīth* del Profeta che afferma “Chi cambia religione deve essere ucciso”⁵⁴. C'è tuttavia un verso del *Qur'ān* che sembra stabilire un precetto opposto affermando che “non deve esserci costrizione nella fede” (*Q. II, 256*). In ogni caso, se l'apostasia è collettiva ed è accompagnata da secessione religiosa o diserzione tra le schiere nemiche ciò comporta inevitabilmente una dichiarazione di guerra⁵⁵. In tali casi, l'apostasia è

⁵⁰ D'altra parte, “guerra permanente” può non significare “conflitto costante”: com'è spiegato in KHAN M.R.A., *Islamic Jurisprudence*, Lahore 1978, 204 (traduzione nostra): «il *jihād* è quella peculiare lotta che serve per espandere e per migliorare l'Islām e, tuttavia, non si attua necessariamente con mezzi violenti». Del resto, il *jihād al-akbar* (lo “sforzo più grande”) consiste nella lotta dello spirito sulla via di Dio contro la bramosia che conduce alla passione (cfr. KHADDURI M., *War and Peace in the Law of Islam*, op. cit., 57) e, solo lo “sforzo più piccolo” (*jihād al-asghar*) rappresenta la “guerra materiale” (*ivi*, 95).

⁵¹ WELLS H.G., *The Outline of History: Being a Plain History of Life and Mankind*, London 1925, 613-614.

⁵² EATON G., *Islam and the Destiny of Man*, Cairo 1994, 29-30.

⁵³ Se l'apostasia è forzata non è peccato; stabilisce, infatti, *Q. XVI, 106*: «Chi rinnega Dio dopo aver creduto, è perso; eccetto coloro che vi son stati costretti a forza, ma il cuor loro è tranquillo nella fede...». Sull'apostasia, cfr. p. es. SAMIR S. K., *Le débat autour du délit d'apostasie dans l'Islam contemporaine*, in DONOHUE J. & TROLL CH. W. (eds.), *Faith, Power, and Violence. Muslims and Christians in a Plural Society, Past and Present*, Rome 1998, 114-140; SAEED A. & SAEED H. (eds.), *Freedom of Religion, Apostasy and Islam*, Aldershot & Burlington 2004.

⁵⁴ KHAN M.R.A., *Islamic Jurisprudence*, op. cit., 204.

⁵⁵ Il BAUSANI – *Il Corano*, op. cit., 513 – ha sostenuto che il versetto *Q. II, 217*: «Ti chiederanno se è lecito far la guerra nel mese sacro. Rispondi: “Far guerra in quel mese è

equiparata alla ribellione e alla discordia (*fitna*) che, in termini coranici, è considerata più grave dell'omicidio⁵⁶.

Un'altra questione è quella relativa ai mezzi che possono essere utilizzati per convertire all'Islām i non-musulmani. Anche in questo caso v'è un elemento di contrasto tra la presunta libertà di religione enunciata in *Q.* II, 256 e l'obiettivo islamico di convertire l'intera umanità. Parte della dottrina sostiene che sebbene nessuno debba essere costretto ad abbracciare la fede islamica, pur tuttavia il dominio della legge islamica deve essere stabilito con ogni mezzo. Non è ben chiaro cosa implichi tale precetto, ma una domanda sorge spontanea: "Sarebbe legittimo muovere guerra contro i non-musulmani che rifiutano di convertirsi all'Islām?". *Q.* CIX, 6: «Voi avete la vostra religione, io la mia» sembra d'indirizzo opposto. Appare evidente una contraddizione in termini: se, infatti, il *Qur'ān* stabilisce che vi sia *libertà di culto* come può essere giuridicamente motivato un uso arbitrario e coatto della forza per convertire i non-musulmani⁵⁷?

Analogamente a quanto disposto dalle convenzioni internazionali e dalle prescrizioni relative all'uso della forza (*ius ad bellum*), anche le leggi islamiche e, in particolare, il *siyār*, regolano la conduzione delle ostilità (*ius in bello*). Nella tradizione islamica, sono previste sostanziali limitazioni nella gestione di una guerra tanto più che il diritto umanitario islamico è paragonabile, in questo, ai precetti del moderno diritto internazionale⁵⁸.

Tra il 1974 e il 1977, nelle Conferenze tenutesi per l'elaborazione dei Protocolli aggiuntivi alle Convenzioni di Ginevra del 1949, vi furono i primi segni di un sostanziale cambiamento nella percezione del diritto internazionale umanitario in ambito islamico⁵⁹: la rivoluzione iraniana causò il riaccendersi dell'ideologia politico-teocratica che mutò radicalmente le relazioni tra i Paesi islamici e gli altri Paesi della Comunità Internazionale. Alcuni studiosi musulmani iniziarono a considerare la normativa islamica come un sistema alternativo al diritto umanitario internazionale⁶⁰. Il conflitto Iran-Iraq (1980-1988) ben raffigura tale situazione: l'Iran si schierò a favore di un Islām radicale ed universalistico, mentre l'Iraq sostenne che il conflitto

peccato grave. Ma più grave è agli occhi di Dio stornare dalla via di Dio, bestemmiare Lui e il Sacro Tempio e scacciarne la Sua gente, poiché lo scandalo è peggiore dell'uccidere, e costoro non cesseranno di combattervi fino a quando loro riuscisse di farvi apostatar dalla fede; quanto a quelli di voi che avranno abbandonato la fede e saranno morti negando, vane saranno tutte le opere loro in questo e nell'altro mondo, e saran dannati al fuoco, dove rimarranno in eterno», a detta di tutti gli esegeti, giustifica l'attacco di 'Abd Allāh ibn Jahsh contro una carovana di Meccani pagani durante il mese sacro di *rajab* (2 A. H. genn. 624).

⁵⁶ *Q.* II, 217; *Q.* III, 86-91 e, inoltre, cfr. KHADDURI M., *The Islamic Conception of Justice*; Foreword by R.K. RAMAZANI, Baltimore 1984, 149-154.

⁵⁷ Cfr. su questo punto BROWN D.W., *A New Introduction to Islam*, Malden 2004, 226-233 "Islam in Postmodern World: Commanding the Right, Forbidding the Wrong; No Compulsion in Religion".

⁵⁸ COCKAYNE J., *Islam and International Humanitarian Law: From a Clash to a Conversation between Civilizations*, in *International Review of the Red Cross* 84, 847 (2002), 597-626; YAMANAI A.Z., *Humanitarian International Law in Islam: A General Outlook*, in RAMADAN H.M. (ed.), *Understanding Islamic Law: From Classical to Contemporary*, Lanham 2006, 65-94.

⁵⁹ REHMAN J., *Islamic State Practices, International Law and the Threat for Terrorism*, op. cit., 53-70.

⁶⁰ COCKAYNE J., *Islam and International Humanitarian Law*, op. cit., 616

in atto costituiva una misura necessaria per salvaguardare la propria sovranità dall'aggressione iraniana. In ambito bellico, l'Iran osservò le norme islamiche, laddove l'Iraq osservò quelle stabilite dal diritto internazionale⁶¹. In questa prospettiva, la guerra non era più, per l'Iran, solo un mezzo per annientare militarmente il nemico, ma costituiva una vera e propria dimostrazione di "fede"⁶². Successivamente, durante i lavori che condussero alla redazione dello Statuto della Corte Penale Internazionale (Roma 1998), si presentò un ulteriore problema scaturito dalla diversità culturale delle civiltà coinvolte nel dibattito: la c.d. "*gender controversy*". La Comunità Internazionale tentò di far approvare alcune norme che garantissero quote paritarie di rappresentanti di ambo i sessi in seno alla Corte, ma la ferma opposizione dei Paesi Arabi portò alla rimozione del riferimento al sesso e alla sostituzione della norma con la sola raccomandazione agli Stati membri di tenere in debito conto l'opportunità di consentire un'equa distribuzione dei rappresentanti fra uomini e donne⁶³. A distanza di un decennio, le divergenze tra l'Islām e la Comunità Internazionale in tema di diritto umanitario hanno subito una notevole diminuzione grazie alla collaborazione interculturale, tanto che attualmente – secondo l'opinione di vari giuristi – le norme del diritto internazionale umanitario e quelle analoghe del diritto islamico risultano sostanzialmente congruenti⁶⁴.

AN-NA'IM sostiene che: «storicamente il *jihād* fu un fenomeno positivo giacché umanizzò la pratica della guerra nel Medioevo: così, mentre la *sharī'a* ha proibito la consuetudine di fare guerra per motivi personali, il Profeta e i suoi compagni, in completo accordo col *Qur'ān* e la *Sunna*, ha stabilito uno specifico codice d'onore»⁶⁵. Il *siyār* prevede una precisa normativa relativamente agli *inter alia*: inizio delle ostilità, effetti del conflitto, guerra difensiva e/o offensiva, tempi di combattimento, tattiche, strategie e logistica. Così, qualora il *jihād* assuma i caratteri di una guerra *tout court* essa deve essere condotta nel rispetto del codice bellico prestabilito. In quest'ottica, si deve tener presente l'esistenza di una categoria di classi protette. In primo luogo, v'è una differenza sostanziale tra combattenti e nemici non-belligeranti (*Q.* II, 192). Gli incapaci di agire militarmente non possono e non devono essere attaccati e, pertanto, neanche uccisi. La giurisprudenza islamica incluse tra i non-belligeranti le donne e i bambini, gli anziani, i ciechi, gli invalidi e i disabili mentali. A costoro

⁶¹ *Ivi*, 617-618

⁶² KAIKOBAD K.H., *Ius ad Bellum: Legal Implications of the Iran-Iraq War*; KALSHOVEN F., *Prohibitions or Restrictions on the Use of Methods and Means of Warfare*; TAVERNIER P., *Combatants and Non-Combatants*, in DEKKER I.F. & POST H.H.G. (eds.), *The Gulf War of 1980-1988: The Iran-Iraq War in International Legal Perspective*, Dordrecht, Boston & London 1992, 51-70; 97-114; 129-144.

⁶³ *Statuto della Corte Penale Internazionale*, art. 36; cfr. RWELAMIRA M.R., *Composition and Administration of the Court*, in LEE R.S. (ed.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute: Issues, Negotiations, Results*, The Hague & Cambridge 1999, 153-174 e, in particolare, 166-167, n. 41.

⁶⁴ COCKAYNE J., *Islam and International Humanitarian Law*, op. cit., 622.

⁶⁵ AN-NA'IM A.A., *Islamic Law, International Relations, and Human Rights: Challenge and Response*, in *Cornell International Law Journal* 20, 2 (1987), 317-335, praesertim, 317; 326.

vanno aggiunti i monaci e, in genere, il clero (che normalmente si dissocia dalle cose militari). D'altro canto, su quest'argomento, la raccolta dei *Fatti e Detti del Profeta*, assemblata da AL-BUKHĀRĪ, è assai chiara: vi sarebbero, di fatto, sette classi di esseri umani che non potrebbero (e non dovrebbero) essere uccisi nel corso di un *jihād*. L'elenco riguarda: *a*) la donna, purché non sia combattente in armi, come gli uomini, contro i musulmani, o abbia ucciso un musulmano; *b*) il ragazzo valido, purché, valendo per lui quanto detto per la donna, non combatta con armi, né abbia ucciso un musulmano; *c*) il debole di mente, non quello che abbia lucidi intervalli; *d*) il vecchio cadente che non abbia la forza di combattere; *e*) il paralitico, lo storpio, il mutilato e simili; *f*) il cieco; *g*) il monaco che viva in eremitaggio. A costoro ai quali sarebbe risparmiata la vita (se l'*imām* non ordinasse di farli prigionieri, come potrebbe, ad eccezione dei monaci) si lascerebbe abbastanza per il sostentamento, mentre il resto sarebbe confiscato o distrutto.⁶⁶ Il precetto indicato alla lettera *g*) rispetta, in linea di massima, la parola di *Q.* XXII, 40 che afferma: «E certo se Dio non respingesse alcuni uomini per mezzo di altri, sarebbero ora distrutti monasteri e sinagoghe, e oratori e templi nei quali si menziona il nome di Dio di frequente». Questo verso coranico è citato anche per supportare la libertà di religione e per biasimare la conversione coatta all'Islām⁶⁷.

§5. Sui “prigionieri di guerra”: prospettiva islamica e III Convenzione di Ginevra (1949): brevi note comparative

L'espressione coranica che designa il “prigioniero di guerra” (*Q.* VIII, 67; 70-71; *Q.* XLVII, 4) è: *mā malakat aim-ānu-kum*, che letteralmente vuol dire “quello che la vostra mano destra possiede”; la lingua araba (antica e moderna), invece, prevede vari termini per indicare un “prigioniero”: *asīr*, *habīs*, *sajīn*, *'ani* (*asr* = *captivitas*; *sajīn* = imprigionamento; *habs* = detenzione)⁶⁸. Nel *Qur'ān*, si trova diverse volte il vocabolo *asīr* (*Q.* LXXVI, 8) e i suoi plurali *asrā* e *usarā* (*Q.* II, 85; VIII, 67-70), laddove la voce verbale “catturare” è menzionata una sola volta nell'espressione metaforica di “legare fortemente” (*Q.* XXXIII, 26). Per la legge islamica, un individuo è considerato “prigioniero di guerra” quando cade nelle mani di un esercito musulmano che sta combattendo una guerra legalmente autorizzata. Le guerre permesse giuridicamente sono di vari tipi: *a*) la guerra difensiva che si verifica quando uno stato musulmano risponde all'invasione del *dār al-Islām*; *b*) la guerra di solidarietà nella quale i musulmani che vivono nel *dār al-harb* chiedono ad altri musulmani di essere liberati dall'oppressione di un tiranno⁶⁹; *c*) la guerra punitiva contro i ribelli, gli apostati, e coloro che

⁶⁶ VACCA V., NOJA S. & VALLARO M. (eds.), *Detti e fatti del profeta dell'Islām, raccolti da al-Buhārī*, Torino 1982, 391-392; GUIDI I. & SANTILLANA D. (eds.), *Il «Mukhtasar» o sommario del diritto malechita di Khalil Ibn Ishaq*, Milano 1919, I, 389.

⁶⁷ BAUSANI A., *Il Corano*, op. cit., 599.

⁶⁸ L'espressione è citata in ALI M. M., *The Religion of Islām*, Lahore 1983, 569.

⁶⁹ Secondo l'opinione di ALI A. Y. (ed.), *The Meaning of the Glorious Qur'ān*, London 1976, 115, la legalità di questo tipo di conflitto deriva da *Q.* IV, 74: «Combattano dunque sulla via di Dio coloro che volentieri cambiano la vita terrena con l'Altra, ché a colui che combatte sulla via di Dio, ucciso o vincitore, daremo mercede immensa».

rompono i trattati; *d*) la guerra contro gli infedeli⁷⁰. Quando – dunque – si sta combattendo una guerra “legale”, v’è la possibilità di fare prigionieri: in quest’ottica, *Q.* XLVII, 4 stabilisce: «E quando incontrate in battaglia quei che rifiutano la Fede, colpite le cervici, finché li avrete ridotti a vostra mercé, poi stringete bene i ceppi: dopo, o fate loro grazia oppure chiedete il prezzo del riscatto...»⁷¹. La maggioranza dei giuristi moderni interpreta questo verso coranico nel senso che un esercito musulmano deve continuare a combattere finché il nemico non si arrende o muore: a quel punto coloro che hanno deposto le armi assumono lo *status* di prigionieri e non possono più (o, almeno, non dovrebbero) essere uccisi⁷². Il comandante dell’esercito musulmano può agire nei confronti dei “prigionieri di guerra” a seconda delle prescrizioni normative della scuola giuridica seguita; così, ad esempio: *a*) il sistema sciafeita prevede l’esecuzione capitale, la schiavitù, il rilascio con o senza riscatto (*fidā*’); *b*) il sistema malichita non permette il rilascio gratuito dei prigionieri⁷³; *c*) il sistema hanafita vieta il rilascio finché il conflitto non sia terminato⁷⁴. In realtà, sembra prevalere, nella

⁷⁰ Le diverse tipologie belliche sono state classificate da HASSAN S. R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, Lahore 1974, 171. MIAN RASHID AHMAD KHAN – *Islamic Jurisprudence*, Lahore 1978², 207 – ritiene che un quinto tipo di guerra sarebbe la “continuazione di un conflitto pre-esistente”. Un sesto tipo di guerra sarebbe, poi, quella di natura “idealista”: si pensi, in tale prospettiva, alla creazione di un califfato panislamico globale vagheggiata da *al-Qā’ida*.

⁷¹ Si tratta, in ambedue i casi, di versetti medinesi che, pur avendo il medesimo oggetto, sono stati rivelati a distanza di tempo e in circostanze diverse; il primo (*Q.* VIII, 67) è stato rivelato a Badr, durante la prima grande battaglia della storia islamica, in un periodo nel quale la nascente comunità islamica era ancora fragile politicamente e lo Stato non era in grado di custodire i prigionieri [BEN ACHOUR Y., *Islam et droit international humanitaire*, in *Revue Internationale de la Croix-Rouge* 722 (1980), 61]. Questo episodio, peraltro, costituisce il primo avvenimento storico del quale i giuristi si sono serviti per comprendere, osservando le gesta di MUHAMMAD, quali fossero le modalità più adeguate nella risoluzione delle controversie di natura bellica. Il secondo versetto (*Q.* XLVII, 4) appartiene a una sura rivelata probabilmente nella prima fase successiva all’emigrazione nella città di Medina, quando ancora «l’atteggiamento dei musulmani era relativamente incerto» (BAUSANI A., *Il Corano*, op. cit., 657 “Commento alla sura XLVII”).

⁷² HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 173. La tradizione di AL-BUKHĀRĪ evidenzia ancor più il valore di *Q.* XLVII, 4, giacché la giurisprudenza musulmana si è concentrata maggiormente sul trattamento del “prigioniero” e sulle varie possibilità relative alla cessazione della prigionia. AL-MĀWARDĪ, rappresentante della dottrina classica, ha definito i “prigionieri di guerra” come «combattenti infedeli dei quali i musulmani si sono impossessati» (WAHBA READING W.H., *Al-Māwardī, The Ordinances of Government: A Translation of al-ahkām al sultāniya*, Doha 1996, 78; una definizione, invero, assai scarna rispetto a quella fornita dalle recenti convenzioni internazionali – cfr. p. es. la *III Convenzione di Ginevra*, art. 4). Come nel *Qur’ān* anche nella *Sunna* è assente un elenco delle categorie di persone che possono avvalersi dello *status* di “prigioniero di guerra”: a tale riguardo, i giuristi moderni hanno tentato di integrare la definizione classica apportandovi alcune precisazioni, come – ad esempio – il fatto di essere di sesso maschile e/o femminile, oppure di essere un non-combattente, ma – in linea di massima – è stata condivisa l’esegesi elaborata dalla *III Convenzione di Ginevra* del 1949.

⁷³ I sistemi sciafeita e malichita appaiono divergenti dalla *III Convenzione di Ginevra*, infatti il *Trattato Europeo* rifiuta in modo assoluto sia la pena di morte, sia la liberazione dietro pagamento di un riscatto, sia lo scambio di prigionieri.

⁷⁴ AN-NA’IM A.A., *Toward an Islamic Reformation*, Syracuse 1990, 173; STASOLLA M. G., *Gli episodi di riscatto dei prigionieri sul Lamas-sū (IX-X sec.): tipologia e considerazioni*, in CIPOLLONE G. (ed.), *La liberazione dei ‘cattivi’ tra Cristianità e Islam. Oltre la crociata e il*

giurisprudenza islamica, la tendenza di non uccidere i “prigionieri di guerra” anche se il comandante dell’esercito musulmano segue la regola sciafeita⁷⁵: del resto, *Q.* XLVII, 4 stabilisce che: «Così dovete fare. Ché se Dio avesse voluto si sarebbe vendicato di loro anche da solo...» e, pertanto, lascia aperto uno spiraglio per una buona conclusione della diatriba⁷⁶.

In ogni caso, il trattamento di un “prigioniero di guerra” dipende molto dal suo *status* giuridico di combattente, e dal luogo in cui è stato catturato: *dār al-Islām* o *dār al-harb*. Sappiamo, per esempio, che i non-combattenti possono essere catturati e trattati alla stregua di “prigionieri di guerra” e, tuttavia, non possono essere uccisi sia che siano stati catturati nel *dār al-Islām*, sia che siano stati catturati nel *dār al-harb*⁷⁷. Negli altri casi, qualora un nemico (combattente legale) sia catturato può essere dichiarato “prigioniero di guerra” o “schiavo”: del resto, durante il periodo classico (e

ghihād: tolleranza e servizio umanitario, Città del Vaticano 2000, 715-720. Le modalità per il rilascio/rimpatrio dei “prigionieri di guerra” previste della scuola hanafita sono quelle che più si avvicinano alla III Convenzione di Ginevra che, infatti, all’art. 118 statuisce: «I prigionieri di guerra saranno liberati e rimpatriati immediatamente dopo la fine delle ostilità attive [...]. Ciascuna delle Potenze detentrici preparerà essa stessa ed attuerà senza indugio un piano di rimpatrio [...]».

⁷⁵ Nonostante l’esecuzione del “prigioniero di guerra” non costituisca una soluzione coranica, la giurisprudenza la contempla ugualmente tra le varie possibilità ammesse per dirimere le controversie belliche: ciò accade perché, in diverse occasioni, la pena di morte fu posta in essere tanto dal Profeta che dai primi Califfi. ABŪ ‘ABD ALLĀH WĀQIDI [cfr. JONES M. (ed.), *Wāqidī, Kitāb al-maghāzī*, London 1966, II, 802] riporta il caso di ‘UQBA IBN ABĪ MU‘AYT e AN-NADR IBN AL-HĀRĪTH a Badr e di ABŪ ‘AZZA AL-JUMAHĪ a Uhud. Analizzando i testi dei biografhi e dei tradizionalisti come SAHĪH MUSLIM appare che i “prigionieri” che subirono l’esecuzione capitale furono condannati a morte non in quanto “prigionieri”, bensì per altre ragioni, ad esempio parole e/o atti ostili nei confronti dell’Islām (cfr. SAHĪH MUSLIM, *Book 20*, n. 4490, *online* a www.usc.edu; AL-BALĀDHURI, *Ansāb al-Ashrāf*, 147-148, *online* a www.usc.edu). Secondo il giurista siriano ZEHILI, *Les religions et la guerre*, Paris 1991, 88, l’esecuzione dei “prigionieri di guerra” è più vicina ad un divieto che ad una autorizzazione, poiché come ha sostenuto QUTB, solo il versetto *Q.* XLVII, 7 rappresenta la regola determinante per stabilire la sorte dei “prigionieri di guerra”; d’altra parte, sia MAHMĀSSĀNĪ sia ARMANAZI hanno rilevato che il *Qur’ān* parla soltanto di grazia e di semplice rilascio, ribadendo che la pena di morte non è per niente menzionata (cfr. QUTB S., *In the Shade of the Qur’ān*, London 1979; MAHMĀSSĀNĪ S., *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine*, Beirut 1966, 308; ARMANAZI N., *L’islam et le droit international*, Paris 1929, 68).

⁷⁶ PETERS R., *Jihad in Classical and Modern Islam: A Reader*, Princeton 1996, 5; ALI A.Y., *The Meaning of the Glorious Qur’ān*, op. cit., 745. Per quanto riguarda l’esecuzione capitale del “prigioniero di guerra”, il dibattito è sorto ancor prima della nascita delle scuole giuridiche: chi ritiene ammissibile la pena di morte fa riferimento a *Q.* VIII, 67 e a *Q.* IX, 5 che recita: «Quando poi saran trascorsi i mesi sacri, uccidete gli idolatri dovunque li troviate...». I sostenitori di questa tesi ritengono che *Q.* IX, 5 abroghi quanto previsto in *Q.* XLVII, 4, ossia la liberazione con riscatto e senza condizioni. Chi, invece, sostiene la tesi opposta, negando la possibilità di ricorrere alla pena di morte, ritiene che il suddetto versetto enunci un precetto che non è passibile di abrogazione. Sulla problematica relative alla “liberazione dei prigionieri” secondo le modalità previste dalle varie scuole giuridiche, cfr. STASOLLA M.G., *Gihād e cattività: lettura musulmana. La normativa sui prigionieri di guerra negli ‘Ahkām al-sultāniyya’ di al-Māwardī*, Baghdad, 1058), in FORCINA M. & ROCCA N. (eds.), *Tolleranza e convivenza tra Cristianità e Islam*. Atti del Congresso di Studi Storici, Lecce, 30-31 gennaio 1998, Galatina 1999, 209-216; CIPOLLONE G., *Cristianità – Islam. Cattività e liberazione in nome di Dio*, Roma 1992; IDEM (ed.), *La liberazione dei ‘captivi’ tra Cristianità e Islam*, op. cit., *passim*.

⁷⁷ HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 173.

fino alla metà del XIX secolo) il comandante di un esercito musulmano aveva la duplice opzione di rilasciare il prigioniero o di renderlo schiavo. Tuttavia, sebbene la schiavitù (*'ubūdīya*) fosse un'istituzione riconosciuta dalla legge, il *Qur'ān* (IV, 92) incoraggiava la pratica dell'emancipazione: «Non è ammissibile che un credente uccida un credente, altro che per errore; e chi uccide un credente per errore, espierà liberando uno schiavo credente e consegnando il prezzo del sangue alla famiglia dell'ucciso, a meno che non glielo condonino. Se poi la vittima appartiene a una gente che ha un patto con voi, l'uccisore dovrà pagare il prezzo del sangue alla famiglia dell'ucciso e liberare uno schiavo credente. Chi non ha i mezzi di far questo digiunerà per due mesi consecutivi come penitenza impostagli da Dio; ché Dio è sapiente e saggio»⁷⁸. L'istituto della schiavitù iniziò a declinare con l'avvento della nozione occidentale di diritto internazionale e con quei trattati che sottolineavano l'importanza dei diritti fondamentali dell'uomo: si pensi, ad esempio, alle due *Convenzioni di Ginevra* del 1929 e del 1949⁷⁹.

Esistendo, di fatto, una normativa contraria alla schiavitù (*'ubūdīya*)⁸⁰, il discorso si sposta necessariamente sulle direttive che

⁷⁸ AN-NA'IM A.A., *Toward an Islamic Reformation*, op. cit., 172; ALI A.Y., *The Meaning of the Glorious Qur'ān*, op. cit., 118. Secondo la scuola giuridica hanafita – ha scritto HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 181 – «se i musulmani e i non-musulmani hanno entrambi prigionieri e si accordano per uno scambio, la legge non è contraria» (traduzione italiana nostra). Sull'abolizione della schiavitù nell'Islām, cfr. CLARENCE-SMITH W.G., *Islam and the Abolition of Slavery*, London 2006. Il prezzo del sangue (*diyya*) era una pratica pre-islamica equiparabile alla legge del taglione [cfr. SHERIF F., *A Guide to the Contents of the Qur'an*, Reading 1995, 212].

⁷⁹ LAWSON E. (ed.), *Encyclopedia of Human Rights*, 2nd ed.; With a Foreword by J. AYALA-LASSO; Introductory Essay by L.S. WISEBERG; Research and Contributing Editor, J.K. DARGEL; Editor in chief, M.L. BERTUCCI, Bristol-London-Washington 1996, 1354-1355; LAI M., *Dalla Convenzione di Ginevra del 1949 ad oggi. La tutela del "prigioniero di guerra": un'evoluzione o un'involuzione?*, in *DIREonline* 29 (2004), <http://www.direonline.it/servlets/resources?contentId=166017&resourceName=allegato&border=false> [ultimo accesso, 25 ottobre 2007].

⁸⁰ Nonostante la schiavitù paia essere in contrasto con i precetti fondamentali dell'Islām, essa, di fatto, non è mai stata formalmente abolita: d'altra parte, la schiavitù (*riqq*, *'ubūdīya*) costituisce, nella società islamica, una peculiare istituzione della vita sociale ed è oggetto di un'adeguata regolamentazione che tutte le scuole giuridiche hanno contribuito, nel tempo, ad elaborare (ZEMMALI A. – *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique*, Paris 1997, 404 – ha sostenuto che, nella dottrina classica, questa pratica trovava i suoi fondamenti nel principio di reciprocità: in altre parole, i giuristi non avrebbero mai potuto proibire allo Stato musulmano qualcosa che fosse regolarmente ammesso dalla parte avversa). In prospettiva, sembra rilevante osservare come sia il *Qur'ān* sia la *Sunna* raccomandino il trattamento decoroso degli schiavi e, peraltro, il loro affrancamento – fortemente incoraggiato – è considerato l'opera pia per eccellenza. La tendenza degli studiosi moderni e contemporanei è quella di valutare la schiavitù come un istituto appartenente al passato che non ha più (o non dovrebbe), attualmente, ragione di essere. Del resto, il giurista arabo MAHMASSĀNĪ ha notato che «se la normativa islamica non ha vietato nettamente la schiavitù, essa ha, comunque, adottato un preciso sistema che garantisce, con il tempo, la sua completa abolizione» (MAHMASSĀNĪ S., *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine* op. cit., 310; una posizione decisa contro la schiavitù è stata assunta dai Paesi arabi con la stipula e l'adozione della "Dichiarazione sui Diritti Umani nell'Islām" la quale, all'art. 11, vieta espressamente la schiavitù affermando che: «Human beings are born free, and no one has the right to enslave...», in HAAR G. TER & BUSUTTIL J.J. [eds.], *Bridge or Barrier: Religion, Violence, and Visions for Peace*, Leiden-Boston 2005, 325-332 "Cairo Declaration on Human Rights in Islam, 5 August 1990").

disciplinano il trattamento dei prigionieri di guerra, sebbene le prescrizioni relative alle due fattispecie (“schiavitù” e “prigionieri di guerra”) non siano del tutto estranee⁸¹. Attualmente, lo *status* di schiavo prevede una più ampia tutela giuridica rispetto allo *status* di prigioniero di guerra, sebbene lo schiavo perda il diritto alla libertà al termine delle ostilità. La principale differenza di trattamento risiede nel regime che disciplina il c.d. “onere della responsabilità” nei confronti dell’individuo detenuto: per quel che riguarda la schiavitù, l’onere spetta al comandante militare, mentre per quanto attiene al prigioniero di guerra la responsabilità diretta delle sue condizioni (responsabilità scaturente dalla natura collettiva del *jihād*) è di pertinenza delle Autorità musulmane competenti⁸².

Le disposizioni che regolano il trattamento dei prigionieri di guerra si ricavano da un *hadīth* che esorta i musulmani a trattare i prigionieri con indulgenza⁸³; del resto, il *Qur’ān* (XLVII, 4) e la *Sunna* proibiscono l’esecuzione di un prigioniero di guerra, tranne qualora il prigioniero si sia macchiato di crimini efferati contro i nemici e contro l’Islām⁸⁴: sembra questo il caso, documentato storicamente, dell’esecuzione di due prigionieri – catturati nel corso della battaglia di Badr – su ordine di MUHAMMAD⁸⁵. Va, tuttavia, registrata – in merito – la posizione della giurisprudenza musulmana secondo la quale non può essere imputata ai “prigionieri di guerra” la responsabilità derivante dall’aver cagionato gravissimi danni ai musulmani (e alle loro proprietà) coinvolti, in qualità di nemici, in un conflitto⁸⁶. Il *siyār*, al contrario, è fermo nel condannare la violazione dei diritti umani e, in particolare, sanziona duramente l’uccisione degli innocenti e dei non-combattenti⁸⁷.

Per quanto riguarda lo *status* dei “prigionieri di guerra”, questi devono essere provvisti gratuitamente di vitto e alloggio e forniti di ogni cura: com’è stato ben evidenziato dal trattamento dei prigionieri talebani nel carcere di Mazar-i-Sharif (Afghanistan 2001-2002), i comandanti musulmani si sono mostrati disponibili al rilascio dei prigionieri quando non erano più in grado di provvedere al loro sostentamento. Il fondamento di tale norma può essere dedotto dall’interpretazione del combinato disposto di *Q. LXXVI*, 5;8 che stabilisce: «e bevanno i pii da una coppa, il cui licore sarà miscelato di Canfora [...] e quei che ciberan per amor Suo il meschino e ‘l

⁸¹ ROSAS A., *The Legal Status of Prisoners of War: A Study in International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts*, Helsinki 1976; SHUJAAT M., *Social Justice in Islam*, New Delhi 2004, 37-66; 189-270, *passim*.

⁸² PIPES D., *Slave Soldiers and Islam: The Genesis of a Military System*, Philadelphia 1981, 28-53; 140-158; 195-210.

⁸³ HAMIDULLĀH M., *Muslim Conduct of State*, Lahore 1973⁶, 215.

⁸⁴ *Ivi*, 214; KHAN M.R.A., *Islamic Jurisprudence*, op. cit., 222.

⁸⁵ KARIM AL-HAY M.F. (ed.), *Al-Hadis: An English Translation & Commentary with Arabic Text of Mishkat-ul-Masabih: Being a Collection of the Most Authentic Sayings and Doings and Teachings of the Prophet Muhammad (P.H.), Selected from the Most Reliable Collections of Hadis Literature, and Containing All That an Average Muslim or non-Muslim Requires to know for Guidance in All Walks of Life; with Suitable Arrangements into Chapters and Sections*, Lahore 1963, 450.

⁸⁶ HAMIDULLĀH M., *Muslim Conduct of State*, op. cit., 214.

⁸⁷ FRIEDMANN Y., *Tolerance and Coercion in Islam: Interfaith Relations in the Muslim Tradition*, New York 2003, 119-120.

prigioniero e l'orfano»⁸⁸. I prigionieri, inoltre, hanno il diritto di essere protetti dalle intemperie e di essere dotati di abiti appropriati come stabilito dal Profeta⁸⁹. Altri *ahādīth* obbligano i musulmani a sollevare i prigionieri da qualunque disagio, curare le loro malattie, e consentire loro di adempiere le proprie volontà (in particolare, quelle testamentarie), comunicandole allo Stato nemico⁹⁰. Un altro *hadīth* esorta i soldati musulmani a rispettare la dignità dei prigionieri e a non esigerne prestazioni di lavoro gratuito e/o forzato⁹¹. Infine, un prigioniero che sia riuscito a fuggire, e che sia stato nuovamente catturato, non può essere processato per il reato di evasione qualora abbia raggiunto il *dār al-harb*. Egli può essere punito solo per violazioni di minore entità legate al reato principale, a meno che non venga ucciso, durante la fuga, trovandosi ancora nel *dār al-Islām*⁹².

In tutti i casi previsti dalla normativa sul trattamento dei prigionieri di guerra, lo Stato islamico è sempre responsabile (a causa della già menzionata natura collettiva del *jihād*) del benessere dei prigionieri fino al loro rilascio e/o all'ipotesi di scambio concordato con altri prigionieri⁹³. L'autorità di rilasciare i prigionieri dietro riscatto si deduce dalla *Sunna*. Il riscatto prevede diverse modalità. Sovente era pagato in oro, argento, armi e/o munizioni, ma poteva (e, tuttora, può) essere liquidato anche con altri mezzi⁹⁴.

Quanto esposto sembra dimostrare come le disposizioni islamiche sul trattamento dei “prigionieri di guerra” contemplino una certa “umanità”⁹⁵: tuttavia, pare interessante confrontare tali disposizioni con quelle previste dalla *III Convenzione di Ginevra* del 1949⁹⁶. Naturalmente il *Trattato Europeo* prevede un'esposizione più dettagliata in proposito, ma ciò che stupisce, e non poco, è una marcata somiglianza, sul piano giuridico, con i principi del *siyār*: si pensi, ad esempio, alle seguenti affinità: a) i prigionieri di guerra saranno tenuti in custodia dallo Stato belligerante; b) eccetto che per gli ufficiali, lo Stato belligerante potrà esigere prestazioni di lavoro (forzato) dai “prigionieri di guerra”; c) lo Stato belligerante è responsabile della cura e del sostentamento dei prigionieri [mantenimento,

⁸⁸ ALI A.Y., *The Meaning of the Glorious Qur'ān*, op. cit., 580.

⁸⁹ HAMIDULLĀH M., *Muslim Conduct of State*, op. cit., 215.

⁹⁰ HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 176.

⁹¹ HAMIDULLĀH M., *Muhammad Rasullah: A Concise Survey of the Life and Work of the Founder of Islam*, Hyderabad 1974, 141.

⁹² KHAN M.R.A., *Islamic Jurisprudence*, op. cit., 222; HAMIDULLĀH M., *Muslim Conduct of State*, op. cit., 216; HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 177.

⁹³ YAMANAI A.Z., *Humanitarian International Law in Islam: A General Outlook*, op. cit., 65-94.

⁹⁴ ALI M.M., *The Religion of Islam*, op. cit., 568-569; HAMIDULLĀH M., *Muslim Conduct of State*, op. cit., p. 220.

⁹⁵ THOMAS T.S., *Prisoners of War in Islam: A Legal Inquiry*, in *The Muslim World* 87, 1 (1997), 44-53.

⁹⁶ O'BRIEN W.V., *The International Law of War as Related to the Western Just War Tradition*, in KELSAY J. & JOHNSON J.T. (eds.), *Just War and Jihad: Historical and Theoretical Perspectives on War and Peace in Western and Islamic Traditions*, New York 1991, 163-175; KOONTZ T.J., *Noncombatant Immunity in Michael Walzer's Just & Unjust Wars*, in *Ethics and International Affairs* 11 (1997), 55-82; BELLAMY A.J., *Supreme Emergencies and the Protection of Non-Combatants in War*, in *International Affairs* 5, 80 (2004), 829-850.

peraltro, soggetto al “rimpatrio”]; *d*) i prigionieri saranno trattati con umanità; *e*) i prigionieri osserveranno le leggi dello Stato belligerante che li detiene; *f*) ai prigionieri saranno garantite le proprie libertà di natura religiosa; *g*) i desideri dei prigionieri saranno esauditi; *h*) i prigionieri non saranno sottoposti a torture e/o brutalità per avere informazioni utili alla condotta delle operazioni militari; *i*) i prigionieri saranno rilasciati e rimpatriati senza il pagamento di un riscatto quando saranno cessate le ostilità⁹⁷.

In particolare, il *siyār* è conforme alla *Convenzione di Ginevra* per quanto riguarda le lettere: *b, c, d, e, f, g, i*, mentre per quel che attiene più esattamente la lettera *h* la similitudine si ricava per analogia, giacché la richiesta di trattamento umano implica una restrizione delle brutalità⁹⁸. Per certi aspetti, il *siyār* è perfino più rilevante della *Convenzione di Ginevra*⁹⁹: le disposizioni islamiche, ad esempio, proibiscono i lavori forzati per tutti i “prigionieri di guerra” e, quindi, non solo per gli ufficiali; oltre a questo, il *siyār* non prevede che i costi di mantenimento dei prigionieri siano soggetti al “rimpatrio”. Inoltre, mentre la *Convenzione di Ginevra* è basata sulla reciprocità degli Stati firmatari, il *siyār* obbliga gli Stati musulmani ad aderire unilateralmente ai suoi principi¹⁰⁰.

In una prospettiva internazionalistica, finora si è assistito all’egemonia – se così si può dire – della giurisprudenza occidentale, laddove solo qualche tentativo v’è stato di cogliere gli aspetti salienti di altre normative orientali e/o mediorientali, come ad esempio il *siyār*, ma anche di altri ordinamenti relativi alle più varie politiche di regolamentazione internazionale¹⁰¹. Non è possibile ignorare i principi giuridico-religiosi derivanti dell’Islām soprattutto per quanto riguarda la materia internazionalistica e, in particolare, la regolamentazione della belligeranza (impropriamente definita dall’espressione *jihād*)¹⁰²: d’altra parte, le disposizioni sul trattamento dei “prigionieri di guerra” evidenziano una propensione alla clemenza pari, quanto non superiore, a quella espressa nella *III Convenzione di Ginevra* del 1949¹⁰³. Ne consegue che la dottrina

⁹⁷ *III Convenzione di Ginevra* (12 agosto 1949), artt. 118-119; HASSAN S.R., *The Reconstruction of Legal Thought in Islam*, op. cit., 177; FLECK D. (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, New York 2004²; REHMAN J., *Islamic State Practices, International Law, and the Threat from Terrorism: A Critique of the “Clash of Civilizations” in the New World Order*, Oxford & Portland 2005, 44-162.

⁹⁸ KURTHA A.N., *Prisoners of War and War Crimes: Containing Texts of the 1949 Geneva Conventions and the Nuremberg Judgement with Full Commentary*, Karachi 1973, 18 e sgg.; MUKARRAM AHMED M. (ed.), *Encyclopaedia of Islam*, New Delhi 2005, 3-80, praesertim, 33 e sgg..

⁹⁹ BOISARD M.A., *On the Probable Influence of Islam on Western Public and International Law*, in *International Journal of Middle East Studies* 11, 4 (1980), 429-450.

¹⁰⁰ Per una dettagliata spiegazione di questa tematica, cfr. PETERS R., *Jihad in Classical and Modern Islam*, op. cit., 134.

¹⁰¹ Si pensi, per esempio, ai trattati che disciplinano l’accesso all’acqua e per i quali cfr. NAFF T. & DELLAPENNA J., *Can There Be Confluence? A Comparative Consideration of Western and Islamic Fresh Water Law*, in *Water Policy* 4 (2002), 465-489.

¹⁰² LEVI W., *International Law in a Multicultural World*, in *International Studies Quarterly* 18, 3 (1974), 417-449.

¹⁰³ ZEMMALI A., *Combattants et prisonniers de guerre en droit islamique*, op. cit., 421.

giuridica islamica classica prevede elementi fondanti che possono, tuttora, essere validi nel dirimere controversie di natura internazionale, sebbene non appaiano del tutto convincenti taluni precetti coranici – come ha osservato acutamente lo SCHACHT – soprattutto in relazione alla conduzione di un conflitto¹⁰⁴. Nondimeno è rilevante constatare come gli Stati islamici abbiano – perlomeno in linea di principio – aderito alla *Convenzione delle Nazioni Unite* sull'abiura della guerra, fatte salve alcune circoscritte istanze inerenti al principio di autodifesa che, peraltro, devono essere consentite dal *Consiglio di Sicurezza dell'ONU*¹⁰⁵. Uno “sforzo” – ci sia permesso, in questo frangente, l'uso del termine *jihād* – è, invero, auspicabile: e cioè che la giurisprudenza internazionalistica occidentale e quella islamica sappiano ben interagire affinché diventi sempre più esiguo il conflitto legale-interpretativo¹⁰⁶. Occorre, in altre parole, dirimere le situazioni conflittuali armonizzando le due normative¹⁰⁷. Tra i vari approcci possibili sembra rilevante quello proposto dallo studioso musulmano AN-NA'IM, secondo il quale: «There can be only one international humanitarian law, and it has to be international humanitarian law»¹⁰⁸: seguendo tale posizione, il diritto internazionale – pur tenendo conto di tutte le tradizioni normative – dovrebbe essere unico¹⁰⁹. Certamente – continua AN-NA'IM – vi sono talune incomprensioni sulla natura pacifica dell'Islām, ma – al contempo – non deve esservi dubbio sul fatto che il diritto umanitario islamico proibisca la violenza e l'estremismo: del resto, ambiguità di carattere interpretativo sono presenti in tutti i sistemi giuridici¹¹⁰.

LEONARDO SACCO

¹⁰⁴ Per un esame circostanziato della problematica qui accennata, cfr. SCHACHT J., *Islamic Law in Contemporary States*, in *American Journal of Comparative Law* 8, 2 (1959), 133-144.

¹⁰⁵ AREND A.C. & BECK R.J. (eds.), *International Law and the Use of Force: Beyond the UN Charter Paradigm*, New York 1993, 194-195 e *passim*; HASHMI S.H., *Islamic Ethics in International Society*, in MAPEL D.R. & NARDIN T. (eds.), *International Society: Diverse Ethical Perspectives*, Princeton 1999², 226.

¹⁰⁶ HALLĀQ W.B., *Can the Shari'a Be Restored*, in HADDĀD Y.Y. & STOWASSER B.F., (eds.), *Islamic Law and the Challenge of Modernity*, Walnut Creek 2004, 21-54.

¹⁰⁷ NUSRAT H., *Humanitarian Law and Islam*, in *Magazine of the International Red Cross and Red Crescent Movement* 1 (2005), 24-25; PFANNER T., WIGGER A., MOHAGHEGH M., *Interview with Ahmad Ali Noorbala*, in *International Review of the Red Cross* 87, 858 (2005), 243-251.

¹⁰⁸ AN-NA'IM A., *Islamic Law and International Law* (Presentation at the Joint Association of American Law Schools, American Society of Comparative Law, and Law and Society Association Annual Meeting 2004, Atlanta), <http://www.aals.org/am2004/islamiclaw/international.htm> [ultimo accesso, 3 aprile 2008].

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ AN-NA'IM A., *Toward an Islamic Hermeneutics for Human Rights*, op. cit., 229-242; cfr. inoltre: MENDELSON M.H., *The Formation of Customary International Law*, in *Recueil des Cours* 272 (1998), 155-410; BRIKCI N., *Is Cultural Proximity the Answer to Gaining Access in Muslim Contexts?*, in *Humanitarian Practice Network* 43 (2005), <http://www.odihpn.org/report.asp?id=2655> [ultimo accesso 3 aprile 2008].