

## CENNI SUL DIRITTO ISLAMICO DEI CONTRATTI

VALENTINA M. DONINI

*Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (Roma)*

---

*Sommario:*

§1. Introduzione. §2. Discussione sull'origine del diritto islamico dei contratti. §3. Principi generali dei contratti. Forza vincolante e libertà contrattuale. §4. Dimensione etica del diritto dei contratti: il principio di equità. §4.1. L'istituto dell'*istiglāl*. §4.2. Indulgenza nei confronti del debitore in buona fede. §4.3. Divieto di *ribā*. § 4.4. Divieto di *ḡarar*.

---

### §1. Introduzione

Nello studio del diritto islamico dei contratti, il comparatista si trova di fronte a tutta una serie di problematiche, riconducibili a due ordini di fattori, quello terminologico, legato alla difficoltà nel tradurre correttamente alcuni concetti giuridici, l'altro più sostanziale, legato alla dimensione religiosa del diritto contrattuale islamico.

Già la terminologia di base presenta, infatti, delle difficoltà, se consideriamo che il termine arabo *'aqd*, che si traduce comunemente con contratto, in realtà, da un punto di vista concettuale e giuridico non corrisponde perfettamente alla nozione occidentale di derivazione romanistica di contratto cui siamo abituati.

Il lemma *'aqd* deriva infatti dal verbo *'aqada*, significante letteralmente "annodare", e viene utilizzato per indicare le manifestazioni di volontà che vincolano l'autore a tutte le obbligazioni che ne derivano: di conseguenza talvolta *'aqd* viene utilizzato anche con riferimento ad atti di disposizione unilaterali, o meri atti giuridici come il matrimonio o il ripudio, che per il giurista occidentale non potrebbero rientrare nella nozione di contratto<sup>1</sup>. Solo in senso più restrittivo, *'aqd* si riferisce agli atti giuridici bilaterali che implicano almeno due dichiarazioni concordanti (da distinguersi quindi dalla semplice promessa, *'ida*) per creare o modificare

---

<sup>1</sup> Cfr. s.v. *'akd*, in *Encyclopédie de l'Islām*: «le 'akd en droit musulman c'est proprement l'acte juridique, qu'il s'agisse d'un contrat ou d'une simple déclaration unilatérale, telle que le testament».

una nuova situazione di diritto<sup>2</sup>.

La dimensione etico-morale che pervade tutto il diritto islamico, inoltre, assume particolare rilevanza nel diritto dei contratti che, sebbene sia una materia piuttosto tecnica, rivela invece una forte aderenza all'elemento metagiuridico, in virtù del carattere rivelato della *šari'a*. Il diritto dei contratti, infatti, è un ramo del diritto dove è particolarmente interessante l'intersecarsi tra religione e morale da una parte, ed esigenza di regolamentare i rapporti giuridici economici dall'altra, ma sempre in un'ottica dove etica ed efficienza, libertà e giustizia contrattuale, equità e modi di produzione della ricchezza si sovrappongono costantemente.

Le principali norme relative al diritto dei contratti islamico ovviamente si ritrovano nel Corano, la prima fonte del diritto, dove però non si riscontra, come è naturale, una disciplina completa e analitica del contratto, trattandosi, infatti, di un testo religioso, ricco di simbolismi, metafore, iperboli, dal contenuto prevalentemente religioso e morale, prima che giuridico<sup>3</sup>. Nei versetti rivelati nella fase medinese della predicazione di MUHAMMAD, si ritrovano invece alcune regole: si ritiene, infatti che abbiano carattere prescrittivo circa 500-600 versetti dei 6.200 di cui è composto il Corano, anche se per la maggior parte si tratta di regole di culto, di rito, relative quindi al foro interno, e solo un centinaio sono invece norme giuridiche relative ai rapporti giuridici tra consociati, al foro esterno, come ribadito dallo stesso FRANCESCO CASTRO (1936-2006)<sup>4</sup>. Tra queste regole giuridiche in senso stretto, si ritrova la disciplina di tutte le

---

<sup>2</sup> Più recentemente però l'applicazione del termine *'aqd* è stata oggetto di un acceso dibattito tra giuristi più conservatori che avrebbero voluto continuare a utilizzare il termine nella sua accezione originale, e autori più modernisti, che invece preferiscono utilizzare il termine con riferimento ai contratti bilaterali, in conformità a quanto accade nelle moderne codificazioni occidentali. Di conseguenza esponenti della dottrina modernista (come ad esempio Sanhūrī, eminente giurista egiziano, artefice dell'attuale codice civile egiziano) indicano gli altri atti unilaterali con termini quali *tašarruf* (disposizione) o *iltizām* (obbligazione), puntualizzando poi che se è vero che ogni contratto è anche un atto di disposizione, non è vero il contrario. Cfr. PAPA M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della šari'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, 7 (1999), 285.

<sup>3</sup> Il contenuto del Corano, come scrive CASTRO, «è assai vario. Ora sono testi destinati alla recitazione liturgica in comune; ora sono ammonimenti agli increduli, minacce a coloro che non si pentono e non si convertono, descrizioni vivaci dei terrori del giudizio universale e dell'inferno, accenni ai godimenti materiali del paradiso, spunti dogmatici, politica contro i politeisti, episodi delle persecuzioni mosse dagli increduli ai profeti mandati da Dio a popoli non arabi o a genti arabe estinte, catastrofi di popoli ostinatamente chiusi alla voce degli inviati di Dio; ora sono ammonimenti morali, biasimi ai ricchi egoisti, esortazioni alle pratiche del culto e persino qualche rimprovero» (CASTRO F., *Il Modello islamico*, Torino 2007, 14).

<sup>4</sup> Cfr. CASTRO F., *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Digesto*, IV edizione, VI Civile, Torino 1990, 3-66.

*mu'amalāt*<sup>5</sup>, dal diritto di famiglia al diritto penale, dal diritto "costituzionale" a quello commerciale, dalla tutela delle minoranze al diritto di guerra.

Si comprende quindi come le regole relative ai contratti nel Corano siano effettivamente poche, per lo più dedicate alla vendita, considerata un lecito mezzo di arricchimento, e al divieto di ogni arricchimento ingiustificato.

L'assenza nel Corano di una disciplina dettagliata e particolareggiata<sup>6</sup>, spinge quindi a cercare tali norme nelle altre fonti del diritto. Ad esempio nella *Sunna* (la seconda fonte del diritto islamico consistente nell'insieme dei comportamenti, detti, fatti e anche silenzi di MUHAMMAD<sup>7</sup>, che in quanto uomo la cui condotta è ritenuta ispirata da Dio, assume una portata normativa), si possono rinvenire molte tradizioni favorevoli alla vendita e al commercio in generale, considerata attività più vantaggiosa e decorosa rispetto all'allevamento di animali o ai lavori manuali, nonché numerose descrizioni del mercante onesto, che gode di grande stima e considerazione, a differenza del mercante disonesto che subirà invece il castigo divino<sup>8</sup>. Il mercante, infatti, deve mostrarsi generoso e conciliante (e questo si vedrà ad esempio nella mancanza di eccessivo rigore previsto in caso di mora del debitore), deve fornire l'esatta misura e il giusto peso della merce venduta, deve evitare qualunque comportamento doloso che annulla la benedizione (*baraka*) normalmente accordata al commercio. Nel caso di infrazione di questi precetti, l'elemosina, *ṣadaka*

<sup>5</sup> Il diritto islamico distingue tra *uṣūl al-fiqh*, le fonti o le radici del diritto, e *furū' al-fiqh*, i rami del diritto, cioè l'insieme degli istituti giuridici, che a loro volta vengono divisi in *'ibadāt* o regole del culto (tra cui i cinque pilastri dell'islam: la professione di fede, la preghiera, l'elemosina legale, il digiuno e il pellegrinaggio alla Mecca), le regole, quindi, «relative al rapporto tra la creatura e il Creatore, e *mu'amalāt*, i rapporti giuridici che si svolgono in dimensione "orizzontale" tra la creatura e i suoi simili» (CASTRO F., *Il modello islamico*, op. cit., 24). Tradizionalmente, l'ordine dell'esposizione relativo alle *mu'amalāt* prevede una tripartizione in matrimonio, diritti patrimoniali (suddivisi in diritti reali e obbligazioni) e infine successioni.

<sup>6</sup> Vedi BELAÏD S., *Islam et droit*, Tunis 2000, 284; l'A. ribadisce come l'assenza di una disciplina dettagliata dipenda dal fatto che il Corano è prima di tutto un messaggio spirituale e non un'opera di codificazione giuridica.

<sup>7</sup> Si parla infatti di *sunnat al-nabī*, la sunna del profeta. Fonti di cognizione della *Sunna* sono le tradizioni o racconti, *ḥadīṭ*, trasmessi oralmente da una catena di trasmettitori degni di fede: tanto più autorevoli sono i trasmettitori, tanto più veritiera si riterrà la tradizione narrata.

<sup>8</sup> Per una visione opposta, va citato un *ḥadīṭ*, sebbene isolato, secondo il quale MUHAMMAD avrebbe detto che i mercanti sono bugiardi e compiono ingiustizie. Al contrario, secondo il celebre giurista AL-ĠAZALĪ, il mercato è il luogo dove il commerciante può compiere il suo *ḡihād*, inteso come sforzo da compiere verso se stesso per migliorarsi. Cfr. s.v. *Tidjāra*, in *Encyclopédie de l'Islām*, vol. X.

(non *zakāt*, l'elemosina legale, che ha un ruolo ben diverso<sup>9</sup>), può in parte riparare la cattiva azione compiuta.

Tuttavia, nonostante le norme rinvenibili nella *Sunna*, e poi ricavabili da tutta la trattatistica medievale, elaborata attraverso il sapiente lavoro di *ig̃tihād* (cioè lo sforzo ermeneutico che il *faqīh* compiva sulle fonti primarie del diritto), il diritto dei contratti islamico presenta comunque una peculiarità che può sorprendere il giurista occidentale in una comparazione con il diritto islamico, cioè l'assenza di una teoria generale del contratto. Il giurista islamico, infatti, rifiuta un approccio dogmatico e astratto, ma preferisce partire dalla descrizione di una singola fattispecie, di un singolo tipo contrattuale, per poi eventualmente valutare differenze e convergenze con altri tipi contrattuali, inserendo il contratto nella classificazione dei contratti nominati, *al-'uqūd al-mu'ayyana*<sup>10</sup>, e solo in seguito estrapolando delle regole di portata più generale.

Il contratto utilizzato come paradigma su cui modellare le varie convergenze o divergenze con gli altri tipi contrattuali era il contratto di vendita, considerato una sorta di archetipo, di contratto perfetto, sicuramente il più importante. Infatti, la vendita, *bay'*, classificata dal Corano come attività lecita<sup>11</sup>, è alla base del diritto commerciale islamico, sia come strumento per le operazioni commerciali, sia come base normativa per lo sviluppo di altri istituti, dal momento che è il modello dal quale si possono dedurre diversi contratti, tramite il *qiyās*, l'analogia. Addirittura il matrimonio, sebbene istituzione giuridica indipendente, è definito e interpretato proprio sulla base del contratto di vendita, ovviamente in senso

---

<sup>9</sup> Vedi BAUSANI A., *L'islam*, Milano, 1980, 52; BENTHALL J., *Financial Worship: the Quranic Injunction to Almsgiving*, in *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, 5 n. 1 (1999), 30; JOHANSEN B., *Contingency in a Sacred Law-Legal and Ethical Norms in the Muslim Fiqh*, Leiden 1999, 131 ss.

<sup>10</sup> Una prima classificazione a grandi linee dei contratti nominati è quella che distingue i contratti a titolo gratuito da quelli a titolo oneroso, e i contratti che trasferiscono la proprietà, cioè la sostanza, *raqaba*, dai contratti che trasferiscono solo un diritto sul godimento della cosa, *manfa'a*. Più precisamente, il diritto islamico propone una classificazione a seconda che si tratti di contratti commutativi di proprietà, di godimento, contratti misti di cessione di proprietà e di godimento, contratti di custodia e contratti di beneficenza. La vendita rientra nella categoria dei contratti a titolo oneroso, commutativi di proprietà.

<sup>11</sup> Il diritto islamico qualifica tutti gli atti secondo una quintuplice ripartizione: gli atti possono essere obbligatori, raccomandati (l'omissione di tale tipo di atti non è punibile), permessi o leciti (si tratta di atti indifferenti verso i quali il diritto islamico non prevede alcun giudizio di meritevolezza o punibilità), riprovevoli (l'atto da cui è meglio astenersi ma se compiuto non è punibile), l'atto illecito o vietato. Cfr. CASTRO F., *al-Abkam al-khamsa*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, Sez. Civile (Digesto IV), 245-246; CECCARELLI MOROLLI D., *Breve introduzione alla legge religiosa islamica (Shari'a)*, Roma, Pontificio Collegio Ucraino di S. Giosaf, 1994, 35-36.

lato<sup>12</sup>.

Quanto alla disciplina della vendita, il termine *bay'* indica ogni contratto in cui si verifica lo scambio di un valore patrimoniale valutabile in denaro contro un altro valore patrimoniale valutabile in denaro, a scopo di trasferimento e di acquisto della proprietà, quindi i contratti commutativi in genere (*'aqd mu'āwāḍah*). La vendita, secondo tale impostazione, è lo scambio di un bene (*māl*, qualunque esso sia) con un'altra proprietà. Tuttavia, la vendita, *bay'*, comprende effettivamente altri tipi di contratti come la vendita *salam*<sup>13</sup>, la permuta (*muqāyaḍa*), lo scambio (*sarf*) sia di metalli preziosi della stessa specie, sia di specie diversa, nonché il contratto di manifattura, *istisnā'*<sup>14</sup>.

Secondo alcune dottrine i contratti compresi nella vendita sarebbero

<sup>12</sup> ZAHRAA M., MAHMOR S. M., *Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, in *Arab Law Quarterly*, XVI, 3 (2001), 215.

<sup>13</sup> La vendita *salam* è caratterizzata dal fatto che mentre il pagamento è effettuato al momento della conclusione del contratto, la cosa venduta sarà consegnata in un secondo momento, successivo alla sessione contrattuale, *maḡlis*. Ciò costituisce quindi un'eccezione al principio dell'immediatezza dello scambio delle prestazioni, e viola la regola della disponibilità dell'oggetto di vendita al momento della conclusione del contratto, ispirata alla necessità di evitare ogni possibilità di *ribā* e soprattutto di *ḡarar* (vedi *infra*). Tuttavia i giuristi medievali, coscienti della necessità di riconoscere giuridicamente una pratica corrispondente a un reale bisogno economico, integrarono la vendita *salam* nella *ṣarī'a*, ricorrendo a una tradizione attribuita a MUḤAMMAD, e considerando oggetto del contratto non un bene fisico, ma una semplice promessa. Quanto alla disciplina di questo tipo di vendita, le scuole giuridiche presentano diversi approcci, ma sono tutte concordi nel ritenere che la data di consegna, la quantità e la qualità dei beni devono essere determinate esplicitamente al momento della conclusione del contratto (anche se la scuola sciafiita ammette la possibilità che la data di consegna non sia fissata), allo scopo di salvaguardare il contratto da eventuali elementi aleatori. Questo perché, data la natura del contratto, la vendita *salam* impedisce di esercitare l'opzione di ispezione, e di conseguenza l'unico mezzo per evitare l'ignoranza dell'acquirente circa il bene venduto è una descrizione quanto più accurata possibile. Infine, secondo la dottrina dominante, la vendita *salam* è valida solo per i beni fungibili, sebbene alcuni studiosi abbiano esteso tale possibilità a qualunque oggetto, con la sola eccezione dell'oro e dell'argento: in questo caso la consegna posticipata sarebbe inaccettabile in quanto potrebbe portare a un arricchimento ingiustificato in violazione alle norme sul *ribā* e *ḡarar*. Cfr. s.v. *salam*, in *Encyclopédie de l'Islām*, VIII; vedi anche HASHIM KAMALI M., *Islamic Commercial Law. An Analysis of Futures and Options*, Cambridge 2002, 131 ss.

<sup>14</sup> Il contratto di *istisnā'* è un contratto che potremmo definire di manifattura, in cui l'oggetto venduto non è ancora esistente, ma il compratore incarica il venditore di fabbricarlo. Anche in questo caso si tratta quindi di un'eccezione al principio dell'esistenza dell'oggetto di vendita al momento della conclusione del contratto. Il contratto si conclude con lo scambio di offerta ed accettazione tra le parti, e crea un'obbligazione per il venditore di produrre il bene, e un obbligo corrispondente del compratore di pagare il prezzo una volta. Secondo l'opinione minoritaria di ABŪ ḤANĪFA, ma non seguita nemmeno dalla scuola hanafita, l'*istisnā'* non è un contratto vincolante ma un mero scambio di promesse (cfr. HASHIM KAMALI M., *Islamic Commercial Law...*, op. cit., 133). Infine, mentre la vendita *salam* trova la sua legittimazione nella *Sunna*, il contratto di *istisnā'* è stato elaborato dall'*igmā'* (il consenso della comunità dei dottori della legge, terza fonte del diritto islamico), dalla consuetudine, *'urf* e dalle necessità pratiche del commercio (RAHIM A., *Principles of Islamic Jurisprudence*, New Delhi 1911, 278).

addirittura tredici<sup>15</sup>, secondo altre è sufficiente invece una classificazione più ampia in tre grandi categorie: vendita di beni verso beni (*muqāyaḍa*), vendita di beni in cambio di un corrispettivo in denaro (*bayʿ* in senso stretto<sup>16</sup>), e scambio di denaro verso denaro (*sarf*).

In ogni caso, l'importanza del contratto di vendita nel diritto islamico è fuor di dubbio, essendo lo strumento alla base del commercio, che già in epoca preislamica nella penisola araba aveva raggiunto un notevole grado di sviluppo, grazie a diversi fattori: in primo luogo per la sua posizione strategica al crocevia tra le vie mercantili che portavano dall'Europa all'Asia, ma anche per l'utilizzo del dromedario nel commercio carovaniero, e per il fatto di essere anche prima dell'avvento dell'Islām una meta di pellegrinaggio<sup>17</sup>.

In realtà la forte propensione agli scambi commerciali su grandi distanze nel mondo arabo dipendeva anche dall'importanza che il ruolo del mercante aveva rivestito nel corso dei secoli: questi, infatti, godeva di grossa considerazione e prestigio sociale, poiché, al di là del dato puramente economico, poteva viaggiare e conoscere altre civiltà<sup>18</sup>, di conseguenza il commercio era uno strumento di arricchimento culturale oltre che economico.

Con l'avvento dell'Islām<sup>19</sup> il commercio, *tiḡāra*, assume una nuova centralità: MUḤAMMAD stesso era un mercante, quindi ben conosceva gli usi e le pratiche commerciali dell'epoca e, infatti, non solo si possono rinvenire nel Corano numerosi riferimenti alla vendita, ma molti termini tecnici del commercio sono utilizzati per esprimere idee religiose. Inoltre, il mercante diventa un veicolo di diffusione della rivelazione, e quindi strumento per

---

<sup>15</sup> Cfr. ZAHRAA M. E MAHMOR S.M., *Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, op. cit., 216.

<sup>16</sup> O viceversa, cioè la vendita di denaro verso un bene.

<sup>17</sup> Vedi CRONE P., *Meccan Trade and the Rise of Islām*, Princeton 1987, che sottolinea soprattutto la dimensione internazionale degli scambi commerciali, analizzando in particolare il mercato delle spezie nella penisola araba agli albori dell'Islām.

<sup>18</sup> Infatti, proprio grazie ai mercanti e ai missionari (qualità spesso riunite in una sola persona) si è potuta verificare una forma pacifica di espansione dell'Islām, dall'Oceano Indiano fino all'Indonesia e alle Filippine.

<sup>19</sup> Storicamente si possono individuare tre tappe cronologiche nella storia del commercio islamico, definite in base a fattori economici quali l'offerta e la domanda, gli strumenti tecnici e giuridici, le condizioni monetarie nonché quelle dei mercati. Il primo periodo, che va dal VII al X secolo (quando si sono formate le basilari strutture giuridiche), vede fiorire il commercio con l'Asia e l'Estremo Oriente, riprendendo l'antica via della seta, mentre nel secondo (XI-XIII secolo) il commercio torna a rivolgersi verso il Mediterraneo, sviluppandosi verso la Spagna e la Sicilia, per poi orientarsi ancora più verso l'Europa continentale nel terzo periodo (XIV-XVI secolo), quando diventa più intenso il contatto con i mercanti cristiani. Sullo statuto giuridico dei commercianti stranieri, cfr. s.v. *Tidjāra*, in *Encyclopédie de l'Islām*, vol. X.

l'espansione pacifica dell'Islām (come si è verificato prevalentemente nel sud-est asiatico). Invero, se nei primi secoli dell'Islām il mercante si limitava a stipulare alleanze con le tribù dei nomadi che diventavano poi carovanieri<sup>20</sup>, con il passare del tempo questi diventava anche una sorta di missionario, che riusciva a portare il messaggio divino insieme allo scambio commerciale<sup>21</sup>, e quindi gli avamposti commerciali si trasformavano in "isole islamiche" nel *dār al-ḥarb*<sup>22</sup>, e punti di partenza per la diffusione della religione. D'altronde, il legame tra fiducia commerciale e religione è indiscutibile, dato che l'appartenenza all'Islām creava un legame e di conseguenza fiducia tra i membri della *umma*: il fatto di condividere le stesse concezioni sulla moralità e sulla comunità facilitava quindi sia la concessione del credito, sia l'adesione alle procedure commerciali e pratiche mercantili accettate pressoché ovunque.

## §2. Discussione sull'origine del diritto dei contratti islamico

La disciplina del diritto dei contratti islamico sembra quindi prevalentemente concentrata sul ruolo del mercante e del commercio in generale, sia per sottolineare come la vendita sia un'attività lecita di produzione e distribuzione della ricchezza, sia per confermare l'importanza del mercante purché, ovviamente, onesto<sup>23</sup>, sia per ribadire la liceità della

<sup>20</sup> Mentre al tempo stesso le regioni agricole restavano più isolate conservando una propria individualità, sia linguistica, come nel caso dei berberi, sia religiosa, come nel caso degli sciiti. AMIN S., *Lo sviluppo ineguale*, Torino 1977, 41.

<sup>21</sup> È proprio in questo modo che a partire dal IX secolo l'Islām è arrivato nel sud-est asiatico. Vedi tra gli altri FAROUK O., *I musulmani del Sud-est asiatico: uno sguardo d'insieme*, in *Islam e Finanza*, Torino 1991, 10, il quale in merito all'espansione dell'Islām nella Malacca, conferma che: «l'impatto politico dell'Islam fu straordinariamente rafforzato dalla posizione di primo piano assunta dai mercanti musulmani nell'arcipelago. Costoro esercitavano un controllo quasi totale sugli scambi commerciali della regione. Il commercio estero era in mano ai musulmani; la navigazione commerciale internazionale era in pratica un loro monopolio. I maggiori porti erano sotto il controllo dei musulmani, che raggiunsero in breve un'inattaccabile posizione di prestigio economico. I mercanti musulmani erano ricchi e colti. (...). Successivamente, la conversione all'Islām degli abitanti della regione seguì a distanza ravvicinata l'itinerario delle rotte commerciali».

<sup>22</sup> «Traders generally travelled with Islamic scholars and were frequently Islamic scholars themselves. As a result, Islam spread throughout the areas they travelled [...]. Thus, trade facilitated the spread of Islam while Islam facilitated the spread of traders». WARMS R. L., *Merchants, Muslims, and Wabbābiyya: The Elaboration of Islamic Identity in Sikasso, Mali*, in *Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne des Études Africaines*, 26, 3 (1992), 485. Vedi anche DONINI P. G., *Il Mondo islamico. Breve storia dal Cinquecento a oggi*, Roma-Bari 2003, 21; TRIULZI A., *Trade, Islam, and the Mahdia in Northwestern Wallagga, Ethiopia*, in *The Journal of African History*, 16, 1 (1975), 55-71.

<sup>23</sup> «Il mercante onesto e sincero (nel giorno del Giudizio) sarà tra i profeti, i giusti e i martiri» (citato in RODINSON M., *Islam e capitalismo*, Torino 1968, 36); oppure: «nel giorno del Giudizio, il mercante onesto siederà all'ombra del trono di Dio». E anche «Quale forma di guadagno è la migliore? Il profeta rispose, il lavoro dell'uomo con le sue mani e ogni vendita legittima» (citato in VOGEL F.E.,

vendita in antitesi al divieto di *ribā*, le usure, prendendo quindi le distanze dalle pratiche preislamiche.

Infatti, se è vero che la disciplina prevista nel Corano sembra richiamare in parte il corpo normativo preislamico<sup>24</sup>, è altrettanto vero che in esso si riscontrano alcune novità, tutte riconducibili alla *ratio* di proibire ogni arricchimento ingiustificato, come ad esempio il divieto dell'usura e dell'alea (che invece erano pacificamente ammesse in epoca preislamica), la disciplina delle opzioni, le regole relative ai requisiti dell'oggetto del contratto, la disciplina restrittiva della prescrizione estintiva<sup>25</sup>.

In generale si può dire che il Corano, riconoscendo espressamente l'importanza degli scambi commerciali per la prosperità delle popolazioni, non prevede limitazioni od ostacoli al libero flusso di merci<sup>26</sup>, se si eccettuano i casi in cui si tratti di un arricchimento senza causa, e di commercio di beni il cui consumo è vietato dalla religione, come ad esempio il vino o la carne di maiale, o beni comuni a tutti, come l'acqua, l'erba o il fuoco<sup>27</sup>. Il commercio è quindi raccomandato come mezzo di distribuzione delle ricchezze; si veda ad esempio la cosiddetta *sura* delle donne: «O voi che credete, non consumate fra voi i vostri beni vanamente, ma piuttosto vi sia un traffico di comune accordo fra voi»<sup>28</sup>. Tuttavia, l'atteggiamento

---

*Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, 2006, Tübingen, 12).

<sup>24</sup> Va considerato, infatti, che gli usi di origine preislamica non espressamente abrogati dal Corano (e chiaramente non in contrasto con il diritto islamico) sono sopravvissuti come fonte secondaria, e rientrano infatti nella consuetudine, *'urf*. D'altronde, gli usi hanno svolto un ruolo fondamentale soprattutto per facilitare i rapporti commerciali e adeguare il diritto alle circostanze del tempo. Sull'organizzazione pre-islamica, vedi SCHACHT J., *Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence*, in KHADDURI M. e LIEBESNY H.J., *Law in the Middle East*, Washington 1955, 28-57. Sulla resistenza degli usi delle comunità beduine e la concorrenza di due sistemi normativi, vedi BOTIVEAU B., *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris 1993, 265 ss.

<sup>25</sup> Per un'analisi della disciplina della prescrizione nel diritto islamico e nel diritto attuale dei paesi arabi, cfr. DONINI V. M., *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo, tra diritto islamico e lex mercatoria*, Napoli 2007, 428 ss.

<sup>26</sup> Secondo alcuni autori il fondamento giuridico dell'importanza del libero commercio è contenuto nella cosiddetta *sura* dei *Qurays* (Corano CVI, 2) in cui è messa in evidenza la necessità di una «unione concorde in carovane d'inverno e d'estate!»; cfr. ABOU-ENEIN M. I. M., *Islamic (Shari'a) Law and the Commitments to the World Trade Organization Agreements (A Brief Study)*, in AA. VV., *Strengthening Relations with Arab and Islamic Countries through International Law. E-commerce, the WTO Dispute Settlement Mechanism and Foreign Investment*, The Hague/London/New York 2002, 158. Per un'evoluzione storica vedi anche FRANCESCA E., *Teoria e pratica del commercio nell'Islam medievale*, Roma 2002 e *The Ottomans and Trade*, (a cura di BOYAR E. e FLEET K.), numero speciale di *Oriente Moderno*, XXV, 1 (2006).

<sup>27</sup> Cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, vol. II, Roma 1938, 318.

<sup>28</sup> Corano IV, 29. Ma vedi anche Corano LXII, 11, dove il commercio, pur rimanendo un'attività lecita, è considerato come un potenziale fattore di distrazione dal dovere fondamentale della



favorevole nei confronti del commercio trova un importante limite nell'esigenza che il commercio sia praticato secondo giustizia e conformemente alla *ṣarī'a*; da qui discendono quindi tutte le norme relative all'equità e alla giustizia sociale, che si traducono sostanzialmente nel divieto di *ribā* e di *ḡarar* che, come è noto, non trovano corrispondenti in altre culture giuridiche.

Si è molto discusso sulla questione se il diritto commerciale islamico sia stato o meno influenzato dal diritto e dalla vita economica dei paesi incorporati durante il periodo di espansione dell'Islām. Certo è indiscutibile che nelle sue fasi iniziali il diritto islamico abbia effettivamente islamizzato elementi estranei, soprattutto per quanto riguarda il diritto romano<sup>29</sup> e bizantino, ma è altrettanto indubbio che il diritto islamico, a sua volta, abbia anche influenzato questi diritti e che i giuristi islamici medievali abbiano contribuito non poco allo sviluppo della *lex mercatoria*<sup>30</sup>.

D'altronde, un'influenza del diritto islamico è riscontrabile sia analizzando l'etimologia di molti termini tecnici comunemente utilizzati in Occidente<sup>31</sup>, sia analizzando degli istituti che non solo etimologicamente,

preghiera: «Quel che v'è presso Dio è migliore del divertimento e del commercio, ché Dio, dei provvedimenti è il migliore». Il diritto islamico sembrerebbe quindi condividere con il cristianesimo l'idea che i beni materiali allontanino da Dio ed esponano al peccato; vedi anche la *sura* XXIV, 37, dove forse si può riscontrare un'influenza delle idee ascetiche cristiane: «uomini, che né commerci né vendite distolgano dalla menzione di Dio, dal compier la Preghiera, dal pagare la Decima (...)». D'altra parte, nelle *sure* risalenti all'ultimo periodo medinese questa rigidità sembrerebbe attenuarsi: ad esempio viene autorizzato il commercio durante il pellegrinaggio (II, 194). Ma soprattutto va considerato, però, che l'Islām non condivide con il cristianesimo né l'ascetismo, né l'esaltazione della povertà come valore in sé. Al contrario, la povertà è un problema sociale, risolvibile in parte con la *zakāt*, l'elemosina legale: attraverso l'esborso di una somma di denaro (che a differenza dell'elemosina nella concezione cristiana, non dipende dalla spontanea volontà del singolo, ma è un obbligo giuridico prima che morale), il musulmano non solo ridistribuisce più equamente la sua ricchezza, ma compie anche un'obbligazione religiosa che rientra appunto nei cinque pilastri dell'Islām.

<sup>29</sup> Il primo a sostenere la derivazione sostanziale del diritto musulmano dal romano fu nel 1865 un avvocato alla Corte d'Appello Mista di Alessandria, DOMENICO GATTESCHI, che supponeva che l'introduzione di norme romane nell'islamismo fosse stata facilitata mascherandole da *ḥadīṭ* apocrifi attribuiti a MUHAMMAD. In seguito tale derivazione è stata ribadita dall'olandese VAN DEN BERG (1868), da RUGGERO BONGHI (1878), e dal giurista inglese HENRI HUGUES (1883), che addirittura arriva a considerare il diritto musulmano come «du droit romain à peine altéré», citato in NALLINO C. A., *Considerazioni sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti* (a cura di M. NALLINO), IV, Roma 1942, 85.

<sup>30</sup> Cfr. s.v. *bay'*, in *Encyclopédie de l'Islām*, I, 1998. «Il semble même que les usages commerciaux qui régnaient dans ces pays ont pu influencer le droit commercial de l'Europe – qui s'était constitué au moment où les pays du bassin méditerranéen étaient en rapport étroit avec l'Orient arabe». CHEHATA C., *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien*, in *Revue internationale de droit comparé*, XVII, 4 (1965), 841.

<sup>31</sup> Ad esempio "avallo" deriva dall'arabo *ḥarwāla*, "magazzino" da *makhzan*, o nell'ambito del diritto commerciale marittimo il termine francese "quirat" deriva propriamente dall'arabo *qīrāt*. Sul punto cfr. la voce *hawala* in AMIN S. H., *Arabic-English Dictionary of Legal Terms*, Royston 1990.

ma anche storicamente, derivano dal diritto islamico. È questo il caso della commenda, istituto medievale, che porterà con le opportune modifiche alla genesi e allo sviluppo delle società in accomandita, ma il cui antecedente storico è il *qirād* (nonostante quanto asserito dai romanisti che preferivano una genealogia bizantina di tale istituto)<sup>32</sup>.

Inoltre, va anche considerato che nel Medioevo il commercio non era regolamentato solo dalle regole teoriche del diritto islamico, ma anche da un diritto commerciale consuetudinario, basato sulle necessità pratiche dell'economia delle grandi città dell'Islām, che però non si poneva in opposizione diretta alla *shari'a* ma, al contrario, si basava sugli stessi principi fondamentali, come ad esempio la proibizione del *ribā*. Tuttavia, pur non osando trasgredire apertamente ai dogmi sciaraitici, il diritto commerciale consuetudinario ne attenuava l'estrema rigidità attraverso il ricorso costante al principio di equità, ma soprattutto mediante espedienti giuridici, *hiyal*<sup>33</sup>, chiara esemplificazione di una sorta di scollamento tra teoria e pratica nel diritto islamico.

Tuttavia il ruolo del diritto islamico come fonte di ispirazione e non solo come "spugna" passivamente pronta ad assorbire le influenze romanistiche non è stato sempre pacificamente accettato, ma al contrario è stato ripetutamente negato, fino a giungere alla conclusione (assolutamente non condivisa dagli studi moderni di diritto islamico), che il diritto romano e altre culture considerate superiori avessero creato e plasmato il diritto islamico, e che gli arabi non avessero inventato nulla, ma si fossero limitati a ricevere e veicolare modelli romani, bizantini e persiani.

Non è questa la sede per riportare dettagliatamente l'acceso dibattito tra romanisti e studiosi del diritto islamico<sup>34</sup> che ha caratterizzato i primi decenni del secolo scorso, ma è forse opportuno ricordare che per

---

<sup>32</sup> Cfr. FAVALI L., *Qirād Islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'occidente*, Torino 2004, 309 ss.; PICCINELLI G. M., *Mudarāba*, in *Digesto*, IV edizione, XI Civile, Torino 1994, 3-10.

<sup>33</sup> Il ricorso a espedienti giuridici per legittimare pratiche altrimenti proibite dall'Islām è stato frequente dal medioevo in poi per modernizzare il diritto e adeguarlo alle mutate circostanze: questi espedienti infatti «qui font partie intégrante du droit islamique tel qu'il est appliqué dans la pratique, peuvent être définies comme étant l'emploi de moyens légaux à des fins extra-légales, fins qui ne peuvent, qu'elles soient elles-mêmes légales ou illégales, être atteintes directement avec les moyens fournis par la *shari'a*». Cfr. s.v. *Hiyal*, in *Encyclopédie de l'Islām*, III. Vedi anche HORII S., *Reconciliation of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: the Hanafis and their 'exits' (Makbarij)*, in *Islamic Law and Society*, IX, 3 (2002), 312-357; BRUNSCHVIG R., *De la fiction légale dans l'Islam medieval*, in *Studia Islamica*, 32 (1970), 41-51; KRAWIETZ B., *Cut and Paste in Legal Rules: Designing Islamic Norms with Talfiq Source*, in *Die Welt des Islams*, New Series, 42, 1 (2002), 3-40.

<sup>34</sup> Per un interessante esame delle analogie e differenze tra diritto romano, bizantino e musulmano, vedi D'EMILIA A., *Diritto romano e diritto musulmano*, in *Scritti di diritto islamico*, Roma 1976, 181-192.

molto tempo è stata dominante la tesi della derivazione romanistica del diritto islamico, riassumibile nelle affermazioni di EVARISTO CARUSI (1886-1940)<sup>35</sup>. Tuttavia, se inizialmente il CARUSI si atteneva al piano strettamente giuridico – e, come si vedrà, egli sarà poi smentito da CARLO ALFONSO NALLINO – a un certo punto sembra cadere nelle visioni più tristemente stereotipe che caratterizzano oggi il dibattito sul famigerato scontro di civiltà, arrivando a sostenere che: «Un popolo rozzo e primitivo, animato da un forte spirito religioso, che è in fondo l'adattamento alla psiche araba dei principi fondamentali delle civiltà finitime, si impadronisce in poco tempo dei paesi vicini, dove fioriva la civiltà più alta (Siria, Persia, Egitto), senza aver avuto il tempo, nonché di sviluppare una civiltà propria, neanche di elaborare quella dei paesi conquistati, al punto di dovere accettare istituzioni ed uomini da essi, lasciando lo *status quo* negli ordinamenti»<sup>36</sup>.

Di ben altro tono la risposta di C. A. NALLINO (1872-1938) il quale reagì con forza alle affermazioni di CARUSI, frantumandone gli assiomi di fondo, la metodologia, e le deduzioni finali, in una lunga recensione, in cui, oltre a demolire le tesi del CARUSI, superava anche la dicotomia tra forma e sostanza degli istituti giuridici islamici, cara a DAVID SANTILLANA (1855-1931)<sup>37</sup>, nell'assoluta consapevolezza della diversa

---

<sup>35</sup> «La tesi della derivazione sostanziale del diritto islamico da quello romano è, come concetto generale storico, al disopra di ogni dubbio e discutibilità. In aggiunta a tutti gli svariati argomenti (...), basti solo questo, per fugare gli ultimi dubbi, circa la conoscenza che i giureconsulti arabi debbono avere avuto delle fonti bizantine, sia pure nella traduzione siriana, e dell'uso che ne hanno fatto. E cioè, spesso si trovano ripetuti concetti romani colle stesse frasi, cogli stessi ragionamenti e finanche con gli stessi errori». CARUSI E., *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, estratto dagli Atti delle Società Italiana per il Progresso delle Scienze, VII riunione, Siena 1913, Roma 1913, 25-26.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 26.

<sup>37</sup> DAVIDE SANTILLANA, eminente giurista e artefice del codice delle obbligazioni e contratti della Tunisia (1906) sosteneva che: «la coscienza giuridica islamica è sostanzialmente identica a quella occidentale, anche se i presupposti e la costruzione del sistema sono differenti. Che un'influenza del diritto romano [sul musulmano] si debba ammettere, pare incontestabile (...) Ma distinti così i vari fattori che hanno concorso allo sviluppo del diritto musulmano, lo storico prudente non si affretterà a concludere. Egli sa che ha per materia un organismo storico, e come tale, avente un carattere originale, uno sviluppo suo proprio, e determinato dal fondamento etnico e dalle peculiari condizioni sociali e religiose in cui è sorto, e dalle influenze economiche e dalle mutevoli contingenze politiche che hanno variamente modificato il corso e la direzione di quello sviluppo. E poiché il diritto ne è solo una parte, e risulta da una serie di adattamenti dell'islàm all'ambiente sociale in cui è vissuto, l'islamista si accorge subito, nel ricostruire la storia di questo adattamento, che gli conviene quasi sempre distinguere la forma esterna dalla sostanza. (...) La facciata esterna, la corteccia degli istituti culturali e giuridici, è dunque generalmente araba e musulmana ed ha aspetto originale, e sarebbe opera vana andar ricercando, nella forma, parallelismi ed analogie che nella maggior parte dei casi o non esistono o sono obliterati». SANTILLANA D., *Il libro di diritto di Zayd b. 'Ali e il sistema zaydita*, in *Rivista di Studi Orientali*, VIII, (1920), 773. Restando sempre fedele a questa concezione,

sostanza giuridica e del diverso modo di pensare il diritto, riconoscendo un'origine araba al diritto islamico:

«E dopo tutto questo, vuol farci credere il CARUSI che gli Arabi, divenuti musulmani ed usciti dalle terre d'Arabia per le grandi conquiste, avessero bisogno d'imparare dai Bizantini fino l'abbicci dei negozi giuridici ch'essi usavano ormai da secoli? (...) Mentre è cosa altamente opportuna raccogliere tutti i paralleli con il diritto romano-orientale o bizantino, quali materiali grezzi da porre accanto a tanti altri d'altre fonti sin qui troppo poco studiate, è invece prematuro ed antiscientifico trarre conclusioni affrettate, come fa il CARUSI, per il quale troppo spesso semplici paralleli sono indizio di derivazione»<sup>38</sup>.

Ma si veda anche la posizione di ANTONIO D'EMILIA (1908-1968), il quale sintetizzava così la sua tesi:

«Fra diritto romano e diritto musulmano esistono profonde differenze che, se dimenticate, farebbero correre il pericolo di gravi travisamenti (basti, ad esempio, pensare alla profonda diversità in ordine al concetto stesso di diritto). Ma non mancano anche numerose analogie; massime se, da un lato, si consideri il diritto romano nella sua fase giustiniana e, dall'altro, si tengano presenti le divergenze d'opinione non pure fra le varie scuole giuridiche (*ih̄tilāf al-madāhib*), ma anche fra singoli giuristi musulmani (*ikhtilāf al-fuqahā'*). Talora, infatti, in corrispondenza con il diritto giustiniano si trovano alcune scuole giuridiche musulmane (o anche una sola) e non anche altre, ovvero un solo giurista in disaccordo con altri appartenenti alla stessa scuola»<sup>39</sup>.

---

SANTILLANA ha tratto quindi la convinzione «che il diritto islamico possa costruirsi dommaticamente in un sistema non uguale, ma analogo a quello romano. E questa sua convinzione è anche il limite del suo pensiero. Questa convinzione così autorevolmente sostenuta rappresentò il limite di quella scienza giuridica islamistica italiana che tentava di affermarsi». CASTRO F., *Gli studi di diritto islamico*, in *Gli studi sul vicino oriente in Italia dal 1921 al 1970*, Roma 1971, 409-436.

<sup>38</sup> NALLINO C.A., *Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali*, in *Rivista degli Studi Orientali*, IX (1921-23), 55-182, in parte riprendendo le tesi di PACHA S., *Études sur la théorie du droit musulman*, Paris 1898. In altra sede NALLINO chiariva che: «L'ipotesi che manuali di diritto romano abbiano potuto servir di modello ai giuristi arabi è esclusa nel modo più assoluto da ragioni storiche, culturali e letterarie evidenti; è esclusa altrettanto dallo studio dei trattati indigeni, quali, in certe connessioni e trasposizioni e lacune della materia, che a un giurista europeo sembrano inesplicabili e assurde, portano la chiara impronta dell'assenza del modello romano ed invece dell'intimo legame con casuali peculiarità di alcuni passi coranici e con le circostanze storiche nelle quali problemi giuridici importanti si presentarono ai trattatisti musulmani». NALLINO C.A., *Diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti*, op. cit., 7.

<sup>39</sup> D'EMILIA A., *Diritto romano e diritto musulmano*, op. cit., 181.

### §3. Principi generali dei contratti. Forza vincolante del contratto e libertà contrattuale

Nonostante quanto si è detto circa l'assenza di una teoria generale del contratto, si possono comunque estrapolare, da quel lavoro di raffronto tra il paradigma, il contratto di vendita, e i contratti su di esso modellati, dei principi di portata generale, *qawā'id kulliyya*, validi per tutti i tipi contrattuali<sup>40</sup>.

È chiaro, infatti, che alcuni assiomi quali la forza vincolante del contratto, la libertà contrattuale, e un generale principio di equità, siano applicabili a tutto il ciclo vitale di qualunque contratto.

Il principio della forza vincolante del contratto è indubbiamente una norma fondamentale, riconosciuta in quasi tutti gli ordinamenti giuridici<sup>41</sup>: poche regole hanno un impatto così profondo, che trascende la mera giuridicità e si ricollega a un significato etico, morale e, in questo caso, anche religioso.

Il carattere obbligatorio del contratto, infatti, si fonda su una doppia motivazione: una di ordine morale, vale a dire rispettare l'autonomia della volontà e onorare la parola data, l'altra di ordine economico e sociale, cioè assicurare la certezza dei rapporti giuridici e commerciali.

Nel diritto islamico, il principio della forza vincolante se in parte deriva dalla necessità di soddisfare le esigenze della vita commerciale ed economica, che effettivamente senza la forza vincolante del contratto non sarebbe ben organizzata, dall'altra ha anche un'origine solenne e religiosa, collegata a un'immagine quasi antropomorfica della divinità che si pone come garante del contratto. Il fondamento di tale principio lo si ritrova nel celebre versetto coranico: «O voi che credete, adempite ai patti»<sup>42</sup> o, ancora più esplicitamente, in Corano XVI, 91 che invita i fedeli ad adempiere i propri obblighi proprio perché Dio assiste al momento della formazione del contratto: «E non rompete i giuramenti che avete solennemente pattuito, poiché è Dio che avete costituito sopra di voi a garante, e Dio sa ciò che fate».

---

<sup>40</sup> Cfr. DONINI V. M. *Il ruolo dei principi generali dalla Magialla Ottomana (1876) alla Magialla tunisina (1906)*, in FAZZINI E., CIANCI E., *Guardando verso Sud*, Lanciano 2009, 311-333.

<sup>41</sup> Cfr. WEHBERG H., *Pacta sunt Servanda*, in *American Journal of International Law*, LIII, 4 (1959), 775.

<sup>42</sup> Corano, V, 1. Vedi anche Corano XVII, 34: «[...] rispettate i patti, perché dei patti vi sarà chiesto conto». E anche «[...] la vera pietà è quella di chi [...] mantiene le proprie promesse quando le ha fatte», Corano II, 177.

Lo stesso principio è ribadito anche in diversi *ḥadīṭ*<sup>43</sup>, e non può essere superato da nessuna altra norma. Nessuno, nemmeno lo Stato o l'autorità politica (che non si trova in una posizione privilegiata rispetto alle normali parti contraenti) può cancellare o modificare un contratto unilateralmente, dal momento che il contratto è sacro: è la *ṣarī'a* delle parti<sup>44</sup>.

Anche il dogma dell'autonomia delle parti è un principio fondamentale del diritto islamico<sup>45</sup>, sebbene i primi giuristi musulmani non si interessassero molto alla questione della libertà contrattuale<sup>46</sup>: un contratto era considerato legale o proibito, e quindi le parti potevano contrarre solo usando gli schemi dei contratti nominati previsti, essendoci storicamente un vero e proprio *numerus clausus* dei contratti nominati; in tutti gli altri casi, il contratto non esplicitamente previsto si presumeva invalido. Furono gli hanbaliti a introdurre il concetto di libertà contrattuale, estrapolandolo dalla dottrina della tolleranza o non restrizione: *'ibāḥa*<sup>47</sup>. Per la scuola hanbalita, infatti, c'è una naturale presunzione di validità a favore

<sup>43</sup> Ad esempio: «I musulmani debbono stare ai loro patti». Citato in SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, Roma 1938, 83.

<sup>44</sup> *al-'Aqd ṣarī'at al-mutā'qidāni*: il contratto è la *ṣarī'a* delle parti.

<sup>45</sup> Per un discorso generale sulla libertà contrattuale nel diritto islamico, cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita...*, op. cit., 23; CHEHATA C., op. cit., 169. Per una comparazione tra il diritto islamico e le moderne codificazioni dei paesi arabi: EL-HASSAN A., *Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, I, 1 (1986), 52; HABACHY S., *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, in *Columbia Law Review*, LXII, 2 (1962), 459; HABACHY S., *The System of Nullities in Muslim Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, XIII, 1 (1964), 64; LOHLKER R., *Der Handel im Malikitischen Recht*, Berlin 1991, 10 e ss; MAHMASANI S., *Transactions in the shari'a*, in KHADDURI M. e LIEBESNY H. J., *Law in the Middle East*, Washington 1955, 185; PAPA M., op. cit., 280 ss.; SALEH N., *Freedom of Contract: what does it mean in the context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, XVI, 4 (2001), 346-357; ZAHRAA M., *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, in *Arab Law Quarterly*, XIII, 3 (1998), 265 ss.

<sup>46</sup> Cfr. LOHLKER R., op. cit., 10: «Im Prinzip besteht keine Vertragsfreiheit, wenn auch eine ziemliche Bewegungsfreiheit innerhalb fester Vertragstypen».

<sup>47</sup> La *'ibāḥa* è l'immagine della originaria libertà concessa all'uomo al momento della creazione, che però trova un limite – *ḥadd* – posto da Dio, cioè la legge (CASTRO F., *al-Abkam al-khamsa*, op. cit., 245). In realtà l'applicazione pratica più evidente del concetto di *'ibāḥa* riguarda il contratto di matrimonio, vedi ad esempio EL-HASSAN A., op. cit., 57, ma è interessante notare come sia proprio da questo concetto che dipende la legittimità del sistema bancario islamico (cfr. COULSON N.J., *Commercial Law in the Gulf States*, London 1984, 99-101). Tuttavia gli oppositori di tale dottrina hanno dalla loro parte un'interpretazione restrittiva sia di un versetto del Corano: «Ma chi si ribella a Dio e al Suo Messaggero e oltrepassa i suoi termini, Iddio lo farà entrare in un fuoco nel quale resterà in eterno: avrà castigo turpe» (Corano, IV, 14); sia di un *ḥadīṭ*: «Come possono gli uomini stipulare condizioni che non sono previste dal Libro di Dio? Tutte le condizioni che non stanno nel Libro di Dio, sono invalide, fossero anche un centinaio. Il giudizio di Dio è più vero e le sue condizioni sono più vincolanti» (citato in EL-HASSAN A., op. cit., 57).

dei contratti atipici, purché non espressamente proibiti<sup>48</sup>; le parti sono libere di concludere qualunque tipo di contratto, a condizione che rispettino i precetti sciaraitici<sup>49</sup>: «Ogni accordo tra musulmani è valido, tranne quello che dichiara proibito ciò che è permesso, e permesso ciò che è proibito»<sup>50</sup>. Ogni contratto non esplicitamente proibito dalla legge è quindi valido e come tale vincola le parti, perché se è Dio ad aver prescritto l'obbedienza ai patti e l'adempimento delle obbligazioni, ne consegue la regola generale secondo la quale tutti i contratti sono legittimi. Di conseguenza, agli uomini deve essere consentito di stipulare tutti gli accordi e contratti che desiderano, a meno che il Corano o la *Sunna* non pongano un esplicito divieto.

Tuttavia, il dogma della libertà contrattuale non è assoluto, bensì è fortemente mitigato dal principio della giustizia contrattuale, che anche nel mondo occidentale sta erodendo sempre più sia il predominio incontrastato della volontà delle parti, sia la dittatura del mercato, in un'ottica forse paternalistica, ma comunque necessaria a salvaguardare la parte debole del contratto<sup>51</sup>. In questa dicotomia tra libertà contrattuale e giustizia contrattuale, partendo quindi dal presupposto meno utopistico che le parti del contratto non si trovino necessariamente su un piano paritario e quindi l'ordinamento potrebbe intervenire per riequilibrare il contratto, assume particolare importanza la dimensione etica e religiosa del diritto islamico.

Infatti, la libertà delle parti, sia per quanto riguarda la struttura del contratto, sia la sua finalità economica, è fortemente limitata dalla morale. Inoltre, sempre a discapito di un concetto assoluto di libertà contrattuale, il giudice ha il potere di riaggiustare o ricostruire un'obbligazione contrattuale già esistente, nel nome di una maggiore equità.

#### §4. Dimensione etica del diritto dei contratti: il principio di equità

Quanto premesso finora rende evidente che, oltre a una logica prettamente giuridica, nel diritto islamico vi sono una serie di considerazioni morali ed etiche che portano quasi a una distorsione della giustizia formale,

---

<sup>48</sup> RAYNER S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, London/Dordrecht/Boston 1991, 93.

<sup>49</sup> Cfr. ZAHRAA M., op. cit., 274.

<sup>50</sup> *ibid.* citato in RAYNER S.E., op. cit., 93.

<sup>51</sup> Proprio partendo da questo presupposto si può ipotizzare anche una disciplina *ante litteram* della tutela del consumatore, tradizionalmente parte debole del contratto. Cfr. DONINI V. M., *La tutela della parte debole nel diritto islamico. Riflessioni molto generali sulla giustizia sociale nell'islam*, in corso di stampa, e parte di una più ampia ricerca in materia di protezione del consumatore nel mondo arabo.

a vantaggio invece di una più generica equità, la cui valutazione esula dal campo giuridico in senso stretto, ma è invece collegata all'etica, alla morale.

Mentre i principi della forza vincolante e dell'autonomia delle parti non presentano particolari peculiarità, se non la presenza di un elemento religioso che si sovrappone all'esigenza di certezza del diritto e autonomia delle parti, il principio di equità è sicuramente quello più interessante in un'ottica comparatistica, per le diverse applicazioni che si possono riscontrare.

In primo luogo l'equità, *istihsān*, rappresenta un criterio interpretativo sussidiario che il giudice deve seguire nel momento in cui applica il ragionamento analogico (*qiyās*), in mancanza di una regola applicabile al caso concreto. L'*istihsān* (come anche il criterio dell'utilità, *istiylāh*), è servito nel corso dei secoli per adeguare il diritto, statico e immutabile per la sua connotazione religiosa, alle diverse esigenze dovute ai mutamenti sociali e culturali. Ma mentre l'utilità è un criterio oggettivo, che si limita a valutare quale sia l'utilità pubblica, generale (*maṣlaḥa*), il criterio dell'equità autorizza il giudice a non applicare il diritto, qualora le conseguenze che derivano dall'interpretazione analogica siano troppo rigorose o tali da produrre un danno. In questi casi, il giudice ricorre all'*istihsān* per far prevalere alla logica rigorosa una soluzione migliore, più equa<sup>52</sup>, e quindi il ragionamento analogico cede il passo all'equità.

Su un piano non più processuale ma sostanziale, l'equità consiste invece nel fare il bene e fuggire il male. Si tratta quindi di un principio super-generale che non riguarda solo il diritto dei contratti, ma in ambito contrattuale prevede tutta una serie di peculiari manifestazioni, quali ad esempio l'esigenza di rispettare sempre l'equilibrio sinallagmatico, cercare una giustizia sociale e sostanziale in alternativa alla supremazia della volontà, relativa indulgenza nei confronti del debitore in difficoltà purché in buona fede, e soprattutto, divieto di ogni arricchimento ingiustificato, che si traduce concretamente nel divieto di *ribā* e di *ḡarar*.

#### §4.1. L'istituto dell'*istiḡlāl*

L'istituto dell'*istiḡlāl*, che potremmo tradurre con sfruttamento ingiustificato, costituisce uno dei più interessanti (ma meno conosciuti) esempi di come il diritto islamico dei contratti sia ispirato costantemente dal

---

<sup>52</sup> Il principio, comunemente accettato dalle scuole giuridiche malikita, hanbalita e in particolare quella hanafita (ma fortemente osteggiato dalla scuola sciafiita che vede in questa attività una sorta di sostituzione del giudice al legislatore), è spesso affidato a una formulazione del giudice che prima cita la regola da applicare in virtù dell'analogia, ma poi dichiara che preferisce decidere in modo diverso, cioè secondo equità, per ottenere una soluzione più giusta e buona.



principio di equilibrio tra prestazione e controprestazione allo scopo di evitare qualunque turbamento del rapporto sinallagmatico.

In realtà l'*istiḡlāl* trova il suo fondamento nella più generica proibizione di ogni arricchimento ingiustificato (e quindi sempre nel principio di equità), e in un principio di giustizia contrattuale che in un certo senso si trova a limitare i due principi fondamentali della libertà contrattuale e della forza vincolante del contratto (principi che potremmo definire universali e riconosciuti tanto dal diritto islamico, quanto dalle moderne codificazioni dei paesi arabi).

Secondo il diritto islamico (ma tenendo presenti le differenze tra diverse scuole giuridiche), l'*istiḡlāl*, basandosi sul requisito di equilibrio delle posizioni delle parti contraenti, opera nella fase di formazione del contratto, sanzionando, quasi come un quarto vizio del consenso (dopo il dolo, la violenza e l'errore) lo sfruttamento della situazione di una parte a proprio vantaggio e a svantaggio della controparte. Va sottolineato, però, che mentre per la scuola hanafita e sciafiita la sproporzione delle prestazioni diventa giusta causa di annullamento del contratto solo se derivante comunque da un dolo, i malikiti e gli hanbaliti permettono la risoluzione del contratto a prescindere, in qualunque caso di oggettiva sproporzione o squilibrio tra le prestazioni oggetto del contratto.

#### §4.2. Indulgenza nei confronti del debitore in buona fede

Cercando di individuare alcuni principi a portata generale, già nell'undicesimo secolo, il giurista sciafiita AL-HUSSEIN<sup>53</sup> aveva identificato quattro principi: valore normativo degli usi, ruolo del dubbio che non può cancellare la convinzione già formatasi, risarcimento integrale del danno, e soprattutto, indulgenza nei confronti dello stato di difficoltà in cui si può trovare un debitore. Questo ultimo principio è particolarmente interessante perché rivela un atteggiamento comprensivo e tollerante del diritto islamico nei confronti della parte svantaggiata, purché in buona fede, che non abbia la possibilità di adempiere le sue obbligazioni.

In realtà il diritto islamico prevede normalmente tutta una serie di rimedi per l'inadempimento, principalmente per evitare che vi sia un arricchimento ingiustificato di una parte a discapito dell'altra; di conseguenza chi subisce un danno per l'inadempimento della controparte deve essere posto nella stessa condizione in cui si sarebbe trovato se il

---

<sup>53</sup> Cfr. JAHEL S., *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, LV, 1 (2003), 108.

contratto fosse stato adempiuto regolarmente<sup>54</sup>. Per questo motivo l'esecuzione in forma specifica è considerata il rimedio principale, e solo qualora non sia possibile eseguire il contratto specificamente si potrà risolverlo, sempre facendo salvo il diritto al risarcimento. La *šari'a*, però prevede anche una serie di rimedi per l'inadempimento applicabili ai contratti che implicano un trasferimento di proprietà<sup>55</sup>. Secondo alcune scuole giuridiche, infatti, in caso d'inadempimento è ammessa l'interdizione del debitore (*ḥagr*)<sup>56</sup> e la conseguente vendita di tutti i suoi beni, oppure la prigionia (*ḥabs*)<sup>57</sup>, il divieto di viaggiare (ma questo rimedio è esperibile solo in via preventiva, prima che scada il tempo per l'adempimento), o il cosiddetto *ḥabs al-ayn* (una sorta di diritto di ritenzione).

Ma ciò che è veramente importante da sottolineare, è che il diritto islamico pur prevedendo un istituto paragonabile alla mora romanistica, non ne condivide il rigore: quando il termine stabilito per l'adempimento è trascorso senza che sia intervenuta l'estinzione dell'obbligazione, il debitore è detto *mumāṭil*, cioè ritardatario, ma poiché un lieve ritardo è considerato scusabile, non scattano immediatamente le sanzioni previste per il debitore inadempiente. Questa indulgenza, che risponde a una logica di "facilità"

---

<sup>54</sup> Cfr. MAHMASANI S., *Transactions in the Shari'a*, in *Law in the Middle East*, KHADDURI M. e LIEBESNY H.J., Washington 1955, 201; AMKHAN A., *Termination for Breach in Arab Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, X, 1 (1995), 17-30; SALEH N., *Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws*, in *Arab Law Quarterly*, IV, 4 (1989), 269-290.

<sup>55</sup> Questo perché secondo il diritto musulmano il risarcimento è strettamente collegato a un concetto fisico, tangibile e materiale di proprietà (*māl*): il risarcimento serve per riparare la perdita parziale o totale della proprietà, di conseguenza il mancato profitto, l'adempimento tardivo o il danno morale, non essendo suscettibili di valutazione economica precisa, non possono essere risarciti. Tale limitazione, che potrebbe apparire come una mancanza di un'elaborazione giuridica sufficientemente sofisticata, in realtà va spiegata in termini etico-religiosi: una determinazione non precisa e quantificabile del danno o della perdita può costituire un elemento aleatorio del contratto e di conseguenza un arricchimento ingiustificato, trasgredendo così ai divieti di *ḥarar* e di *ribā*. Cfr. SALEH N., op. cit., 269-290.

<sup>56</sup> Ad esempio la scuola hanbalita. Ma tale approccio non era condiviso da tutti i giuristi, ad esempio ABU HANIFA, capostipite della scuola hanafita vedeva nell'interdizione uno spreco delle qualità delle persone che, private della capacità giuridica, venivano assimilate al rango di animali. Cfr. SALEH N., op. cit., 282.

<sup>57</sup> Sulla reclusione per debiti in realtà il diritto islamico presenta atteggiamenti diversi. Per i sunniti tale rimedio è ammesso per costringere la parte a pagare il debito: a discrezione del giudice, e comunque fino a quando questa non adempie, la parte inadempiente può restare in prigionia. Se necessario, il giudice può ordinare la vendita delle sue proprietà per saldare il debito. Gli sciiti invece non riconoscono la reclusione come sanzione per l'inadempimento contrattuale, cfr. AKADAFF F., *Application of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) to Arab Islamic Countries: Is the CISG Compatible with Islamic Principles?*, in *Pace International Law Review*, XIII (2001), 38.

della religione<sup>58</sup> nei confronti del debitore è sottolineata dal Corano, che esorta addirittura a rimettere i debiti piuttosto che ad esigerli: «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 sapeste»<sup>59</sup>.

Tuttavia questa mitezza iniziale è rivolta solo verso il debitore in buona fede, come recita un *hadī*: «ogni ritardo moroso da parte di un uomo ricco è un'ingiustizia»<sup>60</sup>. Di conseguenza, se il debitore non adempie, pur avendo i mezzi per farlo, è giudicato severamente, e l'inadempimento, essendo considerato una forma di appropriazione indebita, viene addirittura assimilato alla rapina<sup>61</sup>. Nessuna protezione viene quindi accordata al debitore in cattiva fede, grazie anche alla teoria dell'abuso di diritto per la quale si può modificare materialmente la portata del contratto, nonostante il principio della forza vincolante. La teoria islamica dell'abuso di diritto si basa sul Corano, e si è sviluppata attraverso tre principi fondamentali: lo spirito di carità, la necessità, la ricerca permanente del giusto mezzo e il divieto di compiere atti dai quali possa derivare un male maggiore del bene. L'abuso di diritto si riferisce quindi all'esercizio di un diritto, che si estrinseca in un comportamento che in via di principio sarebbe lecito, ma che invece contraddice lo scopo per cui era stato formulato tale diritto. Per questo motivo l'abuso di diritto rende illecito un atto che altrimenti, in circostanze normali, sarebbe lecito<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> In base a questo principio nessuno è costretto a fare ciò che non gli è possibile, perché Dio non richiede più di quanto l'uomo possa sopportare. Come dice il Corano (II, 286): «Iddio non imporrà a nessun'anima pesi più gravi di quel che possa portare. Quel che si sarà guadagnata sarà a suo vantaggio e quel che si sarà guadagnata sarà a suo svantaggio. Signore! Non ci riprendere se dimentichiamo e sbagliamo, Signore! Non ci imporre un carico pesante come quel che imponesti a coloro che furono prima di noi. Signore! Non ci caricare di quel che non abbiamo la forza di portare». Lo stesso concetto è ribadito in Corano VII, 42: «(...) ché Noi non imponiamo a nessuna anima altro che quanto essa può portare».

<sup>59</sup> Corano, II, 280.

<sup>60</sup> Citato in IBN TAYMIYYA, *Il buon governo dell'Islam* (a cura di PICCINELLI G. M.), Bologna 2001, 44.

<sup>61</sup> Cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema sciafita*, Roma 1938, II, 94. D'altronde il debitore, secondo il diritto musulmano può essere imprigionato fino a che non paghi, o se ha nascosto il denaro, fino a che non riveli il nascondiglio. Inoltre il diritto musulmano prevede un istituto che forse non trova corrispondenti in altri sistemi giuridici, il cosiddetto *mulāzama*, diritto di sequela, vale a dire, il creditore per realizzare il suo credito, ha il diritto di seguire il debitore e incassare i suoi eventuali guadagni. Cfr. ZIADEH F., *Mulāzama or Harrasment of Recalcitrant Debtors in Islamic Law*, in *Islamic Law and Society*, VII, 3 (2000), 289-299.

<sup>62</sup> Cfr. SHOUBAIB M., *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, LVIII, 2 (2001), 340-355. Vedi anche CHEHATA C., *La théorie de l'abus des droits chez les juristes musulmans*, in *Revue Internationale de droit comparé*, IV, 2 (1952), 217-224.

#### §4.3. Divieto di *ribā*

Sul divieto delle usure, *ribā*, nel diritto islamico è stato scritto tantissimo<sup>63</sup>, vista l'importanza generale di tale divieto che opera nei contratti sinallagmatici a titolo oneroso (non è applicabile quindi a donazioni o altri atti di liberalità), in cui non vi sia equilibrio tra i sacrifici e i vantaggi delle parti e va quindi a sanzionare non solo l'usura in senso stretto, ma anche l'interesse. Il vocabolo *ribā*, infatti, deriva dall'arabo *rabā'* che significa letteralmente "aumentare" o "guadagnare"; tale lemma indica quindi qualunque eccedenza, nel rapporto tra prestazione e controprestazione, che non abbia una giustificazione, dato che ogni guadagno deve derivare dal lavoro umano e non da altro.

Questa eccedenza non è intesa solo dal punto di vista prettamente quantitativo, come ad esempio i frutti o gli interessi, ma indica anche una mera differenza qualitativa, come ad esempio il maggior valore di un bene, o un semplice vantaggio sul tempo del pagamento<sup>64</sup>. Da qui si evince la distinzione tra *ribā al-nasī'a*, sul credito o usura in senso tecnico, e *ribā al-fadl*, che più in generale potremmo definire come uno squilibrio eccessivo tra le prestazioni, dato che originariamente si riferiva al baratto. Nel primo caso si tratta di un ritardo nella consegna dell'oggetto dell'obbligazione e quindi lo scambio perde la caratteristica dell'immediatezza o simultaneità, requisito normalmente previsto dal diritto islamico; si tratta quindi di usura in senso tecnico, nel senso di un guadagno nei rapporti tra debitori e creditori (*ribā* nel credito). Nel secondo caso, *ribā al-fadl*, il profitto deriva da uno scambio o dalla prestazione di un servizio ma si riscontra un eccesso nella quantità di una prestazione e di conseguenza le due prestazioni scambiate non sono più equilibrate.

In entrambi i casi, il divieto di *ribā* ha praticamente una funzione di controllo sul contenuto negoziale al fine di evitare qualunque squilibrio contrattuale o arricchimento senza causa, sempre in un'ottica di equa

---

<sup>63</sup> Si rinvia per una trattazione dettagliata a PICCINELLI G. M., *Il divieto delle usure nell'Islām*, Pisa 1995; PICCINELLI G. M., *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti classico e contemporaneo in Roma e America Latina*, VII, 1999, 264; SALEH N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, London 1992; WIPPEL S., *Gott, Geld und Staat*, Münster/Hamburg 1994; WICHARD J.C., *Zwischen Markt und Moschee*, Paderborn 1995; DURREZ A.B., *Riba in Islamic and Comparative Law Quarterly*, VI, 1 (1986), 51-71; QURESHI A.I., *Islam and the Theory of Interest*, Lahore 1948; VOGEL F.E. e HAYES S.L., *Islamic Law and Finance*, The Hague/London/Boston 1998; RAHMAN F., *Riba and Interest*, in *Islamic Studies*, 3 (1969), 1-43; SIDDIQ NOORZOY M., *Islamic Laws on Riba (Interest) and Their Economic Implications*, in *International Journal of Middle East Studies*, 14, 1 (1982), 3-17.

<sup>64</sup> Cfr. SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita...*, op. cit., II, 60.

reciprocità delle prestazioni e divieto di sfruttare la parte debole<sup>65</sup>. È evidente, infatti, che in un contratto usurario, la parte debole non avrebbe nessuna altra scelta che accettare i termini posti dalla parte più forte<sup>66</sup>, mentre con il divieto di *ribā* si cerca di evitare che il contraente contrattualmente più forte possa «sfruttare a proprio vantaggio una situazione di dominio o di incertezza per ottenere benefici a detrimento del contraente più debole»<sup>67</sup>.

Non va trascurato però che tutto questo discorso etico sul divieto delle usure e quindi anche degli interessi, non ha impedito nel corso del tempo lo svilupparsi di un sistema bancario dove gli interessi sono di fatto ammessi, attraverso un superamento, o meglio, un aggiramento, del divieto di *ribā*. Andrebbe, infatti, considerata la reale portata operativa di tale divieto, che sebbene resista nella costruzione dottrinale e concettuale della cosiddetta banca islamica<sup>68</sup>, sicuramente non rileva nelle moderne codificazioni dei paesi arabi, dove il processo di acculturazione giuridica e circolazione dei modelli giuridici ha portato alla ricezione del modello francese di codificazione civile<sup>69</sup>.

#### §4.4. Divieto di *ḡarar*

Il divieto di *ḡarar* si fonda sulla medesima logica del divieto di *ribā*, dato che l'alea, come gli interessi, rompe il principio fondamentale del

---

<sup>65</sup> «L'aspetto etico del diritto, spiega la costante attenzione rivolta dai giuristi musulmani nella tutela di un'equa reciprocità nelle prestazioni: il fine è sempre quello di evitare che un contraente abbia a ricavare un lucro ingiustificato, un indebito arricchimento a spese dell'altro, senza che quest'ultimo ne tragga un vantaggio corrispondente». PAPA M., op. cit., 285.

<sup>66</sup> YILDRIM A. C., *Equilibrio contrattuale nei Principi UNIDROIT e nel diritto turco* (research paper 2009), in: [www.Trans-Lex.org/850001](http://www.Trans-Lex.org/850001).

<sup>67</sup> Cfr. PICCINELLI G. M., *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti classico e contemporaneo in Roma e America Latina*, VII, 1999, 264. Vedi anche VOGEL F. E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, 22: «When one party is in a weaker position or has greater need (the debtor in pre-islamic *riba*, the buyer of wheat now for dates at term, a party who has goods for barter but no money, or a party buying currency now against other currency later), the transaction becomes more suspect. The detailed *riba* rulings seek to prevent commerce in currency and essential foodstuff from even arising, since it easily leads to such exploitation».

<sup>68</sup> Si tratta di istituzioni finanziarie caratterizzate dal fatto che non praticano interessi attivi o passivi (rispettando almeno formalmente il divieto di *ribā*), evitano il rischio eccessivo (*ḡarar*), negano che il denaro abbia oscillazioni di valore legate al mero trascorrere del tempo, e non coinvolte con prodotti che per il diritto islamico sarebbero illeciti, come l'alcol, il gioco d'azzardo, il tabacco, la pornografia, i derivati del maiale, armi. Per tutti ved. PICCINELLI G. M., *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma 1996.

<sup>69</sup> Si veda a solo titolo esemplificativo, l'art. 226 del codice civile egiziano (che ha anche superato il vaglio di legittimità costituzionale nel 1985), o l'art. 278 del codice delle obbligazioni e contratti della Tunisia. Sul punto cfr. PICCINELLI G. M., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, X, 1 (1997), 32-75.

diritto islamico, cioè la ricerca dell'equilibrio tra prestazioni reciproche. L'alea, infatti, è un elemento di incertezza che rende impossibile determinare al momento della conclusione del contratto se ci sarà una perdita o un profitto<sup>70</sup>, poiché la prestazione di una delle parti dipende da un evento incerto<sup>71</sup>. Tuttavia, mentre il *ribā* è un divieto pressoché assoluto, alcuni elementi di rischio sono invece accettabili, anzi, intrinseci e necessari alla pratica commerciale, e quindi solo il rischio sproporzionato è considerato *ḡarar*.

D'altronde, mentre il divieto di *ribā* è diffusamente previsto dal Corano, sul divieto di *ḡarar* non si ha a disposizione la stessa quantità di materiale normativo, anzi, non c'è alcun versetto espressamente dedicato all'argomento, ma solo un più generico divieto del gioco d'azzardo, contenuto nel versetto coranico II, 219: «Ti domanderanno ancora del vino e del *maysir*. Rispondi: c'è peccato grave e ci sono vantaggi per gli uomini in ambo le cose: ma il peccato è più grande del vantaggio». Si tratta qui di uno dei primi versetti coranici in cui comincia a insinuarsi una considerazione negativa del vino, che viene accostato al *maysir*, gioco d'azzardo di età preislamica (una sorta di lotteria sulle parti commestibili del cammello), e quindi pagano. Ma non è tanto l'origine pagana a rendere proibito il *maysir* (vista anche la persistenza di alcuni elementi preislamici nel diritto islamico), quanto invece il fatto che si tratta, anche in questo caso, di un arricchimento senza causa, in cui una parte si arricchisce a svantaggio dell'altra, senza un motivo sufficiente, senza una giusta causa che giustifichi tale arricchimento<sup>72</sup>.

Conseguenza logica del divieto di *ḡarar*, è il divieto di ogni contratto aleatorio, primo tra tutti il contratto di assicurazione, e anche in questo caso è evidente come tale divieto, dipendente dall'origine religiosa del diritto islamico abbia delle implicazioni molto forti sulla vita commerciale, dato che è difficile ipotizzare un sistema giuridico che non preveda i contratti assicurativi. E non è un caso che anche in tale materia si sia

---

<sup>70</sup> Si crea così uno squilibrio nel rapporto contrattuale tra le due parti contraenti: una riceverà un vantaggio e l'altra subirà sicuramente un danno, e ciò viola i principi religiosi e morali dell'Islām che impongono l'equità e l'equivalenza delle prestazioni, nonché la piena consapevolezza delle parti rispetto all'entità del loro impegno. Cfr. COMAIR-OBEID N., *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris 1995, 56.

<sup>71</sup> L'elemento di incertezza può riguardare l'oggetto, il prezzo o i termini. Il contratto aleatorio, infatti, è composto da due elementi: il rischio, *ḡarar* e l'incertezza, o ignoranza, *ḡabala*: LOHLKER R., *Shari'a und Moderne: Diskussionen über Schwangerschaftsabbruch, Versicherung und Zinsen*, Stuttgart 1996, 86.

<sup>72</sup> PAPA M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano; dai principi della shari'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, VII, 1999, 285.

sviluppato, tramite il ricorso alle *hiyal*, l'espedito giuridico, il modo per aggirare la reale portata operativa di tale divieto, ad esempio attraverso il cosiddetto contratto di solidarietà, *takāful*, che è oggi alla base del sistema assicurativo islamico<sup>73</sup>.

V. M. DONINI

---

<sup>73</sup> Cfr. SIDDIQI M. N., *Insurance in an Islamic Economy*, London 1985; BILLAH M. M., *Life Insurance. An Islamic View*, in *Arab Quartely*, 8/4 (1993), 315-324; PICCINELLI G. M., *Assicurazioni islamiche e solidarietà: il nuovo regime del takāful*, in *Rivista trimestrale della camera di commercio italo-araba*, 91-103; ALI K. M., *Insurance in Islam: Some Aspects of Islamic Insurance*, Dhaka 1991; HAMOUDI H.A., *Muhammad's Social Justice or Muslim Cant?: Langdellianism and the Failures of Islamic Finance*, in *Cornell International Law Journal*, 40 (2007), 91; MIGLIETTA F., *L'assicurazione in contesto islamico: l'istituto del takāful*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 1 (2007), 473-491.