

HARVARD LAW LIBRARY



3 2044 049 362 494



HARVARD LAW SCHOOL  
LIBRARY

HARVARD LAW SCHOOL LIBRARY









*Handwritten notes at the top of the page, including the name 'Domenico Gatteschi' and other illegible scribbles.*

x

# DIRITTO MUSULMANO

## DE' CONTRATTI

"DO UT DES"

*Handwritten signature or initials 'E. G.'*

SECONDO IL DIRITTO MUSULMANO

DEL

D<sup>R</sup> G. G. C. VAN DEN BERG

TRADUZIONE

CON NOTE COMPARATIVE DI DIRITTO ROMANO

ED UN

SAGGIO DI STORIA ESTERNA DEL DIRITTO MUSULMANO

DEL

CAV. AVV. DOMENICO GATTESCHI.

ALESSANDRIA (EGITTO)

Tipografia Minasi e Co., strada Scerif-Pascia, No. 61.

1877<sub>4</sub>

*Handwritten notes and a 'Digitized by Google' stamp at the bottom right.*



Marzelli

## AVVISO AL LETTORE.

---

L'opera che pubblichiamo è di un doto Orientalista Olandese, il quale ad una cognizione profonda del Diritto Romano accoppia la cognizione in un grado eminente del Diritto Musulmano. È la prima volta, che vediamo riunite nello stesso scrittore tali qualità. Poichè fino a questi ultimi giorni, coloro che si sono occupati del Diritto Musulmano non appartenevano certamente alla classe dei giureconsulti. Quasi tutti gli scrittori infatti, che hanno scritto sulla Legislazione Musulmana, od erano dei diplomatici, i quali non sono al certo dei forti giuristi, oppure dei dotti che ben conoscevano la

12/11/5  
Lingua Araba, ma erano affatto digiuni delle Scienze giuridiche. Da cui è derivato, che le opere che sono sortite dalle loro mani non hanno nè chiarezza, nè precisione scientifica. Se ne possono eccettuare gli autori Inglesi, i quali si sono occupati del Diritto Musulmano nei loro possedimenti delle Indie Orientali. Fra essi vi sono degli uomini di Legge, che hanno tradotto opere musulmane importantissime, come p. e. il *Jones*, il *Morley*, il *Baillie*, il *Machnaghten*. Ma quei giuristi ordinariamente non sono dei forti Romanisti, ed inoltre il loro metodo non è il più scientifico che possa desiderarsi.

Egli è per questo che io reputo di gran vantaggio per lo studio del Diritto in generale, e di quello del Diritto Musulmano in particolare, il lavoro del D<sup>r</sup>. Van Den Berg.

Ma un altro pregio importantissimo ha ai miei occhi questa Opera. Ed è, che è stata fatta colla convinzione che il Diritto Musulmano non sia un'opera originale degli Arabi, ma sibbene una derivazione del Diritto Romano. È questa una opinione, ch'io mi era formato del Diritto Musulmano fino dal 1865, quando pubblicai il mio *Manuale di Diritto Pubblico e Privato Ottomano*; nel quale inserii un estratto del Diritto Civile Musulmano, con delle note comparative di Diritto Romano. In seguito nei pochi studii, che di questa importante Legislazione sono andato facendo, sempre più mi son persuaso della verità di tale asserzione.

Ciò che poi mi ha tanto più consolidato in questa si è, l'appoggio che le ha dato il D<sup>r</sup> Van Den Berg; il quale per le sue vaste cognizioni del duplice diritto sia Romano che Musulmano, e per il suo sapere nella lingua Araba, è una vera Autorità.

Sono queste le ragioni, che mi hanno indotto a fare della opera del Van Den Berg una traduzione, che la rendesse più nota al pubblico, di quello che non lo sia stato sin'ora. Poichè quel Giureconsulto aveva fatto il Lavoro per la sua Tesi del Dottorato, e perciò non l'aveva destinata ad una gran pubblicità.

La lingua di cui egli si è valso è la Latina. Di che bisogna essergli ben grati, perchè in tal guisa l'ha resa accessibile ai dotti del mondo intiero. Ma sciaguratamente quella Lingua, che una volta era universale, va perdendo ogni giorno terreno; talchè si dirada sempre più il numero di coloro che possono intenderla.

In Oriente poi, ove mi trovo e pel quale è destinata la presente pubblicazione, può dirsi che è affatto sconosciuta. Vi si intendono e parlano benissimo molte delle Lingue moderne: Il Latino invece è più che lettera morta pel Levante.

Quindi ho creduto conveniente ed utile di tradurre in Lingua Italiana l'Opera del Van Den Berg, ed inoltre di corredarla di note, e farla precedere da una Storia Esterna del Diritto Musulmano.

L'uno è l'altro lavoro hanno per scopo di confortare l'opinione del nostro autore sull'influenza del Diritto Romano su quello

**Musulmano.** Nelle note ho messo a confronto i principii del Diritto Musulmano con altrettanti testi del Diritto Romano. Col Saggio poi di Storia Esterna del Diritto Musulmano ho voluto trovare nella Storia delle conquiste Arabe, e nella condizione dei Popoli conquistati, gli argomenti necessarj per sostenere, che il Diritto Romano—Bizantino è quello, che può dichiararsi la fonte vera del Diritto Musulmano. Anche il nostro Autore fa precedere il suo trattato da una breve Storia del Diritto Musulmano ; ma non con la mira di dimostrare quella derivazione.

Infine ho aggiunto al Saggio Storico una bibliografia delle opere pubblicate in Europa su quel Diritto, onde facilitare agli Studiosi la ricerca dei libri, che loro possono occorrere su questa vasta e così poco conosciuta Legislazione.

Non posso chiudere il presente avviso, destinato a render conto dei motivi dell'attuale pubblicazione, senza porger grazie al Signor Sauvaire già Dragomanno del Consolato di Francia in Egitto, ed ora Vice-Console nel Marocco, che colla sua profonda cognizione della lingua Araba mi ha messo in grado di poter pubblicare completa l'opera del Van Den Berg. Debbo a lui la traduzione di tutti i vocaboli e passi di Giuristi Arabi, che si trovano in essa ; traduzione che è fatta colla maestria che tanto lo distingue, e lo ha di già reso noto al pubblico degli Orientalisti.

**GATTESCHI.**



# INDICE DELLE MATERIE

## INTRODUZIONE

	Lineamenti di una Storia esterna del Diritto Musulmano	Pag.	I
Epoca I	Tempi anteriori a Maometto Fino al 570 di G. C.	>	id.
Epoca II	Maometto ed i primi quattro Califfi (570 a 655 di G. C.)	>	II
Epoca III	Dal Califato degli Ommiadi in Damasco fino alla estinzione degli Abbassidi di Bagdad (655 al 1242 di G. C.)	>	XII
Paragrafo 1°	Della civiltà e letteratura di questa epoca	>	XIII
> 2°	Della coltura giuridica di questa epoca	>	XVII
> 3°	Fonti del Diritto Musulmano	>	XX
> 4°	Delle sette o scuole formatesi tra i Giurisconsulti Musulmani	>	XXVI
> 5°	Trattati speciali e collezioni di Fetwa	>	XXXI
Epoca IV	Dalla caduta del Califato di Bagdad fino ai di nostri	>	XXXIV
Paragrafo 1°	Avvenimenti Politici	>	id.
> 2°	Della Coltura e Civiltà Musulmana sotto gli Ottomani	>	XXXIX
> 3°	Stato della Giurisprudenza Musulmana in questa quarta epoca	>	XLI
> 3°	Fonti del Diritto nell'Impero Ottomano	>	XLV
> 5°	Scrittori Europei sul Diritto Musulmano	>	LV
	CORANO	>	LVI
	SUNNA	>	id.
	Opere di Diritto Musulmano o Sceriat	>	id.
	Rito Hanafita	>	LVI
	Rito Malechita	>	LIX
	Rito Sciafeita	>	LX
	Rito Sciita	>	LXI
	Capitolazioni e trattati di Commercio, e ordinanze imperiali	>	id.

---

	PREFAZIONE	Pag.	1
	PROLOGOMMI	>	5
Capitolo I	Del contratto <i>De ut des</i> e dei suoi requisiti	>	26

	Pag.	36
Paragrafo 1° Della natura di quel contratto	>	39
» 2° Dei subietti del contratto	>	51
» 3° Della forma del contratto	>	61
» 4° Degli obietti del contratto	>	81
Capitolo II Del contratto <i>Do ut des</i> che manca di effetto	>	id.
Paragrafo 1° Dell'ozione necessaria	>	86
» 2° Dell'ozione convenzionale	>	92
» 3° Dell'ezione d'ispezione	>	94
» 4° Della redibitoria	>	104
» 5° Della dissoluzione per mutuo consenso	>	104
Capitolo III Dei contratti viziosi	>	id.
Paragrafo 1° Dei contratti irriti	>	122
» 2° Dei contratti invalidi	>	129
» 3° Dei contratti proibiti	>	131
Capitolo IV Delle diverse specie del contratto <i>Do ut des</i>	>	id.
Paragrafo 1° Compra e Vendita, e permuta	>	134
» 2° Del cambio di moneta	>	138
» 3° Della Transazione	>	140
» 4° Dalla Locazione e Conduzione	>	147
» 5° Della Vendita col prezzo anticipato ( <i>Salm</i> )	>	id.
» 6° Del Mutuo	>	id.
» 7° Del contratto di Matrimonio	>	id.

# LINEAMENTI

DI UNA

## STORIA ESTERNA

DEL

# DIRITTO MUSULMANO



La Storia del Diritto di un popolo deve essere una ragionata esposizione delle origini e progressi della sua legislazione. Quindi per avere una vera storia di quel diritto occorre, che si indichino le cause che ne produssero i principii e le massime; le istituzioni politiche dello stesso popolo; il legame fra gli avvenimenti che contribuirono allo sviluppo della sua legislazione; ed infine il progresso dei principii giuridici dai quali risulta.

Il *Leibnitz* ha distinta la storia del diritto in storia *esterna*, ed in storia *interna*. La prima si occupa delle fonti del diritto, facendone vedere lo sviluppo progressivo. La seconda consiste nella esposizione storica delle istituzioni del diritto di un popolo, e si chiama anche *antichità* del diritto. MAINZ. *Droit Romain* § 7.

Intendo occuparmi della storia esterna del Diritto Musulmano e quindi esporre:

1° Gli avvenimenti politici e sociali che hanno avuto influenza su di esso.

2° La origine e le vicende delle fonti di esso, cioè delle Leggi e consuetudini da cui risulta.

3° Le fonti della scienza di quel diritto; indicando quali sono stati i più celebri giureconsulti musulmani, le scuole in cui si sono divisi, e le loro opere.

Dall' esame che intraprendo credo verrà a risultare, che il Diritto Musulmano non è un' opera originale e nuova; ma la riproduzione e continuazione del Diritto anteriore ad esso, cioè in parte del Diritto Mosaico, e per ogni rimanente del Diritto Romano-Bizantino.

E siccome il Diritto Musulmano è il diritto del popolo arabo, e dei popoli conquistati da esso, così penso doverne dividere la Storia *esterna* nei seguenti periodi, od epoche;

La *prima* epoca è quella ante-

riore a Maometto sino al 570 di G. C.

La *seconda* quella di Maometto, e dei primi quattro Califfi. (570 a 655 di G. C.)

La *terza* quella delle grandi scuole di Giureconsulti sotto le dinastie degli Ommiadi ed Abbassidi, cioè dei Califfi di Damasco e di Bagdad (655 al 1242 di G. C.)

La *quarta* i tempi posteriori fino ai di nostri.

## EPOCA I'

### TEMPI ANTERIORI A MAOMETTO

FINO AL 570 DI G. C.

Prima della nascita di Maometto nessuna vita giuridica si era manifestata, nè poteva manifestarsi fra gli Arabi. Divisi in tribù essi conducevano una vita nomade e selvaggia nei vasti deserti, che si estendono dal Mar Rosso al Golfo Persico, e dalla Soria all' Oceano.

Per convincersi che non era possibile che essi avessero un sistema di legislazione, che si avvicinasse a quello dei popoli sedentarii, basta il ricordare che una delle loro tribù, cioè i Nabatani, i quali abitavano l'Arabia Petrea, avevano proibito di seminare il grano sotto pena di morte, di piantare degli alberi fruttiferi, e di costruire case. La ragione che adducevano si era, che per conservare tali beni bisognava sacrificare con troppa facilità la libertà. *Sedillot. Histoire des Arabes. Chap. II.*

Egli è vero che nell' Iemen vi era una popolazione, che aveva sedi fisse, ed anche città. Ma quella porzione dell' Arabia non ha giammai esercitato grande influenza sul restante del paese. Anzi

può dirsi, che non formasse parte della nazione araba ; poichè era spesso infestata ed invasa da Persiani, ed anche dagli Abissini ; ed occorse una guerra, che può dirsi d' indipendenza, per espellerne questi ultimi. *PANGBOIS l' Abyssinie Livre I. — AMARI Storia dei Mussulmani Tomo I pag: 46.*

Il vero nerbo della nazione araba, furono sempre le tribù del deserto ; furono desse che conservarono la lingua araba ; e Maometto, il quale doveva sollevare a tanta altezza il popolo arabo, nacque in mezzo di loro.

Ora le tribù del deserto Arabico non avevano veruna civiltà, nè potevano possedere istituzioni civili di sorta. Osserva con ragione l' *Amari* parlando dei Beduini Arabi. — « Ordini civili che meritino il nome non ve ne ha. La forza mantiene la roba, quando non vi basti il credito della famiglia ; e se la forza non può, il furto diviene legittimo acquisto. Un pò più efficace la guarentigia delle persone ; perchè il circolo e la tribù vi si sentono tenuti in onore, e più volentieri pigliano le armi a vendicare il sangue, e contribuiscono colle facoltà a pagare il prezzo di quello, che abbia sparso alcuno di loro. »

Tutte quelle tribù erano in una guerra perpetua fra loro. L' allevamento dei bestiami era la risorsa ordinaria, e forse unica, di queste razze nomadi. Alcune si davano anche al commercio ; e grandi carovane partivano dal Sud verso il Nord per andare in Soria e nella Mesopotamia, a cambiare le loro mercanzie ; ma bisognava aver sempre le armi alla mano, per difendere queste società ambulanti di

negozianti, che erano al tempo stesso guerrieri. Esse percorrevano la zona dell' Arabia occidentale, lungo il Mar Rosso; e ove fermavansi avevano delle stazioni, che divennero necessariamente delle Città. Queste per altro erano poche, e con piccola popolazione. **BARTHELEMY ST.-HILAIRE.** *Mahomet et le Coran. Chap. II p. 52.* — **CAUSSIN DE PERCEVAL.** *Essai sur l'histoire des Arabes avant l'Islamisme Tom I.*

Un certo progresso si verificò fra le tribù Arabe immediatamente avanti Maometto: Ma in che consisteva esso? In uno spirito cavalleresco, che è proprio dei popoli barbari, i quali incominciano ad avviarsi alla civiltà. Tutta la loro letteratura si riduceva ad una poesia primitiva, diretta a raccontare combattimenti, e cantarli all'occasione delle fiere di Okaz. E si cita come un gran fatto il ritorno della scrittura nell' Arabia centrale, ove prima si riteneva quale arte ignota. Ma pochi l'apprendono, e difficilmente si pratica su' fogli di palma, liste di cuojo, ed ossa di montoni.

Del resto, come bene osserva *Barthélemy S: Hilaire* pag. 51, la poesia non è una prova della civiltà di un popolo. Essa può benissimo coesistere con dei costumi grossolani e feroci; non li addolcisce che alla lunga, e bene spesso nulla può su di loro; e la delicatezza di sentimenti che suppone non esclude le abitudini le più sanguinarie ed odiose. Vi sono mille esempi uguali a quello, che ci presentano gli Arabi di quest' epoca remota. **AMARI.** *Op. cit. pag. 41* **SEDILLOT** *Op. cit. p. 32.*

Era impossibile che in questo stato

di cose l' idea vera del diritto si manifestasse fra gli Arabi. Era il predominio della forza che regolava i loro rapporti sociali; ed è inutile il ricercarvi le nozioni le più elementari della giustizia.

Quindi possiamo dire, che in questa prima epoca nessuna traccia od indizio s'incontra di un diritto civile, che servisse di punto di partenza e di base al Diritto Musulmano, che non molto tempo dopo doveva manifestarsi in un modo cotanto meraviglioso fra i popoli arabi.

## EPOCA II'

### MAOMETTO ED I PRIMI QUATTRO CALIFFI

(570 A 655 DI G. C.)

La comparsa di Maometto nel centro dell' Arabia (570-632) e la sua riforma poteva essa aprir la strada a questo sviluppo di un diritto Civile fra gli Arabi?

Egli è quello, che vedremo nel tracciare brevemente la storia della rivoluzione, che Maometto ed i suoi fautori compierono in Arabia.

Maometto nacque nel 570 di G.C. Non starò a narrare la vita di quest' uomo straordinario, che doveva lasciare tracce così durevoli del suo ingegno ed energia. Essa è troppo conosciuta, perchè debba darne i dettagli.

Basterà per il bisogno dello studio attuale il rammentare, che dopo aver lungamente viaggiato come negoziante nei paesi soggetti alla dominazione di Costantinopoli, ed essersi trovato a contatto

col mondo civilizzato di quel tempo, nel 610, incominciò a manifestare la sua vocazione per una riforma religiosa e politica delle tribù sparse nel centro dell'Arabia, e che s'incontravano alla Mecca, sia pei bisogni del commercio, sia per il pellegrinaggio al santuario della *Caaba*. Dapprima predicò segretamente la nuova dottrina, ed ebbe per seguaci Ali, Zeid, Abou Bekr, e otto suoi amici. Nel 619 cominciò a predicare pubblicamente l'Islamismo, incontrando disprezzo, opposizioni, ed anche persecuzioni. Per cui si rifugiò a Medina coi suoi partigiani (622); e da questo avvenimento data l'era dei Maomettani, cioè l'*Egira*, o fuga. Accolto dagli abitanti di Medina, fù riconosciuto da essi come profeta e sovrano; e da quel tempo si propose di propagare colle armi la nuova Religione. Non erano passati 10 anni, che di già aveva conquistata tutta l'Arabia, unificandola in una sola nazione con una sola religione. L'idolatria, il cristianesimo, ed il giudaismo, che prima la dividevano in varii stati, disparvero per cedere il campo all'Islamismo.

Gli eventi avevano sorpassate le sue speranze. Egli che erasi proposto solo di abolire l'idolatria alla Mecca, e di riunire sotto il suo governo le tribù nomadi del deserto vicine a quella città, trovavasi ora legislatore e sovrano di tutta l'Arabia.

Da quel momento esso ed i suoi partigiani risolverono di estendere al di fuori dell'Arabia le conquiste, e la nuova Religione. Ma mentre si disponeva ad entrare nella Soria alla testa di un'armata, Maometto morì senza lasciar discendenza

maschile, ma solo una figlia, cioè Fatima moglie di Ali suo primo seguace e discepolo.

I capi Arabi che avevano seguito ed aiutato Maometto nella sua opera di riforma religiosa e politica, gli elessero un successore in *Abou Bekre*, che prese il titolo di *Kalifè*, ossia *vicario del Profeta di Dio*.

Secondato dai discepoli e generali di Maometto, il nuovo sovrano degli Arabi attaccò i Greci ed i Persiani, che erano i due imperi limitrofi ai suoi stati. Le conquiste a loro carico si effettuarono con facilità, e le conversioni al Maomettismo furono grandissime. Imperocchè i molti eretici cristiani, cioè Ariani, Nestoriani ed Eutichiani, lo accolsero come un liberatore, ed abbracciarono con entusiasmo la nuova religione. Gerusalemme fù la prima città resa tributaria (637); e la capitolazione che venne accordata agli abitanti rimasti cristiani, ma ridotti allo stato di *rajà* (*gregge*), servi di base a tutte le altre accordate ai popoli cristiani conquistati. Essa recapitolavasi nell'obbligo di pagare un tributo, e di aver salve la vita e la proprietà, ma senza partecipazione ai diritti politici dello Stato. *FAMIN. Histoire de la rivalité des Eglises et du protectorat des Eglises chrétiennes en Orient.* GIBBON. *Storia della Caduta dell'Impero Romano. Tomo IX, pag. 335.*

Abou Bekre conquistò dal 632 al 634 la Caldea, la Soria fino a Damasco, che aprì le porte dopo la sconfitta, e distruzione di varie armate dell'Imperator Bizantino Eraclio.

Il secondo Califo dopo Abou Bekre fù

Omar; che prese il titolo di *emir* o comandante dei credenti, e conquistò l'Egitto. (635 a 643).

Il terzo Califo fu *Otman*, che nel 651 sottomise la Persia, ed estese il dominio arabo nel Nord dell' Affrica. Morì nel 655, ed ebbe per successore *Ali*, il genero del Profeta, che così fu il quarto Califo.

Il regno del quale per altro non fu pacifico, e da esso incominciò il grande scisma, fra i Musulmani in *Sciiti e Sunniti*. I primi ritengono i tre primi Califfi come usurpatori, ed *Ali* come il vero vicario del Profeta. I secondi ritengono che i tre primi Califfi erano stati regolarmente eletti, ed *Ali* come inferiore ad essi. Nel mondo Musulmano non vi sono che i Persiani, che siano oggi *Sciiti*; tutti gli altri sono *Sunniti*.

I primi quattro Califfi costituiscono quello, che i Musulmani chiamano il *Califato perfetto*. Essi erano stati eletti dal popolo Musulmano; non avevano abbandonato l' Arabia, ed erano vissuti colla più gran semplicità. Nel 660, colla morte di *Ali* cessò il *Califato perfetto*, ossia la epoca che vien ritenuta dai Musulmani, come la più brillante dell' Islamismo. I nuovi Califfi abbandonarono l' Arabia, e si stabilirono nella Soria. Cessò la semplicità patriarcale, ed il regime elettivo. Il lusso orientale in tutto il suo sfarzo, la successione ereditaria nel Califato aprirono una nuova epoca all' Islamismo, di cui in seguito ci occuperemo.

Intanto convien fermarsi ad indagare qual fu la vita giuridica, che si manifestò nell' epoca del Califato perfetto, e la sua importanza di fronte allo sviluppo,

che in seguito prese la legislazione Musulmana. E dopo avere accennate le vicende politiche del popolo Arabo sotto *Maometto* e suoi immediati successori, conviene studiare le condizioni sociali e morali in cui il Profeta lo trovò, per vedere la natura ed importanza delle istituzioni, che egli ed i primi Califfi crearono in mezzo ad esso.

Abbiamo visto come avanti *Maometto* l' Arabia si trovasse immersa in una profonda barbarie. Solo nei tempi che immediatamente lo precederono, un certo movimento verso la civiltà si manifestava fra le tribù nomadi del vasto deserto Arabico.

Lo ché deve attribuirsi alla circostanza che in varie parti dell' Arabia, ed in specie verso il Nord ed il Sud, il giudaismo ed il cristianesimo avevano fatti non pochi proseliti, e cominciavano a gettarvi radici profonde.

*Maometto* ed i suoi successori si approfittarono di questo sviluppo di civiltà, attingendo alle fonti che l' avevano prodotta, e volendo dettare delle regole e norme ai loro aderenti e sudditi, composero un Libro, che può dirsi il Codice della nuova nazione Araba, cioè il *Corano*.

Ecco la prima manifestazione della vita giuridica del popolo Arabo. Essa doveva esser proporzionata allo stato di civiltà che l' Islamismo introduceva fra il nuovo popolo Arabo, ed alle idee limitate che dovevano avere i suoi primi legislatori. Imperocchè la legislazione, che si dà ad un popolo, corrisponde necessariamente ai suoi bisogni, nè può estendersi al di là di questi. Eppure si è creduto e da molti si crede che il *Corano* sia il Codice

universale dei Musulmani di ogni epoca di ogni età, e tanto allorchè essi erano povere tribù nomadi nel deserto, quanto nei giorni gloriosi, in cui ebbero conquistato quasi l'intero mondo conosciuto, ed avevano sottoposto al loro dominio popoli colti e civili.

L'esame che imprendiamo di questo primo codice dei Musulmani convincerà ognuno, quanto vadano lungi dal vero coloro che la pensano in tal guisa.

Dal quale esame appariranno due cose; cioè, che nulla o ben poco di originale riscontrasi in quel libro, il quale in gran parte è una copia informe dei libri Mosaiici e Cristiani, per quello specialmente che attiene alla teologia; ed in secondo luogo, che i principii giuridici che esso contiene, si riducono a poche e vaghe massime, e molto lontano da ciò che in seguito doveva riuscire la giurisprudenza musulmana.

Quando Maometto nasceva, l'idolatria era la religione delle tribù che abitavano il centro dell'Arabia. Un rozzo e grossolano feticismo dominava alla Mecca, ove varie centinaia d'idoli venivano adorati nella famosa *Caaba*, centro del pellegrinaggio degli Arabi.

Accanto dell'idolatria il Giudaismo aveva dei seguaci in tutta l'Arabia. Se ne trovavano non pochi nell'Hedjaz, a Khaibar, e Iatreb; e nell'Iemen era stato adottato da molte tribù. SEDILLOT, *loc. cit. pag. 34.*

Finalmente il Cristianesimo si era sparso in varie parti dell'Arabia, e vi aveva acquistato una certa importanza. Era professato da diverse tribù dell'*Irak*, del *Bahreïn*, e del deserto di *Faran*.

Nell'Iemen era stato propagato dagli Abissinesi, incoraggiati dagli Imperatori Bizantini; e verso il 600, la chiesa di *Saana* era divenuta un santuario importante, e lo scopo del pellegrinaggio degli Arabi Cristiani. CAUSSIN DE PERCEVAL *Essai sur l'Histoire des Arabes. Tom I, page 121.*

Ma tanto il Giudaismo che il Cristianesimo non avevano potuto far progressi estesi e durevoli nel centro della penisola arabica; non era la loro impotenza a gettarvi radici solide e profonde; sivero l'incapacità delle razze arabe a ricevere ed applicare dei dogmi e dei costumi che non erano fatti per esse. Erano religioni troppo spirituali ed austere per potersi adottare da popoli dati alla più brutale sessualità. — BARTHÉLEMY ST.-HILAIRE, *op. cit. page 59.*

L'idolatria invece era la religione la più estesa in Arabia. Dessa trovavasi d'accordo col Giudaismo e Cristianesimo per ammettere un Dio unico e supremo, *Allah*, che era il Dio di Abramo di cui gli Ismaeliti si credevano i discendenti. Accanto però ad un'ente Supremo adoravano gli angeli, *Benat Allah*, i geni *Dgiin*, gli orchi *Ghoul*, e molte altre potenze subalterne, che nel numero di 360 idoli, si adoravano nella *Caaba*, divenuto il Panteon nazionale degli Arabi.

Or bene Maometto, ed i suoi partigiani, fecero una scelta dei dogmi fondamentali di queste tre religioni, che esistevano in Arabia, e crearono l'Islamismo, che significa un'intero abbandono alla volontà di Dio. SEDILLOT, *loc. cit. pag. 44.*

Dalla religione predominante, cioè l'idolatria conservarono l'idea di un'ente

supremo, ma abolirono completamente il culto, che si prestava agli idoli della *Caaba*; e solo conservarono il pellegrinaggio a quest'ultimo tempio.

Dal Giudaismo, oltre l'idea di un Dio unico, creatore, ed onnipotente, attinsero il principio, che Dio avesse rivelato ai profeti la verità, e perciò conservarono gran venerazione per Adamo, Noè, Abramo e Mosè, e per i libri dell'antico Testamento.

Del Cristianesimo infine conservarono la venerazione la più profonda per Gesù Cristo, dichiarandolo però semplice profeta, ma il più grande dei profeti; ed anche per la Vergine Maria, che nel Corano riceve il titolo d'immacolata. *Cap: III, v: 3. XIX, v: 20.* Ed anche il Vangelo venne da essi ritenuto come un libro ispirato, al quale non mancava altro che il complemento, che appunto Dio accordò all'uomo per mezzo del Corano, ultima manifestazione delle rivelazioni Divine.

Il Corano che i Musulmani attribuiscono per intero a Maometto non è stato scritto durante la sua vita. Vi dicono i Musulmani, che prima di Abou Bekre il Corano era conservato a memoria dai compagni di Maometto, e così serbato per tradizione. Ma essendo morti molti dei *Courra* o lettori, che lo sapevano a mente, si sentì il bisogno di ridurlo in scritto *SEDILLOT, op. cit: p: 102.*

Fu Abou Bekre successore immediato del Profeta, che incominciò a riordinare e scrivere le rivelazioni, che si attribuivano a Maometto, il di cui insieme doveva costituire il Corano. Non potè per altro terminare il lavoro, che ricevè il suo

compimento, solo sotto il regno del terzo Califfo *Otman*, morto nel 655.

Egli è perciò verosimile che nel riunire ciò che si attribuiva a Maometto, e che era stato affidato alla memoria dei suoi seguaci, si facesse un'opera quasi originale, e che in quel Libro s'inserissero molte massime e prescrizioni, a cui Maometto non aveva giammai pensato, ma di cui i Califfi, suoi successori, che di già trovavansi alla testa di numerosi eserciti e di un vasto impero, vedevano la necessità.

Difatti essi si erano proposto di formare un Codice pei Musulmani, che dovesse contenere, non solo quanto si riferiva alla Teologia, ma anche tutto quello che potesse servire all'organizzazione politica e sociale del popolo Arabo.

E questo essendosi aggrandito e fissato nei nuovi paesi conquistati, aveva bisogno di regole e leggi diverse da quelle, che aveva, quando trovavasi allo stato nomade.

Vediamo intanto come essi raggiunsero lo scopo, che si proponevano; e cosa contenga il Corano, come Codice universale dei Musulmani.

Nulla diremo della parte Teologica, che non c'interessa. Essa è molto sviluppata in quel Libro, e può dirsi che la materia vi sia completamente trattata. Il principio religioso, che era quello che agitava le tribù Arabe, e che le aveva spinte a formarsi in nazione una e compatta, era il bisogno il più fortemente sentito, e si doveva appagare dai legislatori Arabi a preferenza di ogni altro.

Occupiamoci un poco più in dettaglio della parte che riguarda l'organismo po-

litico e civile della giovane nazione, perchè appunto si riferisce allo Studio del Diritto Musulmano, che è lo scopo del nostro lavoro.

Trattandosi di tribù che eransi armate per combattere i loro vicini, e farne una sola nazione, l'organismo politico non poteva essere che quello di un'armata; Il generale riuniva in sé tutti i poteri, che esercitava insieme coi suoi ufficiali.

Maometto ed i primi Califfi riunirono in sé il potere religioso, e quello politico, e così fondavano una vera e propria Teocrazia. Semplicissimo adunque fu il diritto pubblico interno, che si stabiliva fra i Musulmani. Riducevasi all'autocrazia la più completa, che potesse esercitare un condottiero di armate.

Quanto al diritto pubblico esterno, doveva esser conforme alle mire della nuova credenza e dei suoi fautori. Volevano questi unificare al più possibile le tribù nomadi dell'Arabia, e propagare la nuova Religione colla forza, quando la persuasione non bastasse. Dovevasi adunque proclamare un sol principio come base del diritto internazionale arabo, cioè la guerra santa contro gl'infedeli, come il dovere il più sacrosanto dei Musulmani.

Quello però che maggiormente c'interessa è, di vedere quali sono le disposizioni del Corano, relativamente al diritto privato.

Molti scrittori hanno creduto, che tutto quanto il diritto civile Musulmano, quale oggi si conosce, sia un'opera originale degli arabi, e che tutto intiero debba trovarsi nel Corano. Quello che siamo per dire proverà precisamente il contrario;

e convincerà ognuno che ben poca cosa trovasi in quel libro che si riferisca al diritto privato; e che un tal diritto è opera tutt'altro che del popolo Arabo.

In questo esame prima parlerò del Diritto delle persone, quindi del diritto sulle cose, poi dei contratti, ed infine delle successioni,

*Il diritto delle persone.* È questa la parte del diritto privato, che è la più estesa nel Corano. Ma altro non è che la copia e la riproduzione dei principii del Diritto Mosaico.

Infatti la prima divisione delle persone secondo il Corano si è di musulmani e non musulmani; come presso gli Ebrei, il popolo eletto era separato e distinto da tutti gli altri popoli.

Una seconda divisione è degli uomini liberi e degli schiavi; che parimente vedesi nei libri ebraici.

Quanto al matrimonio, nel Corano leggonsi molte disposizioni destinate a fissarne le condizioni e la durata.

Vi si ammette però la poligamia non illimitata come presso gli Ebrei, ma ristretta a quattro mogli legittime. Se non che essendo liberissimo e senza limiti il concubinaggio, può dirsi che la limitazione non sia di una grande importanza.

Anche il divorzio è ammesso dal Corano, ed in un modo molto più sfrenato, che presso gli Ebrei; perchè il marito può ripudiare la moglie senza motivi di sorta, ed anche per puro capriccio, e perfino nello stato di ubbriachezza. Cosa strana a dirsi, ma pur troppo vera, perchè tutt'ora in vigore.

Come presso gli Ebrei non è la moglie od i di lui parenti che danno la dote al

marito ; ma egli è questo che la promette alla moglie, quasi come prezzo della verginità. E le si dà lo stesso nome che presso gli Ebrei, cioè *mahr*.

Nel Corano trovansi stabilite le proibizioni del matrimonio, sia per ragioni della diversità di religione, sia a ragione della parentela e dell'affinità. Ed anche in ciò l'imitazione della Legge Mosaica è evidente.

Per i diritti e doveri reciproci fra i coniugi, il Corano ha delle prescrizioni assai precise, e concordano con quelle di tutti i popoli semitici, che ammettevano la poligamia. La superiorità sulla moglie vi è stabilita in un modo assoluto e tirannico. « *Se ella (la moglie) non obbedisce la relegherete in un letto a parte, e la batterete.* » In corrispettivo il marito le deve protezione e assistenza ; e per render la poligamia meno terribile, se egli ha più mogli, deve tutte trattarle ugualmente e senza parzialità, cioè con la stessa affezione, uguale assistenza, ed anche espansione conjugale.

Incontransi nel Corano anche delle prescrizioni sui doveri dei figli verso dei genitori, che servono di base alla patria potestà ; la quale doveva come in tutte le tribù nomadi essere estesissima.

Per terminare ciò che nel Corano s'incontra intorno allo statuto personale osserverò, che vi si parla dell'adozione e della tutela. Quanto all'adozione si trova più volte rammentata in quel codice, ma senza speciali disposizioni. Invece la tutela vi è regolata con dettagli assai amplii ; Imperocchè incontriamo disposizioni nel Corano relative alla persona di coloro che debbono esser sottoposti

alla tutela, cioè gli orfani, all'amministrazione dei loro beni, ed alla sua cessazione. E tutte sono animate da un sentimento di compassione e di amore verso quegli esseri privi dei loro tutori naturali, cioè i genitori.

Se i diritti delle persone hanno ricevuto nel Corano un certo sviluppo, altrettanto non può dirsi quanto ai diritti sulle cose. Di ciò è facile avere la spiegazione nella circostanza, che quel libro o Codice è stato composto per un popolo primitivo, che non avendo sedi fisse, non poteva avere un concetto molto esteso della proprietà, e non sentiva il bisogno di regole precise intorno ad essa. Quel popolo pastore doveva contentarsi degli usi che fissavano i diritti delle tribù sui pascoli, dove conducevano le loro greggi, e non doveva pensare a delle regole che si riferissero a delle proprietà individuali e limitate.

Tutto quello che incontrasi nel Corano relativo ai diritti sulle cose, è racchiuso nel versetto 27 Cap: II. *È lui (Dio) che ha creato per voi tuttociò che è sulla terra.* Il quale non è che la traduzione di quanto diceva il Salmista. *Constituísti eum super omnia opera manum tuarum, omnia subiecisti sub pedibus ejus.*

Nessun principio e nessuna regola vedesi scritta nel Corano relativamente ai contratti. Questa importante materia è stata completamente omessa nel Codice primitivo degli Arabi. Ed anche ciò fu la conseguenza delle condizioni sociali del popolo pel quale era destinato. Imperocchè i suoi bisogni essendo limitatissimi, e la proprietà territoriale appena

Conosciuta fra quelli abitanti del deserto, nè molte nè complicate potevano esser le contrattazioni. Quindi sebbene in alcuni versetti del Corano leggonsi le parole *vendita, permuta, deposito, e pegno*, pure non vi figurano in un senso veramente giuridico, e non formano l'oggetto di speciali disposizioni. Soltanto dei consigli, piuttosto morali che giuridici, si danno a coloro che hanno contrattato, di eseguire in buona fede e lealmente le promesse. Vi si legge : *Adempite i vostri impegni, perchè di tali impegni vi si domanderà conto.*

Per la prova delle obbligazioni vi si accenna alla scrittura come un modo che offre maggiori garanzie ; ma s' insiste più fortemente nella prova testimoniali, che è più conforme alle condizioni di una società primitiva ed illitterata, qual' era quella Araba in quell' epoca. « *Chiamate dei testimoni nelle vostre contrattazioni e non fate violenza nè allo scrivano nè ai testimoni.* » Ed altrove : « *Chiamate due testimoni scelti fra voi, e se non trovate due uomini, chiamatene un solo e due donne, presenti abili a testimoniare, affinchè se l'uno dimentica l'altro possa rammentarsi del fatto. I testimoni non debbono ricusare di fare la loro deposizione ogni qual volta ne siano richiesti.* »

Per l'*usura* il Corano non ha fatto che copiare letteralmente la Legge Mosaica. E come questa diceva : « *Non foeneraberis fratri tuo ad usuram pecuniam, nec fruges, nec quamlibet aliam rem ;* » così il codice degli Arabi proclama : « *Dio ha permesso la*

*vendita ed ha interdetto l'usura. Quelli che ritorneranno all'usura saranno gettati nel fuoco, ove resteranno eternamente.* »

La parte del diritto civile, che ha ricevuti maggiori dettagli nel Corano è quella relativa alle successioni tanto legittime che testamentarie. Imperocchè l'uno e l'altro modo di successione era conosciuto ed ammesso fra gli Arabi, come fra gli Ebrei. La successione *ab intestato* però è assai differente da quella degli Ebrei, e possiamo dire che più di qualunque altra è basata sulla presunta affezione del defunto, senza aver verun riguardo alla conservazione del patrimonio nelle famiglie. Quindi chiamasi tanto i maschi che le femmine alla eredità, con la differenza che ogni maschio deve avere il doppio delle femmine, forse in vista della donazione (*mehr*) che le donne ricevono dal marito all' occasione del matrimonio, esclusa ogni idea di primogenitura ; e chiamati contemporaneamente a partecipare alla eredità varie classi di parenti del defunto. Non è qui il luogo di esporre il sistema completo delle successioni secondo il Corano. Basterà l'osservare che un tal sistema, che nei più piccoli dettagli vedesi fissato nel Codice Arabo, si dilunga da ogni altro contemporaneo dell' epoca di Maometto a noi conosciuto, e che deve ritenersi come conforme agli usi e costumi delle tribù pelle quere destinato. Insomma è l'unica porzione originale che noi incontriamo nel diritto civile del Corano ; mentre per ogni rimanente questo non ha fatto che copiare i Libri Mosaici.

Credo di aver pienamente esaurito tutto quello che si riferisce al Diritto Civile nel Corano. Per tutte le altre materie oltre quelle da noi indicate esso è muto affatto. Potremmo aggiungere qualche osservazione quanto al Diritto Penale. Ma la cosa non ne val la pena; sia perchè scopo del nostro lavoro si è il diritto privato dei Musulmani; sia perchè tutto il loro diritto penale è basato sul principio della vendetta, e si riduce alla pena del taglione, ed alla composizione mediante un prezzo da sborsarsi dal delinquente. « *O credenti, esclama nel Corano, la pena del taglione vi è prescritta per l'omicidio; un uomo libero per un' uomo libero, uno schiavo per uno schiavo, e una donna per una donna.* » Ed altrove: « *Colui che dopo aver ricevuto il prezzo della pena, lo cambierà in elemosine farà bene, ciò gli servirà per i suoi peccati.* »

Quali principj del Corano come tanti altri sono stati attinti dalle Leggi degli Ebrei, le quali difatti ammettevano il taglione e la compensazione pecuniaria, come può vedersi in SALVADOR. *Instit. de Moïse, Livre 4, Chap. 1; Lois pénales, pag. 345 e seg.*

Ecco in brevi tratti indicato il diritto primitivo degli Arabi quale è stato formulato nel Corano. È questa la prima codificazione di quel diritto, e può dirsi di esso, che escluso quanto si riferisce alle successioni, che sembrano di origine veramente arabica, per ogni altro riguardo non si è fatto che uniformarsi ad una legislazione preesistente, cioè alla Legge Mosaica.

Il diritto Coranico adunque, ed in specie quello Civile, è ben poca cosa, e soltanto proporzionato alle condizioni rudimentarie nelle quali trovavasi la società Araba. Questa cominciava a formarsi, e non era peranche uscita dallo stato nomade in cui Maometto l'aveva trovata; Essa voleva formare la sua unità nazionale; di più intendeva abbandonare il deserto in cui era nata, e darsi alle conquiste. Le bastava adunque di organizzarsi militarmente, di adottare una fede religiosa unica, onde agglomerare in un fascio tutti gli elementi discordanti, che erano sparsi sul vasto continente dell'Arabia.

Come poteva essa pensare a crearsi un diritto civile privato, che fosse adatto ad una gran nazione con sedi fisse e stabili? Dove poteva trovare gli elementi necessari per elevarlo al grado di sistema? Tutto le faceva difetto per ciò; tradizioni, non ne aveva; scienze ed arti le mancavano completamente; aveva poche nozioni sparse dal giudaismo e cristianesimo fra gli Arabi sedentari, che erano limitrofi a quei nomadi del deserto; ed essa abbracciava quelle nozioni, e travisandole le faceva sue.

È questo il vero concetto, che dobbiamo farsì del Corano; ogni altro lo reputiamo falso ed erroneo. Fù desso il Codice degli Arabi della prima epoca dell' Islamismo, e può paragonarsi a quella Legge delle XII Tavole, che i Romani crearono nel principio della loro esistenza politica. Siccome quella Legge non poteva bastare per le epoche successive della loro storia, e doveva in seguito ricevere lo sviluppo immenso che anche

oggi ammiriamo, lo stesso doveva avvenire del primo Codice Musulmano degli Arabi, quando sarebbero usciti dai loro deserti, ed avrebbero formato un vasto impero.

### EPOCA III:

#### DAL CALIFATO DEGLI OMMIADI IN DAMASCO

FINO ALL' ESTINZIONE DEL CALIFFATO DEGLI  
ABBASSIDI DI BAGDAD  
( 655 al 1242 di G : C : )

I primi Califfi insieme a Maometto avevano codificato il Diritto Arabico nel Corano. Come è avvenuto a tutti i codificatori, essi s' ingannarono nel ritenere di aver fatta un' opera perfetta, e che in seguito non potesse ricevere nè aumenti nè variazioni.

Come Giustiniano aveva vietato, che glosse e commenti si facessero alle sue collezioni, quasi volendo arrestare la scienza; BURCHARDI *Storia del Diritto Romano*, pag: 147, credendole chiarissime e perfette, così i primi codificatori dei Musulmani proclamarono di aver fatta un' opera perfetta ed intangibile. Vi leggiamo infatti: « *Nulla abbiamo omesso nel Libro* (cioè nel Corano). Ed anche: « *Noi lo abbiamo inviato per tutto schiarire.* » Da cui i buoni Musulmani deducono, che il Corano è la vera ed unica fonte della Legge, e che nessuna aggiunta o variazione può arreccarsi al medesimo.

Ma intanto gli Arabi erano usciti dai loro deserti, ed avevano incominciate le conquiste che dovevano renderli padroni della massima parte del mondo conosciuto

a quell' epoca, ed in specie di quella parte ove maggiormente la civiltà erasi sviluppata.

Dopo la morte di Ali quarto Califfo, (660) *Moavia I* divenne il capo e sovrano di tutti i Musulmani, riuniti sotto il suo scettro ogni parte dell' Impero Arabo, e fondò la dinastia degli Ommiadi. Abbandonata definitivamente l' Arabia egli fissò la sede del Califato a Damasco, ed il nerbo il più forte delle sue armate fu recrutato fra i Soriani. LAVALLÉE, *Histoire de la Turquie*, Tom I page 146. In tal guisa l' elemento primitivo arabo restò assorbito dai popoli conquistati, i quali necessariamente dovettero molto influire sulla direzione e sviluppo della nuova società musulmana.

Sotto gli Ommiadi le conquiste Musulmane continuarono. Tutta l' Affrica settentrionale sottomessa; Cartagine distrutta; l' Impero d' Oriente immensamente diminuito; la Spagna e molte isole del Mediterraneo assoggettate. La dominazione e religione musulmana si estendeva adunque dall' occidente dell' Europa alle sponde dell' Indo e del Golfo Persico.

Ma nel 752 la dinastia degli Omniadi ed il Califato di Damasco che aveva avuti 15 Sovrani; cessarono di esistere. Gli Abbassidi discendenti dello zio di Maometto, costituirono una nuova Dinastia, e trasportarono il Califato a Bagdad. *Aboul Abbas*, denominato *Suffah* (il sanguinario), fondatore di questa Dinastia, incominciò a regnare nel 749; ed i suoi discendenti fino all' ultimo Califfo abbassida *Mostasem* durarono fino al 1242 (640 dell' Egira). Trentasette furono

i Califfi che regnarono a Bagdad, da dove vennero espulsi dai Mongoll Turchi, che in seguito dovevano impadronirsi del Califfato. CRICHTON *History of Arabia ancient and modern*. Vol: II. Chap: I:

I Califfi di Bagdad professero le scienze e le arti, e varii di essi hanno lasciato un nome celebre nella storia. Harun *et Rascid*, il quinto Califfo Abbassida, contemporaneo di Carlo Magno (786 a 809), fù buon generale, uomo di stato, e dottissimo, (813 a 833). *Almamum* si considera come il Mecenate dell'Oriente; egli invitava i dotti di ogni parte del mondo alla corte di Bagdad, ove venivano largamente ricompensati pei loro talenti e le loro opere. *Vatek* parimente fù un protettore liberale dei dotti, e si distinse per la sua carità verso i poveri. *Almansor* ed altri Califfi salirono a gran rinomanza nella storia dei Musulmani.

Durante per altro il Califfato degli Abbassidi l'unità dell'Impero arabo fù distrutta, e molte divisioni si verificarono nel suo seno. Un discendente della famiglia Ommiade, che era sfuggito al massacro dei suoi parenti, incominciato da *Suffah* e continuato dai successori, si era rifugiato in Affrica. Ivi approfittandosi del malcontento suscitato dalla lontananza dei Califfi nell'Affrica Occidentale e nella Spagna, si mise alla testa degl'insorti, e sbarcò in vicinanza di Granata. Accolto con entusiasmo dalla popolazione Spagnola, Abderraman, che era questo Ommiade, entrò in Siviglia, e quindi s'impadronì di Cordova. Vinti tutti i partigiani degli

Abbassidi in Spagna, proclamò nel 756 il Califfato di Cordova, che in splendore e potenza doveva rivaleggiare con quello di Bagdad.

Nè molto dopo quell'epoca anche un altro Califfato doveva sorgere in Egitto. Un tal *Abou-Obeïdallah*, che si pretendeva discendente di Fatima, figlia di Maometto e moglie di Ali, si sollevò e resosi indipendente dai Califfi di Cordova, che dominavano il Magreb, incominciò la nuova dinastia dei Fatimiti. I quali preso il nome di *emir el muemenin*, o comandanti dei credenti, fondarono una nuova città nelle vicinanze di Tunisi, a cui posero il nome di *Cairovan*.

Ma la loro ambizione gli volse ben presto verso l'oriente, essendosi proposti di abbattere la potenza spirituale degli Abbassidi. Varie spedizioni vennero da essi fatte contro l'Egitto; di cui alla fine s'impadronirono nel 969 sotto *Moëz*. Da quel momento i Fatamiti istituirono un terzo Califfato, quello del Cairo, che alla pari degli altri doveva occupare un posto eminente nella storia dell'Oriente.

Ecco in brevi tratti indicate le principali rivoluzioni politiche, che in questa terza epoca dell'Islamismo si verificarono. È tempo di osservare quale fù il grado di civiltà, che si manifestò durante tali avvenimenti fra i popoli, che avevano abbracciata la religione del Corano.

### § I. *Della civiltà e letteratura di quest'epoca.*

Dopochè gli Arabi avevano abbandonati i loro deserti e si erano fissati dapprima nella Soria, sotto i Califfi di Da-

masco e quindi nella Mesopotamia e paesi vicini, un'immenso cambiamento era avvenuto nei loro costumi. Di popolo nomade e quasi selvaggio, eransi mutati in popolo sedentario, e dato all'agricoltura e commercio. Essi avevano subito l'influenza dei popoli conquistati; i quali fino a quell'epoca avevano professata la religione Mosaica, o Cristiana, ed avevano tutta la cultura dei popoli *Romano-Bizantini*. Anche per essi può dirsi. « *Graecia capta. Victorem cepit.*—

I Soriani, gli Egiziani, tutti i popoli del Nord dell'Africa, allorchè vennero soggiogati dagli Arabi, costituivano le province le più ricche, e le più colte dell'Impero Romano Bizantino. Dappertutto fiorivano in mezzo ad essi le scienze, le arti ed il commercio.

Città splendide e ricche, quali Alessandria, Beirut, Antiochia, Cesarea, Gerusalemme, e mille altre erano l'orgoglio dell'Oriente. Dappertutto scuole numerose e frequentate; la letteratura greca, sebbene in decadenza, conservava tuttora non pochi cultori; ed i monumenti dell'epoca ci attestano che le arti tutte vi splendevano largamente. Come era possibile che tanta civiltà non esercitasse un'influenza sui conquistatori arabi?

Doveva necessariamente esercitarvela per varie ragioni. Primieramente perchè è una legge costante il vedere di due popoli amalgamati quello più culto incivilire il meno culto, sebbene dominatore.

Secondariamente, perchè le popolazioni orientali soggiogate dagli Arabi erano di gran lunga più numerose del popolo conquistatore, e può dirsi che lo

assorbirono, anzi chè esserne assorbite. E finalmente perchè la massima parte di quelle popolazioni abbracciò la nuova religione, sia per violenza, sia per inclinazione, essendo dessa oltremodo comoda e adatta alle tendenze delle razze Semitiche; e formò immediatamente un sol popolo con quello vincitore. Ciò produsse, che dall'unione dei vincitori e dei vinti si formasse un popolo nuovo, che non era più quello arabo, ma un misto di varie razze Semitiche con prevalenza di quelle sottomesse; e ne derivò che questo nuovo popolo conservò in gran parte il grado di civiltà che prima aveva, e tutte le cognizioni e capacità che vi esistevano avanti la conquista.

Infatti non si trattava di un popolo distrutto e supplantato da un'altro popolo. Ma di varii popoli che si univano per formare una sola nazionalità, e che conservavano in gran parte quello che precedentemente avevano. Quali osservazioni ci rendono ragione, anzi sono le uniche che possano spiegarci il fatto, che appena il Califfato di Damasco si stabiliva, subito incominciarono a fiorire le scienze e le arti fra i Musulmani di quell'epoca. Ciò non era qualcosa di nuovo, ed importato dai deserti della Penisola Arabica. Altro non poteva essere, che la continuazione della cultura precedente; con questa differenza, che essa dapprima forse diminuì e decadde a ragione del contatto con dei popoli ignoranti e violenti. Ci rendono anche ragione del perchè, una volta assodato il dominio degli Arabi in quelle belle provincie dell'Impero Bizantino, e cessate le imprese guerriere di conquista; appena i popoli poterono

respirare sotto i primi Califfi di Bagdad, e poi sotto quelli di Cordova e del Cairo ; l'amore delle scienze e della bella letteratura si risvegliò anche con maggior vigore, e produsse quello che suol chiamarsi il secolo d'oro della cultura araba.

Insomma quella che chiamasi letteratura degli Arabi, altro non fù, che la continuazione della precedente, cioè della Greca-Romana. E non possiamo che maravigliarci, quando vediamo scrittori serii e dottissimi portare alle stelle quella cultura, come se fosse qualcheda di nuovo e di originale.

Di nuovo non vi fù che la lingua ; imperocchè alle preesistenti nei paesi conquistati venne sostituita e dappertutto introdotta la lingua del Corano.

Lo che d'altronde non cambiava sostanzialmente le condizioni della maggior parte dei popoli conquistati, i quali essendo di razza Semitica, come i Soriani e gli Egiziani, parlavano un linguaggio che non si dilungava di troppo da quello degli Arabi. Di fatti se si eccettuano le città del littorale ove prevaleva il Greco, il maggior numero degli abitanti delle provincie soggette all'Impero di Bizanzio continuava a parlare il Siriaco, l'Armeno, il Caldaico, il Cofto, e l'Ebraico.

Ma ripeto, eccettuata la lingua, sotto ogni altro riguardo la nuova cultura non era che il riflesso di quella, che nelle provincie d'Oriente avevano introdotto i Romani ed i Greci.

Se vuolsene la riprova veggasi in che consistesse questa cultura degli arabi.

La filosofia che è la regina delle scien-

ze, e che tutto le informa, fù indubitatamente una di quelle, che venne col più grande entusiasmo coltivata dagli arabi. I loro filosofi sono innumerevoli. Rammenterò *Alkendi*, *Mohammed-ben Masud*, *Ebn-Sahl de Balk*, *Alaniri* e molti altri fino all'apparizione di *Alfarabi* e di *Avicenna (Ebn-Sina)*, i più grandi fra i cultori degli studj filosofici. Or bene tutti i loro lavori incominciarono dalla traduzione delle opere di Aristotile, fatta da *Honain et Iahia* il grammatico. Essi pienamente conobbero i lavori di Platone ed in specie il Fedone, Cratilo e la più grande delle sue opere, quella cioè sulle Leggi. Li vediamo citare *Empedocle* e *Anassagora*, *Heraclito* e *Democrito*, *Socrate* e i suoi discepoli, *Euclide*, *Antistene*, *Diogene il cinico*, *Aristippo*, *Epicuro*, ed anche gli *Stoici*. *SEDLLOT, op. cit. Chap. III. pag. 398.*

E neppure trascurarono gli scrittori della nuova scuola filosofica, che continuò quella di Aristotile ; ed in specie erano bene al corrente dei lavori della famosa scuola di Alessandria. Quindi gli vediamo studiare *Tenistio*, *Alessandro Afrodisia*, *Ammonio* e *Porfirio*, *Platino* e *Proclo*, *Apollonio di Tiane*, *Valentiniano*, ed altri della stessa scuola.

È evidente adunque, che in filosofia gli arabi od a meglio dire, i popoli che abbracciarono l'Islamismo e la lingua del Corano, altro non fecero che continuare gli studj filosofici dell'epoca precedente.

Nelle matematiche, nelle quali cotanto si distinsero gli scrittori arabi, ebbero parimente per maestri i Greci. Si sa

che nelle scuole istituite dai Califfi di Bagdad si studiavano *Euclide*, (tradotto in arabo da Hegia Ben Iusef), *Archimede* e *Apollonio*. SEDILLOT, *op: cit: pag: 336*.

In geografia la loro guida principale fù Tolomeo; e quando il Califfo *Almamum* volle che le longitudini terrestri fossero determinate con più precisione, la descrizione della terra che si fece allora, non fù che la riproduzione del sistema greco con dei miglioramenti. Anzi è stato osservato che tali miglioramenti debbono attribuirsi ai dotti Nestoriani, che avevano conservato intatto il deposito della scienza degli ultimi tempi della scuola di Alessandria. Ed è verosimile, che quella descrizione della terra venisse pubblicata al tempo stesso in arabo ed in greco, perchè questa lingua non era stata peranche supplantata intieramente dall'altra. SEDILLOT, *op: cit: pag: 377*.

Ma dove la imitazione, e continuazione degli studj precedenti maggiormente si manifestò fra gli scrittori arabi, si fù nelle scienze mediche. Già molto avanti le conquiste arabe, i re di Persia avevano chiamati presso di loro dei medici greci, che avevano sparso in tutto l'Oriente le dottrine d'Ippocrate, ove avevano stabilito anche delle scuole, e quella di *Dgiandisciabur* rivaleggiava con la scuola Alessandrina. SEDILLOT, *pag: 391*.

Dopo le conquiste arabe i germi sparsi da tali scuole furono raccolti dal nuovo popolo musulmano, e fruttificarono. Infatti il Califfo *Almamum* incaricò il dotto *Honain*, morto nel 874 di G. C., di raccogliere dappertutto, e particolarmente nella Grecia, ogni sorta di opere scienti-

fiche e di tradurle in arabo; ed in ricompensa gli dava un peso d'oro uguale ad ogni volume greco che traducesse. Sicchè a lui si debbono le traduzioni di *Galeno* e di *Ippocrate*, che servivano di testo nelle scuole di Bagdad, di Reij, e di Dgiandisciabur; nelle quali si formò un numero grandissimo di cultori dell'arte salutare, e dalle quali doveva uscire il famoso *Avicenna* ed il non meno rinomato *Averroè*.

Impropriamente adunque si è chiamato, e si chiama cultura e civiltà araba, quella che si vede in quest'epoca fra i popoli sottomessi al dominio arabo. Doveva invece chiamarsi cultura Greco-Romana abbigliata con nuove forme.

Troppo precoce sarebbe stata questa manifestazione, perchè possa attribuirsi ad un popolo nomade che sortiva digiuno affatto di cultura dai deserti dell'Arabia. Infatti fin sotto gli Ommiadi, Califfi di Damasco le scienze e le arti compariscono fra quei popoli. Non era poi appena passato un secolo dell'Egira che fondato il Califfato di Bagdad, la letteratura del nuovo popolo arriva al colmo dello splendore sotto i Califfi *Hârun-el-Raschid*, *Almamum* e loro successori.

Non si è voluto tener conto da coloro che tutto attribuiscono agli arabi delle seguenti circostanze, da me già accennate, e che ora intendo riepilogare;

1° Che il popolo arabo quando uscì dal suo paese era affatto privo di cultura e quel poco che aveva l'aveva appreso dai Cristiani ed Ebrei, coi quali aveva rapporti continui.

2° Che quel popolo conquistatore al

confronto dei popoli sottomessi era pochissimo numeroso.

3° Che quando sottomise quei popoli non li distrusse in nessun modo, ma si unì con essi, e formò un nuovo popolo e ciò con facilità, perchè della stessa razza semitica, e con lingua parimente semitica.

4° Che quei popoli formarono una nazione unita e compatta in forza della nuova religione, la quale era attinta alle stesse fonti delle religioni professate dai popoli conquistati, cioè il Cristianesimo ed il Giudaismo. Perciocchè la religione musulmana può definirsi una imitazione imperfetta di quelle due religioni. Da cui derivò, che il nuovo popolo in forza di quella religione non si trovasse scisso e diviso in vincitori e vinti, ma immediatamente costituisse un sol corpo, ed una società completamente omogenea.

5° Che in questo nuovo popolo dovette prevalere la porzione culta ed incivilita. E siccome questa aveva tutta la cultura Greco-Romana, dovette conseguirne, che fù questa che venne inoculata agli arabi conquistatori, e non già una nuova cultura e civiltà importata ai popoli conquistati.

Quando si fosse tenuto conto di tali circostanze non si sarebbe attribuito agli arabi ciò che ad altri apparteneva. Non si sarebbe asserito, che furono le loro qualità brillanti o la loro energia, che crearono l'amore delle arti e delle scienze. Ma si sarebbe riconosciuto, che i popoli conquistati divenuti essi stessi conquistatori, e membri di un grande impero, riacquistarono una vitalità, che negli ultimi tempi dell'Impero Greco avevano

perduta, e diedero un nuovo impulso alle scienze ed alle arti che prima avevano. In una parola che nulla impararono dagli arabi i quali nulla avevano da insegnare, ma che trovarono in loro stessi tutti gli elementi della cultura e civiltà, che doveva risplendere di un fulgore così tanto ammirato sotto una forma diversa.

## § II. Della cultura giuridica di quest' epoca.

Ma egli è tempo oramai di applicare quello, che abbiamo fin qui osservato sulla cultura degli arabi in generale, al Diritto Musulmano, e dimostrare, che per esso deve arrivarsi alle stesse conclusioni, a cui siamo giunti relativamente ad ogni altra parte dello scibile, coltivato dagli arabi di quest' epoca.

Il Diritto Musulmano, che oggi conosciamo è di una vastità ed importanza tale, che può stare a fronte di ogni altra legislazione dei popoli moderni. Oltre il regolare da varii secoli più di 100 milioni di uomini, la sua letteratura è immensa. Che se volessero raccogliersi le opere giuridiche musulmane si formerebbe una ben vasta biblioteca.

Di quel diritto abbiamo indicate le prime manifestazioni nell' epoca precedente, che si riducevano al Corano, libro vuoto di principii giuridici, e che al certo non poteva servire a reggere un gran popolo.

Or bene in questa terza epoca quel diritto prende uno slancio tale, da non stare in ragione della povertà della prima epoca, ove appena se ne trova qualche traccia tra i Musulmani.

Non appena il Califfato di Bagdad si stabilisce, dappertutto sorgono scuole di diritto, e si pubblicano opere giuridiche importanti.

Come mai spiegare questo fatto straordinario, di vedere un popolo nomade e quasi selvaggio arrivare in un secolo appena, ad avere un diritto così vasto ed esteso, mentre ad altri popoli sono occorsi dei secoli per giungere allo stesso grado di vita giuridica? Potrà trovarsi nel carattere e nell'intelligenza del Beduino del deserto la ragione di ciò?

Alcuni scrittori lo hanno detto e sostenuto. Credo però, che le loro asserzioni sieno effetto di un'immaginazione troppo brillante, non accompagnata dal lume della critica. Imperocché un progresso così istantaneo sarebbe un vero miracolo, ed unico della storia.

Noi invece riteniamo, che il fatto debba spiegarsi in altro modo. E che debba attribuirsi la nuova vita giuridica, che si manifestò in seno al popolo musulmano, a quelle stesse cause che vi fecero sviluppare la vita scientifica, di che abbiamo precedentemente tenuto parola.

È stato da noi asserito, e penso anche sufficientemente provato, che le scienze ed arti coltivate in modo così meraviglioso dai musulmani di questo periodo storico, altro non furono che le scienze ed arti del popolo conquistato dagli arabi, continuate dai seguaci della religione maomettana.

• Ebbene è nostra opinione, che lo stesso debba dirsi del diritto musulmano; vale a dire che esso non fu minimamente il prodotto spontaneo della civiltà araba, che non esisteva, ma la continuazione

del diritto preesistente, che vigea nei paesi conquistati; cioè del Diritto Romano-Bizantino.

Difatti i popoli conquistati dagli arabi, e che così facilmente divennero musulmani, come avevano scienze ed arti, e le coltivavano in modo specialissimo, avevano anche una legislazione, che gli reggeva da varii secoli, e che era l'oggetto dei loro studj i più favoriti.

Dopo la conquista dei Romani l'Egitto, tutta l'Asia Minore, la Soria, ed il Nord dell'Africa avevano risentita l'influenza del diritto di quel gran popolo. Creato poi l'Impero d'Oriente, tutta la vita giuridica del mondo romano, abbandonato l'Occidente, può dirsi che si concentrasse nell'Oriente.

Avanti Giustiniano, che doveva creare quei monumenti di diritto romano, che formano tuttora l'ammirazione del mondo civile, un buon numero di giureconsulti fioriva a Costantinopoli ed in Soria. Fra i quali convien rammentar *Cirillo*, il più antico dei professori, a cui si deve il ritorno alla scienza del Diritto; *Domnino*, commentatore delle costituzioni facenti parte dei Codici Gregoriano, Ermogeniano, e Teodosiano; *Demostene*, prefetto del Pretorio nel 529 e 530, ed a cui sono indirizzate varie costituzioni di Giustiniano; *Eudoxio* padre di *Leonzio*, uno dei collaboratori del primo codice (528), e professore a Beirut, ove esisteva una celebre università di diritto.

I nomi dei giureconsulti del tempo stesso di Giustiniano, e che furono gli autori delle sue compilazioni, sono troppo noti, perchè dobbiamo fermarsi su di essi. *Teofilo*, *Dorateo*, *Isodoro*, *Anatolio*,

*Teleleo, e Giovanni di Antiochia* non hanno bisogno che di esser citati.

Ma anche dopo Giustiniano non mancano appassionati cultori del diritto in Oriente. Ci limiteremo a citare i dottori che precederono l'imperatore Eraclio, cioè quelli immediatamente anteriori alle conquiste degli arabi.

*Stefano* insegnava il diritto negli ultimi tempi del regno di Giustiniano. Egli era professore all'università di Beirut. Ma dopo il terremoto che nel 555 distrusse questa città, passò a quella di Costantinopoli. Abbiamo di lui, che commentasse tutte le collezioni Giustiniane, meno le Novelle, e che i suoi lavori sulle Pandette servissero di base principale alle *Basiliche*.

Un giureconsulto anonimo, ma spesso citato nelle Basiliche, pubblicò opere importanti, e tiene un posto distinto fra i principali dottori di quest'epoca.

Vi è anche un *Cirillo* che commentò il Digesto, e dei lavori del qual giureconsulto si servirono parimente i compilatori delle Basiliche.

*Atanasio*, detto lo *Scolastico*, nacque ad Emesa città della Fenicia. È stato detto, che egli professasse l'avvocatura in Alessandria d'Egitto. Ma è certo, che la esercitò in Antiochia, ove esisteva un collegio di avvocati, che godeva nel mondo giudiziario di un'antica e ben meritata celebrità. ZACHARIE, *Historia* p. 215. HAIMBACH, *Anecdota II* p. 292.

Anche l'Egitto diede la vita ad un giureconsulto posteriore a Giustiniano, ed assai rinomato, *Teodoro di Ermopoli* città della Tebaide. ZACHARIE, *Anecdota* p. 448. — XLVII § 50. Egli esercitò

l'avvocatura a Costantinopoli, ove pubblicò diversi commentarii sulla legislazione di Giustiniano. Viveva tuttora al tempo dell'imperatore Maurizio, e fu sotto il suo regno, che compose il *Breviarum novellarum*.

Terminerò la lista dei giureconsulti posteriori a Giustiniano, e che vivevano prima delle conquiste arabe, i cui nomi sono giunti sino a noi, citando un *Gobidas*, o *Cubidius*, un *Foca*, un *Anastasio*, ed un *Filoxene*, sulla biografia dei quali mancano notizie precise, ma che sappiamo aver composte opere importanti, aventi per subietto il diritto Giustiniano. MONTREUIL, *Histoire du Droit Bizantin*, Tom I Period I Chap. 5.

Come vedesi da questa breve rassegna dei più celebri giureconsulti del VI secolo, è evidente, che immediatamente prima di Maometto, non solo il diritto Greco-Romano era in vigore nei paesi conquistati, ma di più, che vi era coltivato come scienza; che vi esistevano scuole ed università; e che vi si producevano opere, e libri giuridici di grande importanza.

Dalla qual circostanza dovevano derivare le stesse conseguenze, che erano derivate dalla cultura del nuovo popolo musulmano nelle altre discipline. Che cioè si doveva manifestare in seno di esso una vita giuridica, come vi si era manifestata una vita scientifica in ogni altro ramo di cognizioni. E che questa manifestazione deve aversi non già come una cosa nuova ed improvvisa, ma come la continuazione della cultura che prima esisteva; cioè la continuazione del diritto Greco-Romano, che era in vigore in

tutta l' Asia Minore, la Soria, l' Egitto ed il Nord dell' Affrica.

Difatti, voglio ripeterlo anche una volta, subito dopo le conquiste arabe, ed appena il Califfato si stabilisce a Damasco, la maggior parte delle popolazioni di quei paesi abbraccia la nuova religione e diviene musulmana. Gli Ebrei, i Nestoriani, gli Ariani, gli Eutichiani, e tutte le altre sette, che erano perseguitate dagli Ortodossi Bizantini, con entusiasmo seguirono lo stendardo del Profeta, che di popoli perseguitati ed oppressi li rendeva liberi e sovrani. Anche molti degli stessi Ortodossi, sia costretti dalla forza, sia allettati dalla facile morale della nuova religione, non opposero resistenza.

Or bene, tutti i nuovi e numerosi convertiti all' Islamismo portavano seco un patrimonio ricchissimo di scienza giuridica, quella cioè, del diritto Romano-Bizantino.

Potevano essi dimenticarlo ad un tratto, per dare il luogo ad un diritto diverso, che prima non esisteva ?

Potevano essi contentarsi del magro corredo di principii giuridici, che trovavano nel Corano, e metter da parte tutto quello che prima sapevano, e che soddisfaceva ai loro estesi bisogni sociali ?

Il supporlo sarebbe rinnegare verità psicologiche incontestabili. Corrisponderebbe cioè a sostenere, che di un tratto si potesse fare tavola rasa di tutti i grandi principii giuridici, che da varii secoli professavano i popoli conquistati, per sostituirvi il vuoto il più completo ; e quindi riempirlo con delle nuove massime, di cui sarebbe impossibile trovar le fonti.

Egli è invece molto più razionale il ritenere, che i nuovi musulmani nulla dimenticassero di quello che sapevano, e così continuassero il diritto civile che prima avevano ; ma solo lo rivestissero di forme esterne diverse, onde porlo d'accordo colla nuova credenza che avevano abbracciato.

Ed è precisamente quello che a parer mio avveniva fra quei popoli. I quali nulla o ben poco trovando nel Corano, che potesse servire di regola ai loro rapporti giuridici, conservarono le tradizioni romane, e continuarono il Diritto Bizantino che prima possedevano. Lo foggiarono è vero diversamente, servendosi di una nuova lingua, e creando un nuovo tecnicismo. Ma nel fondo fecero quello che avevano fatto, quando avevano imitato i libri Mosaici, cioè lo conservarono tale quale era presso di loro prima della conquista.

Ed ecco quale fù la via da essi tenuta in questo lavoro di assimilazione.

### § III *Fonti del Diritto Musulmano.*

Secondo gl' interpreti del Corano tutto ciò che si riferisce alla legge, non poteva trovarsi, che in quello che aveva prescritto ed istituito Maometto. Dovevano adunque i giuristi Musulmani, che erano al tempo stesso Teologi, tutto riferire al Profeta, e nulla attingere al di fuori della sua autorità.

Dovevano perciò ricorrere al suo libro dettato dall' Angelo Gabriele, e disceso dal Cielo. Ma in esso nulla trovavano che fosse sufficiente ai bisogni dei popoli Musulmani.

Per rimediare a tal mancanza, il sistema venne facilmente inventato. Si dovevano per necessità ineluttabile conservare i principj del Diritto preesistente, perchè adattati alle abitudini e necessità del popolo Musulmano ; ma al tempo stesso bisognava farli rimontare in un modo qualunque al Profeta Legislatore.

A questo oggetto s'inventarono le tradizioni, o la *Sunna*. Si disse cioè, che Maometto oltre quanto aveva inserito nel Corano, aveva anche lasciato dei *detti*, e dei *fatti*, nei quali potevano e dovevano rintracciarsi delle regole di condotta. Che queste regole costituivano la fonte principale del Diritto dopo il Corano ; e che ad esse dovesse ricorrersi, per decidere i casi che si sarebbero presentati. Per fino al di lui *silenzio* su differenti azioni degli uomini, sulle quali era stato interrogato, si diè l'importanza di una tacita approvazione. D'Hosson, *Tableau de l'Empire Ottoman* Introd. § 1.

Nel qual lavoro giuridico i Musulmani continuavano il sistema dei fondatori dell' Islamismo, cioè seguivano il metodo degli Ebrei. I quali come fonte del Diritto e della morale avevano la legge, *Thora*, cioè i libri Mosaiici, ed in secondo luogo le *Tradizioni*, che chiamarono *Mischna*, quando furono riunite in collezioni. *Code Rabbinique di Eben HAEZER par Sautayra*: Introd. § 1.

Ed è maraviglioso l'osservare, come l'imitazione da parte dei Musulmani del metodo Ebraico è così evidente, che quasi si son serviti della stessa parola per esprimere la Tradizione. Osserva

MORLEY *Op. Cit.* pag. 342. « Il Corano e « la Sunna stanno nello stesso rapporto « l'uno all'altro, come la Mikra (o legge) « è la *Misna* (o raccolta di tradizioni) « degli Ebrei. E può esser rimarcato, « che le parole tanto in Arabo che in « Ebreo derivano dalle stesse radici, ed « hanno lo stesso significato. »

Stabilito un tal sistema, ogni qual volta si manifestò il bisogno di applicare un principio giuridico, si ricorse al Diritto preesistente senza il minimo scrupolo ; ma anzi che confessare, ch'è derivava da quello Romano-Bizantino, s'inventò un *detto*, od un *fatto* di Maometto, che lo contenesse e sanzionasse ; e così si fece scaturire dalla sua bocca.

In tal guisa si trovò il modo di riempire i vuoti del Corano, senza rinnegare la massima, che ogni regola di condotta deve scender dal Cielo. Ed in tal modo si poté conservare la legislazione precedente, senza farla discendere dagli uomini, e molto meno da degli infedeli. Finalmente di tal maniera si poterono raccogliere tutti i materiali necessarj, per creare l'edificio del Diritto Musulmano, facendolo apparire come un opera nuova ed originale, e senza rapporti con quello che lo aveva preceduto.

E di fatti vediamo i Giureconsulti Musulmani, e specialmente quelli del primo e secondo secolo dell'Egira, darsi con una passione ardentissima a raccogliere le Tradizioni di Maometto. Molti di loro, osserva il DÖLLINGER (*Religione di Maometto* § 5 « massime gli « *Hafedun* o sapienti stranieri, intrapre- « sero viaggi Sunnitici nelle provincie « della Soria, Persia, Arabia, soggette

« ai Califfi, onde raccogliere codeste  
 « Tradizioni dalla bocca degli Seek. Con  
 « ogni diligenza al tutto speciale ogni  
 « Tradizione fu disposta nell' ordine  
 « Genealogico sino a colui che ne fu il  
 « primo mallevadore, o che visse più  
 « vicino al Profeta.....

« In ogni caso la Sunna produsse il  
 « vantaggio, di ampliare sopra alcuni  
 « punti i limiti angusti della legisla-  
 « zione, fissata nel Corano; ed accadde  
 « che colla supposta autorità di Maometto furono confermati ed autentificati  
 « rapporti sociali, e diritti formatisi più  
 « tardi e sotto una più culta influenza ».

Si asserisce dai Musulmani, che quelle tradizioni non erano state dapprima scritte, ma come era avvenuto del Corano, eransi conservate a memoria dai seguaci di Maometto. Spiegano il fatto, adducendo la crassa ignoranza di quei tempi primitivi, che non si differenziavano di molto dall'epoca anteriore. Ecco come si esprime *Ibn-Kaldum*

autore al certo non sospetto, su questo fatto. « Gli articoli di legge od in altri  
 « termini i comandamenti e le proibizioni divine, erano allora affidate non  
 « ai libri, ma ai cuori degli uomini, i  
 « quali sapevano che tali massime  
 « prendevano origine dal libro di Dio,  
 « e dalla pratica (*Sunna*) del Profeta  
 « stesso. Il popolo a quel tempo consisteva in Arabi del tutto ignari del  
 « modo di insegnare la scienza, dell'arte di comporre opere, e dei mezzi  
 « coi quali le cognizioni vengono registrate, giacchè per l'avanti non avevano rivolta la loro attenzione a  
 « questi oggetti. Sotto i compagni di

« Maometto, e loro immediati successori, le cose continuarono nello stesso  
 « stato; e durante questo periodo col  
 « nome di *Kurra* (lettori) si designarono  
 « coloro, che non essendo intieramente  
 « privi di dottrina, sapevano a memoria  
 « le cose, e le trasmettevano agli altri.  
 « Tali erano coloro che potevano ripetere il Corano, raccontare i detti del  
 « Profeta, e citare l'esempio della sua  
 « condotta in varie circostanze. *Mortley Administration of Justice in India Chap. V § 2 pag. 258.*

Ammessso intanto, che quelle tradizioni venissero conservate, e trasmesse da uomini affatto ignoranti ed illetterati, come ci viene attestato dagli stessi scrittori Arabi, sarà difficile il prestar loro fede, quando ci dicono, che esse furono il frutto della prima epoca dell'Islamismo; imperocchè quelle tradizioni contengono le verità le più importanti del Diritto, e sono intieramente conformi ai principj sanzionate dalle migliori legislazioni, e perciò non proporzionate alla cultura primitiva degli arabi.

Se si getta in fatti un colpo d'occhio anche il più superficiale su di esse ci accorgiamo, altro non essere che massime fondamentali delle istituzioni giuridiche del popolo Musulmano, quando era giunto al colmo della potenza; talchè è impossibile lo ammettere che rimontino ad un'epoca, in cui quel popolo non poteva sentirne il bisogno.

Si apra un libro qualunque di Giurisprudenza Musulmana e se ne avrà la prova. Ci convinceremo cioè, che quelle tradizioni sono state create, quando il popolo Arabo s'immedesimò coi popoli

conquistati, e sentì il bisogno di istituzioni giuridiche, che non esistevano allorchè abitava nel deserto. Ed inoltre, che i principj che contengono sono del tutto conformi al Diritto Romano Bizantino. Imperocchè non è materia da questo contemplata, che non trovi un titolo corrispondente nella *Sunna*. Lo che spero non vorrà attribuirsi al caso, e neppure alla possibilità, che una razza Semitica, immersa per l'avanti nella più profonda ignoranza, fosse in grado di creare dal nulla una così vasta base alla propria legislazione. Che se poi si esaminano i principj che contengono le Tradizioni, si vedrà che o sono la copia di massime Romane, o per lo meno che da queste non differiscono sostanzialmente.

Voglio darne un saggio, citando alcune tradizioni riportate nel *Hedaja*, uno dei trattati i più celebri del Diritto Musulmano.

Si voleva permettere l'appropriazione delle *res nullius* e dei terreni abbondanti, insomma volevasi confermare l'idea romana, che esse sono del primo occupate, e si attribuiva al Profeta il seguente detto — « *Chiunque coltiva terreni abbandonati e deserti, ne acquista la proprietà* » *Hedaja Lib. 45 pag. 123* (traduzione di *Hamilton*.)

Si voleva sanzionare l'imprestito, e si citava il detto — *La cosa imprestata deve esser restituita e tornar al proprietario* — Ed anche il fatto, che il Profeta prendesse ad imprestito da *Lifuan* un'assortimento di armi. — *Hedaja Lib. 29 pag. 279*.

Per la donazione si riportavano le

seguenti parole del Profeta — « *Mandatemi regali gli uni agli altri, onde cresca l'amicizia. Hedaja Lib. 36 pag. 291.* »

Per la locazione — « *Se una persona dà in locazione una cosa ad un altro, informatelo del prezzo che deve ricavarne. Hedaja Lib. 3 pag. 313.* »

Per il deposito. — « *Un onesto depositario non è responsabile della cosa depositata. Hedaja Lib. 28 pag. 260.* »

Per la Transazione — « *Ogni transazione è legale fra i musulmani, eccettuata quella destinata a render legale ciò che è illegale, o viceversa. Hedaja Lib. 26 pag. 175.* »

Per il mandato si cita il fatto, che il Profeta nominasse suo procuratore *Hachim ibn-Kiran* in una compra che voleva fare. *Hedaja Lib. 23 pag. 2.*

Per il Testamento e la quota disponibile ecco il detto, che gli si attribuisce — « *Si, voi potete lasciare col testamento un terzo della vostra proprietà; ma un terzo di cui si disponga per testamento è una grande porzione, ed è meglio che lasciate ricchi piuttosto che poveri i vostri parenti. Hedaja Lib. 52 pag. 469.* »

Il pegno, si basa sul fatto di Mahometto, che in un contratto di grano stipulato con un Ebreo gli diè in pegno la sua cotta di maglia. *Hedaja Lib. 48 pag. 189.*

Per le usurpazioni fatte a carico di alcuno il Profeta avrebbe detto: « *La persona che prende una cosa di un altro deve restituirla. Hedaja Lib. 37 pag. 524.* »

Per fino relativamente ad una delle

istituzioni le più positive e sottili del Diritto Musulmano, cioè la *Sciufa* ossia *preemzione* o retratto, (che nel Diritto Greco-Romano porta il nome di *Protimesis*, ed è stata letteralmente copiata dai Musulmani, *Zachariae Histoire du Droit Grec-Romain* § 58,) si è ricorso a Maometto, e se ne è proclamato l'autore, attribuendogli il seguente detto. *Il diritto di Sciufa o preemzione appartiene al proprietario, che non ha fatta la divisione e presa la sua porzione — E anche — Un vicino ha il diritto di Sciufa più forte dell'estraneo sui terreni limitrofi ai suoi. Hedaja Lib. 38 pag. 563.*

Per la mallevectoria si allega il detto del Profeta. *Il garante è risponsabile — Lib. 18 pag. 568.*

Mi sembra che da questo piccolo saggio di tradizioni maomettane possa riconoscersi con certezza, che tutti i principj che desse contengono, sono pienamente concordi con quelli del Diritto Romano Bizantino; e che, meno qualche leggera modificazione, possono dirsene una copia ed una imitazione.

Il concetto adunque che possiamo formarci delle collezioni della Tradizione o *Sunna* è il seguente: che essa altro non fosse, che una raccolta di principj giuridici, attinti fra i popoli conquistati, cioè fra gli orientali sudditi degli Imperatori Bizantini. Era una specie di *massimario*, quasi un libro di *regulae juris*, inventato fino dai tempi dei primi Califfi, ed ampliato sotto quelli di Damasco e Bagdad, pei bisogni dell'amministrazione della Giustizia. Essendo il Corano insufficiente a quello scopo, abbracciarono le regole,

che erano in vigore nei paesi ove si era introdotto l'Islamismo, e perciò quelle del Diritto Romano-Bizantino.

Questo *massimario* poi servi di base ai trattati generali di Diritto Musulmano, che in seguito vennero pubblicati dai giuristi arabi. E così poté dirsi con tutta ragione, che la *Sunna* o raccolta di Tradizioni è dopo la pubblicazione del Corano la più importante sorgente del Diritto Maomettano. Vediamo infatti, che non vi è materia ed argomentazione di Giureconsulti Arabi, che non prenda per punto di partenza e per base un detto od un fatto attribuito al Profeta. E d'altra parte quel detto o fatto, non è che la enunciazione di un principio giuridico applicabile ai casi pratici.

Fissata in tal guisa l'origine e la natura delle Tradizioni o *Sunna*, è indispensabile indicare le collezioni principali che se ne conoscono.

È difficile lo stabilire con precisione la epoca, in cui esse vennero incominciate. Sembra però fuori di dubbio, che le più antiche possano attribuirsi a *Abu-Bekr Ben-Shihab, Zahri, Abdel-Malek Ben-Giuraje, Malek ben-Anas*, ed a *Ar-Rabi ben-Sabaib*. Egli è parimente difficile lo accertare, a chi di questi collettori debba attribuirsi la priorità; Comunque sia, sono generalmente ritenute come opere principali in materia di Tradizioni i libri conosciuti, sotto il nome dei *Sei Sahih*, ossia i *Sei libri della Sunna*.

Il primo di questi libri o collezioni, ed il più celebre, è il *Sahih-el-Bokari*, dal soprannome dell'autore *Abu-Abdalla Mohamed-Ben-Ismail* detto il *Bokari*,

Perchè nato a Bokara nel 194 dell'Egira e morto nel 256. La sua compilazione contiene più di 7000 tradizioni, che egli stesso afferma avere scelte fra 600,000, dopo un lavoro di 60 anni. *Hadgi Khalifa Tom II pag. 512.*

Una seconda collezione, uguale in autorità alla precedente, è il *Giami-as-Sahih*, conosciuta più specialmente sotto il nome di *Sahih-Muslim*, perchè nè fu autore *Abu-el-Hassin Muslim*, detto anche *An-Nisciapuri*, morto di anni 55 l'anno 251 dell'egira. Narrasi, che *Muslim* compose la sua opera, scegliendo le tradizioni fra 300,000 da lui esaminate. *Abu-Kalligari vol. III pag. 56.*

La terza collezione è quella denominata *Sunna at Tirmizi*, perchè composta da *Abu-Isa Mohamed ben-Isa at Tirmizi*, scolare del *Bokari*, morto nel 279 dell'Egira.

La quarta è il *Kitab as Sunna di as Sagistani*, contenente 4800 tradizioni, scelte fra 400,000. L'autore nacque nel 202, e morì a Basra nel 275 dell'Egira.

La quinta è la *Sunna-el-Kibir* di *Abu Aberrahman an Masai*, nato a *Uasn* nel Korassan nel 215, e morto alla Mekka nel 303 dell'Egira. Di questa collezione egli fece un'epitome intitolata *el-Muistaba*, che è preferita all'opera più grande, per la maggiore autenticità delle Tradizioni raccolte.

Il *Kitab-as-Sunna di Abu-Abdalla Mohamed Ben Casid Ben Maja el-Kazuini*, è la sesta collezione della Tradizioni le più riputate. L'autore nacque nel 209, e morì nel 273 dell'Egira.

Oltre queste sei principali Collezioni,

molte altre ne sono state pubblicate, ed in una tal quantità, che *Hadgi-Kalifa* ritiene essere impossibile enumerarle. Possono vedersene indicate alcune nella citata opera di *Morley pag. 276.* Il quale ci dice, che il D. Sprenger (nella sua classica opera *Mohamed Vol. 1. pag. 68*) sulla quantità di tali opere si esprimeva così — « Era cotanto  
« estesa la letteratura araba, special-  
« mente per quello che riguarda le  
« tradizioni nel principio del terzo secolo,  
« che *Wakidi*, il quale morì nell'anno  
« 207 dell'Egira, lasciò una tal collezione  
« di libri, che per trasportarli occorsero  
« 1200 uomini. »

Bisogna davvero ritenere, che se quelle tradizioni, consistenti in *fatti e detti* del Profeta, potessero riferirsi ad esso, il tempo della sua vita, che fu piuttosto breve, non le avrebbe tutte contenute— Oltre di ciò va osservato, che se Maometto ne fosse stato il vero autore, invece di limitarsi ad affidarle alla parola fuggevole ed alla memoria dei suoi seguaci, egli ed i suoi immediati successori le avrebbero incluse nel libro, che destinavano ad essere il Codice Universale dei Musulmani.

Finalmente la critica la più superficiale convince ognuno, che deve essergli mancata qualsiasi occasione, di occuparsi di massime giuridiche cotanto minuziose e pratiche, giacchè la società alla testa della quale trovavasi non poteva in verun modo sentirne il bisogno.

Posso adunque ripetere quello che poc'anzi diceva; che cioè quelle tradizioni guardate al lume della critica altro non sono, che dei principi giuridici

prevalenti posteriormente all'epoca di Maometto, e quando l'Impero Arabo si stabiliva sulle rovine di quello Romano-Bizantino. E perciò, che in tali massime giuridiche, altro non può ravvisarsi, che la ripetizione del Diritto in vigore nei paesi conquistati, cioè del *Greco-Romano*.

Lo studio comparativo, che se ne facesse, convincerebbe di tal verità anche i più increduli. Non è questo il luogo per un tal lavoro, che si riferisce alla storia interna del Diritto Musulmano. Ma il solo accennare l'immenso numero di quelle tradizioni, ed il vedere che nessuna materia giuridica vi è omessa, è ragione sufficiente per poter sostenere, che dovevano esser attinte ad un sistema vasto e completo di legislazione, qual'era quello Greco-Romano, e non già ad una fonte cotanto esile, quale è quella indicata dai Musulmani.

È indubitato intanto, che la Tradizione o *Sunna* è la fonte principale del Diritto Musulmano, quale oggi esiste. Come tale vedesi proclamata in tutti i libri di Giurisprudenza Musulmana, nei quali non vi è porzione che non venga basata sopra di essa. Ed è la Tradizione in fine, che ha dato al Diritto Musulmano tutta la estensione e sviluppo, che lo mette sulla stessa linea del Diritto Romano, non tanto per la quantità dell'opere prodotte, quanto per il numero dei Giureconsulti che lo hanno coltivato.

#### § IV Delle sette o scuole formate fra i Giureconsulti Musulmani.

Colle tradizioni, o *Sunna*, si erano

raccolti i materiali necessari per procedere ad una trattazione sistematica del Diritto Musulmano. I Giuristi potevano utilizzarli, e comporre dei trattati, che nella nuova lingua del Corano servissero agli usi pratici dei tanti popoli divenuti Maomettani.

Fù in questo lavoro scientifico, che varie scuole di Giureconsulti apparvero nel mondo Musulmano, durante la terza epoca storica dell'Islamismo. Ordinariamente viene dato ad esse il nome di *Sette*, o *riti*; in realtà per altro non furono che vere scuole; le quali si differenziarono tra loro piuttosto nella forma e nei dettagli, che nella sostanza; talchè tutte vengono ritenute come ortodosse, e possono liberamente seguirsi da ogni buon Musulmano. Con tutta ragione possono rassomigliarsi alle diverse scuole di giuristi, che si formarono dopo *Labeone e Capitone* presso i Romani, e che veggonsi rammentate continuamente nella storia giuridica di quel popolo.

Le scuole dei Giureconsulti Musulmani furono numerosissime. Quelle però, che meritano una speciale notizia, riduconsi a quattro, che prendono il nome dai loro rispettivi autori. MARRACI PRODRUMUS *Par. III pag. 72* POCOCKE *SPECIMEN Historiae Arabum* p. 17 e. segg. SALE. *Koran Preliminary discourse Sect 8.*

Tali scuole sono quelle dei Giureconsulti ABU-HANIFA, *Malik ben Anas, Mohamed as Sciafeï, Mohamed ben Hanbal*; e si chiamano Scuole *Hanafita, Molekita, Sciafeita*, e *Hanbalita*. Tutte portano l'epiteto di *Sunnite*, cioè seguaci delle Tradizioni o *Sunna* dei primi quattro Califfi, per distinguerle dalle *Sciite*,

che non riconoscono i tre primi Califfi, e non rispettano che le tradizioni di Ali quarto Califfo

*Abu Hanifa*, il primo capo scuola Sunnita, nacque a Kufa nell'anno 80 dell'Egira, e morì a Bagdad nel 150, sotto il Califfo di Bagdad *Al-Mansur*. Egli appoggiavasi specialmente sull'analogia e sul ragionamento, anzi ch'è sulla lettera delle Tradizioni, per trovare i principj Giuridici da applicarsi ai casi particolari. Questo metodo è chiamato *Kias* dai giuristi arabi, e così ne parla Ibn-Kaldun—

« La scienza della giurisprudenza formò  
 « due sistemi, quello dei seguaci del giu-  
 « dizio privato e dell' analogia (*al-Kias*),  
 « che sono gli abitanti dell'*Irak*; e  
 « quello dei seguaci stretti delle tra-  
 « dizioni, che sono gli abitanti dell'*Hed-*  
 « *giaz*. Siccome il popolo dell' *Irak* posse-  
 « deva poche Tradizioni, esso aveva  
 « ricorso alla deduzione per mezzo del-  
 « l' analogia, e ne traeva grandissimo  
 « vantaggio; Per tal motivo coloro, che  
 « tenevano un tal metodo furono chia-  
 « ti, i *seguaci del giudizio privato*.  
 « L'Imam *Abu Hanifa*, che fu il loro  
 « capo, e conosceva perfettamente quel  
 « metodo, lo insegnò ai suoi discipoli. I  
 « popoli dell'*Hedgiaz* ebbero per Imam  
 « *Malek ben Anas*, e quindi *As Sciafei*.  
 « Qualchè tempo dopo una porzione  
 « dei dotti disapprovò il metodo delle  
 « deduzioni per analogia, e respinse  
 « questa maniera di procedere. Tali  
 « furono gli *Zahiriti*, che stabilirono  
 « come principio, che tutti i punti di  
 « legge debbono essere presi dal Co-  
 « rano e dalle Tradizioni, e dall'accordo  
 « universale degli antichi Imam. De

« *SLANE Introd. a Ebn-Kalligan Vol. I.*  
 « p. XXVI.

La scuola di *Abu-Hanifa* è ben definita in questo passaggio di Ibn-Kaldun. Fondandosi specialmente sulla ragione e sull'analogia vien considerata, come la più filosofica delle scuole di Diritto fra i Musulmani:

L'opera principale di *Abu-Hanifa* è intitolata *Fikh el Akbar*, ed è stata commentata da molti scrittori, citati in grandissimo numero da *HADGI KALFA*— Tom IV pag. 457.

Quel capo scuola ebbe due reputati scolari, la cui autorità è del più gran peso nelle questioni giuridiche; vale a dire *Abu-Iusef*, e *Mohamed al Sciaibani*.

Il primo, di cui i veri nomi sono, *Abu-Jusef Jahub Ben Ibrahim al Kufi*, nacque nell'anno 113. dell' Egira, e morì a Bagdad nell' anno 182. Dapprima venne nominato Cadi di Bagdad dal Califo *Abbassida el Hadi*; quindi elevato al grado di *Cadi-el-Kusat*, ossia capo della magistratura Civile, dal Califo *Harun el Rascid*. La sola opera conosciuta di *Abu-Jusef* tratta dei doveri del magistrato, ed è intitolata *Adab-el-Kazi*. Ma si dice, che consegnasse al suo scolaro *Mohamed* molti appunti, di cui questi si valse nella composizione delle sue numerose opere.

Il secondo, cioè *Abu Abdalla—Mohamed Ben Hossein as Sciaibani*, nacque a *Wasitah* nell'*Irak* l'anno 132. dell' Egira e morì a Reii Capitale del *Corossan* nell'anno 187. Fu scolare prima di *Abu-Hanifa*, e quindi di *Abu-Jusef*, e compose varie opere, sei delle quali repu-

tatissime, conosciute sotto il nome di *Zahir ar Rawagat*, vale a dire *ricordi rimarchevoli*.

L'autorità di questi discepoli di Abu-Hanifa è così grande, che quando essi dissentono ambedue dal loro maestro, il giudice Musulmano è libero di adottare quella delle due opinioni, che più gli sembra ragionevole, e meglio basata. Quando dissentono fra loro e da Abu-Hanifa, l'autorità di *Abu-Iusef* prevale a quella di *Mohamed*. Ma se uno di loro è d'accordo con *Abu-Hanifa*, in tal caso la sua opinione è quella che deve esser seguita. *JONES WORKS Vol. III pag. 510.*

I migliori giuristi del rito *Hanafita*, dopo questi due discepoli del capo scuola, sono l'*Iman Zufar Ben al Hasil*, che fu Giudice capo a Basrà nel 158; e *Hassan Ben Ziyad*, ambedue contemporanei, amici, e scolari di Abu-Hanifa.

Le seguenti opere poi sono le più conosciute del rito *Hanafita* cioè: *L' Adab-et-Cadi* di Abu Bekr al Khassaf, morto nel 321.

Il *MUKHTASAR* di Coduri morto nel 428. Questo è un trattato generale di giurisprudenza, che contiene più di 12,000 casi; ed è stato commentato da numerosi scrittori.

Il *MABSUT* di *Shams al Aïmmah abu Bekr as Saraksi*.

Il *MUHIT al Burahnani di Burhan Eddin Mohamed ben Ahmed*.

Il *TUHFAI al Fukaha*, di *Ala Ad-din*, ed il Commentario di quest'opera del suo scolaro *Abu-Bekr Ben Massud* morto nel 587 dell'Egira.

L'*HEDAYA* di *Burhan ad-Din Aly*

*Ben Abu Bakr el Marghinani* morto nel 593 del' Egira.

L'autore impiegò 30 anni per comporre quest'opera, che è della più grande autorità fra gli Hanafiti. *Hadji Kalfa* parlando di essa ci dice, che il sistema seguito dal suo autore si è, di stabilire prima di tutto le opinioni dei due discepoli di Abu Hanifa, cioè *Abu Iusef e Mohamed*; quindi di esporre la dottrina dell'Imam stesso Abu-Hanifa, ed allora di estendersi ad indicare le prove addotte da quest'ultimo, onde confutare la opinione contraria dei suoi discepoli; Alorchè si allontana da questo sistema, ciò vuol dire, che egli inclina per la opinione di Abu-Iusef e di Mohamed. In elogio poi dell'*Hedaya* è stato dichiarato, che è al disopra di ogni altra opera legale, che tutti debbono conoscere le regole che contiene, e seguirla come una guida della vita. *HADGI KALFA Tom. IV p. 479.*

Quest'opera di così gran valore è stata tradotta in Inglese da *Hamilton*, e serve per le Corti Britanniche nelle Indie. La traduzione per altro è difettosa, ed anche mancante del trattato sulle successioni. *Morley op cit. pag. 289.*

L'*Hedaya* ha avuto un numero grandissimo di Commentatori. Il più antico è di *Ahmed ad-din Aly-el-Bockari* morto nel 667: il quale fece un estratto dell'opera sotto il titolo di *Fawaid*. Sono poi state pubblicate diverse glosse dell'*Hedaya* in diverse epoche sotto i titoli di *Ninayah, Inayah, Khifaja, e Fath el Kalir*. Lavori tutti importantissimi per la pratica, e di cui si fa un continuo uso nei Tribunali Musulmani.

Sono-queste le principali opere della scuola *Hanafita*, composte e pubblicate in questa terza epoca della storia Maomettana. Molte altre vennero pubblicate in seguito, e dovremo parlarne allorchè saremo nella quarta epoca.

Le dottrine Hanafite prevalsero dapprima nell' Irak, e quindi si propagarono nell' Assiria, ed anche nell' Africa. Oggidi sono seguite in tutto l' Impero Ottomano, nella Tartaria, e nelle Indie Inglesi.

La seconda scuola di giureconsulti Musulmani è la **MALEKITA**.

Il suo fondatore *Malek ben Anas* nacque nel 95. dell' Egira, e morì nel 179. Insegnò a Medina sua patria, ed attesa la rettitudine di giudizio che lo distingueva, le sue opinioni godevano di una grande autorità.

Compose il *Muettha*, collezione di tradizioni, ma che poi convertì in un trattato di giurisprudenza, aggiungendovi delle spiegazioni destinate a fissare i punti principali del suo insegnamento.

Un'altra opera importante della scuola *Malekita* è il *Modawene*, che alcuni hanno attribuito a *Malek* stesso. Quel titolo significa *raccolta di proposizioni*. Il vero autore sembra essere stato il Giurista *Aceb*, cadi di Cairovan. Venne poi ritoccata da *Schnun*.

Il *Mewazyé* è l' opera del Giurista *Mohamed ibn El-Mewaz*, morto in Egitto nell'anno 281 dell' Egira.

Dello stesso rito è l' *Ootebye* di *Mohamed ben Abd-el-Aaziz-el-Ooteby*, famoso giureconsulto di Cordova, discepolo di *Schnun*, e morto nel 254 ; È un libro ritenuto come classico, sebbene contenga

delle tradizioni, a cui non si accorda l'autenticità.

L' *Uadhihha*, cioè *proposizioni evidenti*, è una delle numerose opere composte da *Ibn Habib*, giureconsulto di Cordova, riputatissimo nella sua scuola, e morto nel 238 dell' Egira di anni 53.

Il **MEBSUT**, lo *esteso*, oppure il *vasto*, nonostante l'opinione di *Hadji Kalfa*, che lo attribuisce ad un altro, deve ritenersi opera di *Abu Isac Ismail ben Isac ibn Ismail*, Cadi a Bagdad, ove morì nel 282. *Mohammed ben Abdus* è l'autore del *Meesail medjimuaa*, cioè *proposizioni riunite*. Era un dotto giurista di *Cairovan*, ove nacque nel 202 e morì nel 280.

Varii ristretti od epitome di giurisprudenza *malekita* vennero composti da *Ibn el Hadgeb*, nato nell' alto Egitto nel 570, e morto nel 646.

*Ibn Aly Zeid el Cherauani* fù un dotto Giurista di Cairovan, ove insegnò e morì nel 389 o 390. Secondo *Casiri* compose più di cento opere, e meritò pel suo sapere il nome di Piccolo *Malek*. L' opera la più rinomata di questo dottore è il suo *Resalé*, ove ha abbracciato, e messo alla portata di tutti, le disposizioni principali di ogni punto di morale e di giurisprudenza. Il numero dei commentarii, che si sono pubblicati su questo manuale di diritto è grandissimo. **VINCENT. Etudes sur la loi musulmane rite de Malek Préliminaire.**

Il rito *Malekita*, che prevalse nei suoi cominciamenti nell' Arabia, si estese in seguito nella Spagna, in Algeria, Tunisi, Marocco, ed in quasi tutta l' Africa. In questi ultimi paesi è tuttora vigore, e

viene applicato nei Tribunali, come rito ufficiale.

Il terzo caposcuola AS-SCIAPFI, che ha dato il suo nome al *rito Sciafeita*, nacque ad Ascolona in Palestina nell'anno 150 dell'Egira. Fin dall'infanzia mostrò un talento straordinario, e si dice che a 10 anni sapesse a memoria il *Muettha* di Malek; ed a 15 ottenesse il dottorato nell'accademia della Mecca. Dopo terminati i suoi studj nel 195, andò a Bagdad, ove scrisse la sua prima opera intitolata *Asul o le fundamenta*. Frequentò Malek in Egitto, e morì al Cairo nel 204, ove tuttora si venera il suo sepolero.

Innumerevoli si dicono le opere da lui composte, e gli si attribuisce anche un eccellente trattato di giurisprudenza, intitolato *El Figh el Achbar*, sebbene la cosa sia contestata.

Fra i suoi scolari il più rinomato fu *Ebn Ibrahim Ismail ben Iahia el Muzani*. Fra le altre opere egli compose il *Mukhtazar*, il *Mansur*, il *Rasail el Mutabaira*, ed il *Kitab el Uasaik*. Morì nel 264 dell'Egira. MORLEY *op. cit. pag. 298*.

La scuola *Sciafeita* fiorì dapprima nell'Arabia, in Egitto, e nel Corassan. Ma dopo le conquiste dei Turchi, essa ha dovuto cedere il campo al rito Hanafita, che era quello dei vincitori. Ed oggi prevale soltanto, almeno come rito ufficiale, nelle Indie Olandesi, sebbene come rito religioso abbia dappertutto non pochi seguaci, e specialmente in Egitto.

Finalmente IBN-HANBAL è il fondatore di un'ultima scuola giuridica fra i musulmani, detta HANBALITA. Fu scolaro di Sciafeit, e morì nell'anno 241. Giu-

rista celeberrimo ebbe molti seguaci nell'Irak. Siccome però oggi il suo rito non è quasi seguito da veruna porzione importante di musulmani, così gli scrittori moderni appena se ne occupano, ed è difficile il trovare accennate le opere, che sono state in esso pubblicate.

Oltre le quattro sette o scuole fin qui descritte, e che ritengosi come ortodosse o *Sunnite*, abbiamo già accennato, che vi è la setta dei *Sciiti*. Sono questi i seguaci di *Ali Ben Ebn Taleb*, cugino di *Maometto*, ed uno dei migliori fra i condottieri *Arabi* della prima epoca dell'Islamismo. Gli *Sciiti* sostengono, che *Ali* fu il solo successore legittimo del Profeta, e che ogni suo potere spirituale e temporale gli spettava di diritto, e non poteva passare nei tre primi Califfi. Non negano però le Tradizioni, anzi riconoscono la forza della legge orale, che si può far rimontare al Profeta, ed hanno non poche collezioni dei suoi *detti e fatti*. La credenza *Sciita* si limita a negare ogni autenticità e forza alle tradizioni dei tre primi Califfi, che essi ritengono come degli usurpatori. MORLEY *op. cit. pag. 279*.

Anche gli *Sciiti* possono contare un buon numero di giureconsulti e di opere di giurisprudenza. Non reggono però al confronto della setta rivale, cioè dei *Sunniti*; perchè si occuparono più specialmente della parte teologica, e trascurarono quella che attiene al Diritto Civile. Credo inutile il citare i nomi dei giuristi di questa setta, la quale non ha seguaci molto numerosi; mentre di tutti i paesi Musulmani è solo nella Persia, ove ha prevalso, e può

dirsi religione dello stato. Posso riferirmi in tal proposito alla recente opera del QUERRY. — *Droit musulman Recueil de lois concernant les musulmans Scyites* — Paris, Imprimerie nationale 1872.

#### § V. Trattati speciali e Collezioni di Fetwa.

Nell' esporre i diversi sistemi o scuole che si formarono in questa terza epoca fra i giureconsulti musulmani, abbiamo indicate molte opere da essi composte. Le quali sono dei trattati generali, che abbracciano tutta la giurisprudenza nel senso il più ampio della parola. Imperocchè i Musulmani ritengono, che la giurisprudenza abbracci ogni parte della morale, e che comprenda non tanto la teologia, quanto anche la legge civile. Può dirsi che l'idea che se ne sono formata corrisponda alla definizione di Ulpiano. *L. 10. § 2. D. D. De Justitia et jure. Jurisprudencia est divinarum et humanarum rerum notitia; justitiae atque injustitiae scientia.*

Vediamo infatti i giuristi musulmani in quelle opere trattare simultaneamente e della religione e della legge civile, commerciale, ed anche penale. La preghiera, il digiuno, il pellegrinaggio alla Mecca vi stanno accanto ad ogni specie di contratti, alle successioni e testamenti, ed ai delitti e pene.

Anche in ciò l'imitazione del sistema del popolo Ebreo, che nei libri religiosi aveva il suo diritto civile, e del sistema greco-romano, è indiscutibile.

Dappoichè nelle collezioni Giustiniane

e Bizantine successive, vediamo figurare non pochi titoli, che si riferiscono ai dogmi fondamentali del Cristianesimo, ed all'organismo della Chiesa. Vedasi il libro *I del Codice, tit. I e seg.*

Ma oltre questi trattati generali i giuristi musulmani composero anche altre opere giuridiche.

Ed anzi tutto dei trattati speciali sulle successioni, sotto il titolo di *Ibn-el-Farais*, o scienza della divisione dell'eredità.

L'autore o giurista il più autorevole in questa materia è *Abu-Sad-Zaid-Ben-Sahit*, morto a Medina nel 54 dell'Egira (673).

La prima opera scritta secondo i principii di quel giurista, è il *Beghiat-el-Behis*, d' *Ibn el-Mutakannah*.

Ma il trattato il più importante sulla legge delle successioni è il *Siragiah*. Il suo autore è *Sirai-ed-Din, Mohamed Ben Abd-er-Rascid Sayorendi*, di epoca incerta. Molti commentarii sono stati fatti su detta opera, e *Hadgi-Kalfa* ne conta non meno di 40. MORLEY, *op. cit. pag. 304.*

Fra le produzioni poi le più utili alla pratica dei giuristi musulmani debbono senza dubbio citarsi le loro collezioni di opinioni o sentenze, chiamate *Fetwa*.

Consistono esse in quesiti a cui segue la risposta; gli uni e l'altra in termini brevi e concisi. Si assomigliano bene spesso ai frammenti del Digesto, nei quali il giureconsulto romano propone un caso pratico, e ne dà la soluzione.

Possono adunque equipararsi ai *Responsa Prudentum* dei Romani, cioè ai consigli o pareri dei giureconsulti, *Qui*

*fiduciam studiosorum suorum habebant, consulentibus respondebant. L. 2 § 47 D. De orig. Juris.*

Come osserva d' Hosson, (*op. cit. Introd. § VIII*) i *Fetwa* sono dei responsi di Mufti, o giuristi musulmani, che li hanno redatti in forma di sentenze, per facilitare lo studio e l'applicazione della legge nei Tribunali. E continua: « Les « objets, quoique plus ou moins détaillés « dans les uns que dans les autres, y « sont traités par demandes et par réponses. Comme on ne s'est proposé « dans le recueil de ces décisions, que « d'instruire le peuple, et de diriger les « juges dans l'administration de la justice, il n'est point de tribunal dans « l'Empire, qui n'ait avec le Code *Multeka* deux ou trois de ces collections. »

Le collezioni dei *Fetwa* insomma fanno presso dei Musulmani l'ufficio, che presso di noi le massime giurisprudenziali, derivanti dalle conformi decisioni dei tribunali, e debbono ritenersi, come una delle fonti le più ricche del Diritto Musulmano.

Per formarsi un' idea di questi *Fetwa*, ne citerò alcuni tradotti dal d' Hosson nella sua opera sull' Impero Ottomano. *Op. cit. Vol. 4 pag. 518.*

D. — « Qual è il modo di percezione « di una tassa qualunque, che sia imposta sugli abitanti di una città o villaggio ?

R. — « Sempre in ragione degli immobili, e delle proprietà di ogni abitante.

D. — « Le donne ed i ragazzi, che « posseggono delle proprietà, debbono

« esser compresi in questa ripartizione ?

R. — « Sì.

D. — « *Zeid*, patrono di *Amr*, può « egli esercitare un diritto assoluto di « proprietà sui beni acquistati dal suo « schiavo ?

R. — « Sì.

D. — « Se *Zeid*, musulmano, sposa « *Hinnde* vedova, che si trova incinta, il « suo matrimonio dovrà ritenersi valido ?

R. — « Sì. Ma non gli è permesso « di coabitare con essa avanti l'epoca « del suo parto.

D. — « Quando una controversia forense è stata legalmente esaminata, « discussa, e giudicata, può ella esser di nuovo portata in giudizio ?

R. — « Nò.

D. — « *Zeid*, straniero in un paese « musulmano, sposa *Hinnde*, cristiana « tributaria, e continua a conservare la « sua qualità di straniero, alla morte di « sua moglie può egli aver diritto alla « sua successione ?

R. — « Nò.

D. — « Se *Zeid*, straniero, in paese « musulmano, avendo un processo con « *Amr* tributario, offre in suo favore la « testimonianza di *Bekir* e *Bescir*, ambedue stranieri, la loro deposizione « testimoniale può ella esser ammessa « dal giudice ?

R. — « Nò. »

Le collezioni di *Fetwa* sono molte, ed ammontano a varie centinaia. Non si sa peraltro quando incominciassero. Ma è indubitato, che sul finire di questa terza epoca molte se ne veggono apparire fra i giuristi musulmani.

Il **BOKARI**, che morì nel 542 dell' Egira, (1147 di G. C. ) fece una scelta collezione di opinioni di grande autorità, sotto il titolo di *Khasalat el Fetwa*.

Il *Zakhirat el Fetwa* di **BURHAN AD DIN** è parimente molto rinomato.

Il *Fetwa Kazi-Khan* è una collezione di **MANSUR EL FARGHANI**, morto nel 592 dell' Egira (1195).

**ZAHER AD DIN ABU BEKR MOHAMMED IBN AHMED EL BOKARI** morto nel 619 (1222) scrisse il *Fetwa as Zahirgeh*, che ha servito di base ad altre collezioni.

Una collezione che si aggira specialmente su materie commerciali, è il *Fusul al Isturosci* di **MOHAMED BEN MOHAMED**, morto nel 625 (1227).

Un' altra collezione di decisioni relative a cose mercantili è il *Fusul-el-Imadiah*, che contiene quaranta sezioni. Ne fu autore **ABU EL FATAH BEN ABU BEKR EL MARGHIGNANI AS-SAMARKANDI** nel 651 (1253).

Il *Fetwa el Nawawi* ha preso il nome dal collettore **ABU NAWAWI**, *giurista* morto nel 677 (1278), che parimente compose un altro lavoro della stessa natura, sotto il titolo di *Uyuum el Masail el Muhimmat*. **MORLEY op. cit. pag. 310.**

Non rammenterò altre raccolte di Fetwa, poichè entrerei nell' epoca posteriore a quella di cui mi occupo.

E perciò terminerò lo studio di questa terza epoca osservando, che al chiudersi della medesima l' edificio del Diritto Musulmano era completo.

Può dessa chiamarsi il secolo d' oro della giurisprudenza maomettana, sia pel numero dei giuristi, che pel valore delle opere da essi prodotte; ed il periodo

che succede alla medesima ne segna la decadenza fino alla completa rovina, che ora abbiamo sotto gli occhi.

L' opera di creazione di questo diritto s' incominciò, col raccogliere le *Tradizioni*, od a meglio dire coll' appropriarsi il Diritto Romano-Bizantino, prendendone i principj fondamentali, e traducendoli nella nuova lingua del Corano.

Erano questi dei materiali sconnessi e sminuzzati in migliaia di frantumi. Coi trattati generali si diè loro una forma scientifica, non al certo brillante per una logica disposizione delle materie, ma pure capace di darci un insieme assai completo della giurisprudenza musulmana.

Lo studio di quei trattati fa apparire sempre più l' influenza del Diritto Romano su quello Musulmano, e ci convince che questo non è altra cosa che una copia scorretta del primo.

Coi trattati speciali infine, e colle raccolte delle opinioni dei giureconsulti o *Fetwa*, si sopperiva a tutti i bisogni della pratica, e si stabilivano guide certe e sicure per l' amministrazione della giustizia nei tribunali maomettani.

Eravamo adunque ben lontani dai maggiori principj del Diritto Maomettano dell' epoca precedente. Sebbene sempre si desse come base di quel diritto il libro sacro, il codice universale dei fedeli, cioè il Corano, in realtà si era lasciato completamente da parte, ed era stata ad esso sostituita una legislazione ed una giurisprudenza, cioè la Romana-Bizantina, che aveva tutte le qualità necessarie per soddisfare alle condizioni sociali, a cui erano giunti i popoli convertiti all' Islamismo, e

che avevano formato uno dei più vasti imperi che la storia rammenti.

Una osservazione, che credo della massima entità, chiuderà questa parte della Storia del Diritto Musumano. Ed è, che mentre prendevansi dal Diritto Romano le massime e principj fondamentali, ciò però facevasi in modo, da rendere impossibile ogni suo ulteriore sviluppo e progresso, e si immobilizzava in guisa il Diritto Musulmano, da renderlo stazionario ed infecondo per sempre.

Si stabiliva infatti come base e fonte del Diritto Maomettano tutto quello, che derivava dal profeta. Fuori del quale non potevasi ammettere veruna regola di condotta nè religiosa, nè morale, nè civile. Al quale oggetto come fonti uniche del Diritto Maomettano si dicevano :

1° Il Corano.

2° Le Tradizioni, o *Sunna*.

Le *Tradizioni* si raccoglievano, anzi si inventavano con libertà assoluta, nei primi secoli dell' Islamismo, attingendole da tutt' altre fonti che dalle rivelazioni Divine.

Una volta però raccolte, e dopo aver completate le collezioni, ritenendo che altre non vene fossero, si chiudeva per sempre la porta all' introduzione di ogni altro principio, o massima giuridica nella legislazione, che doveva regolare i Musulmani. In tal guisa si rendeva impossibile ogni sua evoluzione storica ulteriore, e si racchiudeva entro limiti certi ed insormontabili, qualunque cambiamento fosse per avvenire nelle condizioni dei popoli pei quali era destinata.

E fu quello che realmente si verificò. Imperciocché il Diritto Musulmano, tale

quale lo vediamo formato in questa terza epoca, non ha subito variazioni di sorta posteriormente, e non ha ricevuto verun miglioramento od aggiunta. Tutti i giuristi, che si sono succeduti dopo quel tempo, hanno limitato i loro studj a ripetere con vocaboli diversi quello, che i primi scrittori avevano già detto, ma senza aggiunger nè una nuova idea, nè una nuova massima a quello, che avevano professato i fondatori del Diritto Musulmano.

Essi hanno ritenuto, e proclamato che la legge o *Sceria* era perfetta, appena che le Tradizioni erano state esaurite e raccolte. Hanno voluto racchiudere il popolo musulmano in questo letto di Proviste, e vi sono riusciti; ma con la conseguenza, che desso è rimasto molto addietro a tutti gli altri popoli civili, coi quali si è trovato a contatto.

In seguito vedremo quali sono stati i tentativi per allargare la sfera del Diritto Musulmano, e toglierlo dallo stato d' inerzia, e quasi di *anemia*, in cui è rimasto per tanti secoli.

E come questi tentativi non sono stati coronati d' un esito troppo felice, attesa la ristrettezza d' idee dei giuristi musulmani.

## EPOCA IV.

### DALLA CADUTA DEL CALIFATO DI BAGDAD FINO AI DI NOSTRI.

#### § I. *Avvenimenti Politici.*

Il Califato degli Abbassidi in Bagdad

cadde per opera dei Tartari Mongoli, o Turchi.

Dopo che il Califo Mostasem, terzo figlio di Harun el Rascid, aveva chiamati alla sua corte degli schiavi del Turchestan, per formarsene una guardia scelta, orde numerose di Tartari occuparono poco a poco molte parti del suo impero, ed i loro capi s'impadronirono del potere sovrano, sotto il titolo di *emir olumena*, o *principe dei principi*, lasciando il solo potere religioso ai Califfi Abbassidi.

Una di queste orde era condotta da *Toghrul-beg* figlio di *Seldgiuk*, che fondò la dinastia dei Sultani *Seldgiucidi*. I quali abbracciato l'Islamismo s'impadronirono del potere sovrano a Bagdad, e ridussero i Califfi allo stato di semplici pontefici dell'Islamismo. Dopo però *Malek-Shah* (1072 al 1092), che portò al suo maggior lustro l'impero dei Seldgiucidi, questo declinò e venne diviso in varii stati, finchè disparve poc' avanti la caduta del Califfato, alla quale aveva tanto contribuito. Fù durante la supremazia dei *Seldgiucidi*, che si svolse il gran dramma delle Crociate, che dovevano arrestare la propagazione dell'Islamismo, e stabilir rapporti di ogni sorta frà l'Europa e l'Oriente (1090-1290). E parimente in questa epoca incontriamo le prime tracce di un diritto Internazionale fra i Musulmani e le nazioni Cristiane, nelle *Capitolazioni* delle Repubbliche Italiane coi Sultani di Egitto. GATTESCHI, *Manuale di Diritto Ottomano. Introd. pag. IV.*

Intanto i *Mongoli*, un'altra razza di Tartari guidati da *Gengiskan*, (1163 al 1227) si erano gettati sull'Asia Occiden-

tale, ed avevano sconvolto e sottomesso tutti i paesi soggetti al Califato di Bagdad, governati dagli ultimi *Seldgiucidi*. Finchè *Hulagu*, fratello di *Mangu*, s'impadronì di Bagdad, fece prigioniero l'ultimo Califo abbassida *Mostasem*, e lo mise a morte con tutta la sua famiglia nel 1258.

Ma i Mongoli nulla fondarono di durevole. Quei Tartari selvaggi e crudeli, mancanti di ogni religione positiva, perchè non erano nè Cristiani, nè Musulmani, non regnarono che su delle rovine. Furono piuttosto accampati che stabiliti nelle provincie dell'Impero Abbassida, che giammai tentarono di governare. Sorsero in tutto l'Oriente dei piccoli principati, o *Sultanie*, in continua lotta tra loro, e che dovevano essere tutte sottomesse dai Turchi Ottomani, ai quali era riservato l'Impero del popolo Maomettano.

Anche questi appartenevano alla razza Tartara del centro dell'Asia, e divenuti Musulmani eransi stabiliti, all'epoca dell'invasione di Gengiskan, in Armenia nei dintorni di *Erz-ingham* sulle rive dell'Eufrate (1231). Approfittando delle guerre fra gli ultimi sultani Seldgiucidi ed i Mongoli aggrandironsi poco a poco a scapito dell'Impero Bizantino, sotto la condotta di *Ertogrul* (1360) e di suo figlio *Osman* (1288); il quale ben presto divenne padrone di quasi tutta la Bitinia, di una parte della Cilicia, della Galatia, e del bacino del Sangrio. Fece capitale del suo nuovo stato, dapprima *Ieni-chier* fra Nicea e Brussa, ed in seguito, dopo ch'ebbe conquistata quasi tutta l'Asia Minore, fino alle rive della Propontide, stabilì la sede del suo impero

a *Brussa*, ove si fece trasportare e morì (1327).

Fù *Osman* o *Otman*, che diè il nome a queste orde di Tartari, o Turchi, che si chiamarono da lui *Osmanli* o *Ottomani*, i quali dovevano rinnovare la grandezza del Califfato, distruggere l'Impero Bizantino, dominare il Mediterraneo, e minacciare per varii secoli l'Europa Orientale e Meridionale. LAVALLEE *Histoire de la Turquie. Vol. I. Chap. 3.* HAMMER *Storia dell' Impero Ottomano.*

Gli succedè *Orkan*, il quale col fratello *Alaeddin* diè una prima organizzazione all'Impero Ottomano, ed estese le conquiste dei Turchi fino all'Europa, traversando lo stretto di Dardanelli, e sboccando nella *Tracia* (1350).

*Amurat I* figlio e successore di *Orkan* continuò le imprese del padre in Europa, s'impadronì di *Demotica*, *Adrianopoli*, *Filippopoli* ed aprì ai Turchi i Balcani, e la valle del Danubio, e gl'introdusse nell'Epiro ed Albania, isolando in tal guisa *Costantinopoli* dal resto dell'Europa, e riducendo a questa sola città l'Impero Bizantino (1389.)

*Bayezid* e *Iacub* furono i due figli lasciati di *Amurat*, senza che questi avesse designato il suo successore. Il Divano dell'Impero decise, che per evitare disordini e divisioni dovesse uccidersi *Iacub*. E di qui nacque il barbaro costume di uccidere i fratelli minori dei Sultani; costume che è solo cessato in questi ultimi tempi.

*Bayezid* sottomise la *Serbia*, terminò la conquista della *Macedonia* e della *Bulgaria*, ed impose un tributo di 40,000 ducati agl'Imperatori di *Bizanzio*. Era

al colmo della gloria quando *Tamerlano*, (*Timur leng*) Khan dei Tartari irruppe nell'Asia Minore ed in Armenia, lo sconfisse e fece prigioniero. (1402) Morì durante la prigionia, e poco dopo lo seguì nel sepolcro lo stesso *Tamerlano*, il quale aveva minacciato l'esistenza della *Porta*, che ritornò libera dopo la sua morte.

*Solimano I* succedè a *Bayezid*, che fù detronizzato da *Musa*, il quale alla sua volta fù vinto da *Maometto I*. (1413) Il suo regno non venne marcato da conquiste; anzi rimase in pace perpetua coll'Impero Bizantino, e di altro non si occupò che della pacificazione dei suoi stati.

Nel 1421 suo figlio *Amurat II*, riprese la politica guerriera degli Ottomani; ma di buon'ora abdicò a favore di *Maometto II*, il quale nel 1453 s'impadronì di *Costantinopoli*, e così pose fine all'Impero Greco-Romano di Oriente.

*Maometto* sottomise tutte le isole dell'Arcipelago, e definitivamente riunì sotto il suo scettro, o rese tributaria la *Serbia*, la *Bosnia*, la *Vallachia*, la *Tracia*, la *Moldavia*, l'*Albania*, la *Georgia*, e la *Circassia*.

*Bayezid II*, suo figlio e successore (1481) combattè felicemente con le flotte Venete nell'Adriatico, e morì avvelenato nel 1512, dopo aver abdicato a favore di *Selim I*.

Fino a quest'epoca gli Ottomani non si erano occupati, che dell'Europa e dell'Asia Minore, lasciando in pace i paesi Musulmani dell'Asia e dell'Africa, ed in specie la *Soria* e l'Egitto.

L'Egitto sede del Califato *Fatimita* era passato sotto il governo degli *Ajubiti*

*Nureddin, e Saladino* (1163 al 1193.) fino a *Nedj-Eddin*. Dopo dei quali *Bibars* capo dei Mamelucchi, che i Sultani Egiziani tenevano al loro soldo, fondò la dominazione dei *Mamelucchi* (1268), che doveva durare fino ai primi del nostro secolo, quando vennero distrutti da *Mohamed Aly*.

Ed eranvi i Mamelucchi, quando *Selim I*, succeduto a *Bayesid II* pensò di estendere l'impero Ottomano anche nell'Asia e nell'Africa. Difatti s'impadronì di varie provincie del *Kurdistan*, della *Mesopotamia*, della *Soria* e dell'*Egitto*, ed aggiunse il protettorato delle città sante la *Mecca* e *Medina*. Finché morì nel 1520, meritandosi il titolo di *feroce*.

Poc'avanti la quale epoca anche il Califato di Cordova era sparito e così era cessata la dominazione dei Musulmani nella Spagna, che aveva durato non meno di 780 anni, cioè dal 710 al 1492.

Dalle conquiste Arabe adunque a questo momento della storia Musulmana non vi era porzione delle provincie già conquistate dagli Arabi che conservasse la propria autonomia. Tutti i paesi musulmani erano passati sotto il giogo Ottomano, se se ne eccettuano i piccoli stati del nord dell'Africa.

Ma anche questi dovevano ben presto piegare il collo al giogo dei Sultani di Constantinopoli. Poiché Solimano II figlio di *Selim*, e per mezzo di *Khair Eldin* (*Hariedden, Barbarossa*) suo ammiraglio doveva conquistare Algeri e Tunisi, e rendersi arbitro del Mediterraneo.

Fù Solimano che portò al suo mag-

giore splendore la dominazione Ottomana; poichè la estese dall'Adriatico e dal Danubio al Tigre, all'Eufrate ed al Nilo, su 120 milioni di sudditi e si meritò il nome di *Magnifico*. Di più dotò l'Impero di un'Amministrazione civile e militare, che lo fece chiamare, *il Kanuni* o legislatore; e fù desso che stipulò colla Francia le prime capitolazioni, tracciate e quasi copiate da quelle delle Repubbliche Italiane dei secoli anteriori, e che dovevano servir di modello a tutte le posteriori colle potenze Cristiene.

Da *Selim II* suo figlio, testimone della sconfitta di Lepanto (1577), e da *Amurat III*, che succedè a questo, incominciò la decadenza dell'Impero Ottomano, che doveva continuare sotto *Maometto III*, *Ahmet I*, *Mustafa I* e *Otman II*. (1594 al 1623) per non più arrestarsi fino ai nostri giorni. Le insurrezioni militari, le esorbitanze dei Giannizzeri, questi Pretoriani dell'Impero Ottomano, e gli intrighi del serraglio dovevano indebolire il potere sovrano, e renderlo incerto e vacillante.

Nonostante il valore di *Amurat IV*, che riconquistò Bagdad, già usurpata dai Persiani, e nonostante la occupazione di Candia fatta da Ibrahim I, l'impero non doveva rialzarsi. (1623 a 1648).

Continue sconfitte segnarono il regno di *Maometto IV*, di *Solimano III*, e *Achmet II*, sotto i quali ultimi la Crimea passava sotto il dominio dei Russi, che già avevano rivolte le mire alla distruzione dell'impero Ottomano (1677 a 1695). *Mustafa II*, sconfitto a Ceuta dal Principe Eugenio di Savoia, era costretto a rinnovare il trattato di pace di *Carlavitz*

(1609) e cedere alla Russia la provincia d'Azof; All' Austria tutta l' Ungheria, la Transilvania e la Slavonia; alla Polonia la Podolia e l' Ucraina, ai Veneziani la Dalmazia e la Morea.

Deposto dalle truppe *Mustafa II*, venne proclamato Sultano *Ahmet III*, (1703) il quale sconfitto dallo stesso Principe Eugenio a Petervaradino perdè Belgrado, e sottoscrisse la pace di *Pas-sarovitz* (1717), che tanto doveva umiliare la Porta.

Sotto *Mahmud I*, elevato al trono da una sommossa di Giannizzeri (1730) ed *Otman III*, suo fratello, i Persiani s'impadronirono dell' Armenia e della Georgia (1754 al 1757).

*Mustafa III*, assalito da Caterina II di Russia, perdè la Moldavia, la Vallachia, e la Crimea, si vide minacciato da varie insurrezioni nell' Epiro, nella Palestina, e nell' Egitto, e distrutta la sua marina nell' Arcipelago (1757 al 1774).

*Abdul-Hamid* fù costretto di subire il trattato di pace di *Kainargi*, (1774) che accordava il protettorato dei Cristiani greco-ortodossi nell' Impero Ottomano agli Czar, mentre i Latini ed Orientali di rito unito godevano quello della Francia.

*Selim III* segnò i trattati di Sistow (1791) e di Iassi, (1792), l' ultimo dei quali disastrosissimo per la Turchia, che dovette cedere alla Russia tutti i territorii al di là del Dniester.

Per le riforme, che *Selim III* voleva introdurre nell' esercito, venne deposto e sostituito da *Mustafa IV*, (1807) il quale alla sua volta fù spogliato del trono, ed in sua vece proclamato *Mahmud II* (1808).

È da questo Sultano, che datano i tentativi di rendere all' Impero Ottomano quella vita, che ogni dì andava spengendosi, mediante serie riforme, che lo ravvicinassero alle nazioni civili dell' Europa. Distrusse i Giannizzeri questa milizia torbumenta, che da tre secoli faceva e disfaceva i Sultani. Ma dovette segnare il trattato di Adrianopoli (1829), che stabilì il Pruth qual limite tra la Turchia e la Russia; diede a questa il protettorato della Moldavia, e Vallachia, e dovette riconoscere l' indipendenza della Grecia, e perder per sempre l' Algeria (1830).

Nel 1839 gli succedette *Abdul-Megid*, che continuando le riforme nell' Impero, pubblicò l' *Hatti-scerif* di *Gulhanè*, il quale prometteva l' uguaglianza la più perfetta fra Musulmani e Cristiani, ed una migliore amministrazione, che doveva segnare la data di una rinnovazione sociale in Turchia.

Coi trattati del 1840 e 1841 accordò il governo dell' Egitto alla dinastia di Mohamed-Ali. Sostenne nel 1854, la guerra di Crimea contro la Russia, assistito dalla Francia e dall' Inghilterra. Col trattato di Parigi del 1856, la Turchia entrò definitivamente nel concerto europeo. Pubblicò in quella circostanza l' *Hatti-Humajum* del 1856, ed attivò varie riforme col *Tanzimat*, pubblicando un Codice di Commercio, un Codice di Procedura Commerciale, un Codice Penale, un Codice Marittimo, ed una legge sulla proprietà.

Il suo successore *Abdul-Aziz* (1861), continua il sistema, di attingere dalle legislazioni civili di Europa nuovi principii giuridici, che mancavano nella vec-

chia legislazione ottomana ; e colle riforme che anche in questi ultimi giorni proclama per tutto l'Impero, spera di potere dar forza e nuova vita al crollante colosso della Porta. LAVALLÉE, *Histoire de la Turquie* — COLAS, *La Turquie en 1864*.

Lo spettacolo che oggi ci presentano i paesi musulmani è tutt'altro che brillante.

In Europa, le provincie Ottomane irrequiete ed aspiranti a scuotere il giogo Ottomano. In Asia, popoli ridotti alla miseria, senza industrie, senza commercio, e mancanti completamente di energia. In Affrica, Tunisi indipendente, l'Egitto tributario, e quasi indipendente; Tripoli di nessuna risorsa per l'Impero.

Siamo ben lontani dal tempo in cui i Califfi di Bagdad, di Egitto e di Spagna riempivano il mondo delle loro gesta ; ed anche da quello in cui i Sultani Ottomani facevano tremare l'intera Europa.

La decadenza dell'Islamismo è al colmo ; più non regge al contatto della civiltà europea, che da tutte le parti lo assale. Possiam dire che la Storia dei popoli sottomessi, e convertiti dagli Arabi del tempo di Maometto, è chiusa per sempre.

## § II Della cultura e civiltà Musulmana sotto gli Ottomani.

Durante i grandi rivolgimenti che abbiám sin qui accennati la cultura e letteratura Araba, od a meglio dire dei popoli Musulmani, doveva eclissare, e completamente sparire.

I popoli di Soria, dell'Asia Minore,

dell'Irak Arabico, del bacino dell'Eufrate e del Tigri, in mezzo ai quali si erano perpetuate le arti e le scienze *Romano Bizantine* dovettero piegare il collo sotto i barbari del Nord, Turchi e Mongoli. La loro esistenza politica cessa dappertutto, meno che nell'Arabia ; e può dirsi che spariscono dalla storia dei popoli di Oriente.

Questa decadenza per altro nella letteratura non avviene tutto ad un tratto. Imperocchè durante gli ultimi anni del Califfato di Bagdad, e sotto il regno dei Seldgiucidi, le tradizioni delle scuole Arabe si conservano, ed esercitano una certa influenza sui conquistatori.

Il *Selgiucida Malek Shah* si rivolge alla scuola di Bagdad, per la riforma del calendario Persiano. Avanti di lui *Mahmud* aveva chiamato alla Corte, e nominato suo consigliere il celebre *Alberuni*, che esercitò cotanta influenza sul suo secolo. Il Mongolo *Hulagu* accoglie *Nassir Eddin-Iusè*, e permette a questo celebre matematico di fabbricare un'osservatorio a *Meragh*.

Anche dopo l'invasione dei Turchi Orientali condotti da *Tamerlano*, il suo figlio *Sciah Rockh*, e suo nipote *Olug-Beg* proteggono le scuole arabe.

Nell'Indostan, che già aveva risentita l'influenza di *Alberuni*, il fondatore dell'Impero del gran *Mogol BABER*, nipote di *Olug-Beg*, doveva dare un impulso alla cultura intellettuale dei Musulmani di quel paese.

Finalmente anche sotto i primi Sultani Ottomani possono incontrarsi scrittori illustri, che si servirono della lingua degli Abbassidi.

Queste però sono le ultime manifestazioni del lungo periodo di gloria della cultura Musulmana. Quanto più si aggrandisce l'Impero dei Turchi Ottomani, altrettanto il dispotismo della sciabola pesa sovra tutta l'Asia. L'oriente ricade nell'immobilità e nella barbarie, e sotto il rapporto intellettuale, i suoi popoli discendono l'ultimo gradino della decadenza, a cui gli vediamo oggi ridotti! SEDILLOT *op. cit. Chap. IV.*

Chiaro apparisce, che quanto più quei popoli si allontanavano dal tempo, in cui la civiltà Greco-Romana illuminava tuttora i paesi conquistati dagli Arabi, altrettanto s'indebolivano i principj che ne avevano attinti. Finchè la tradizione e la memoria conservava tali principj, potè sorgere e svilupparsi la letteratura, che conosciamo sotto il nome di cultura Araba. Ma quando le tradizioni s'indebolirono, e gli sconvolgimenti prodotti dalle invasioni dei Turchi distrassero l'attenzione dei popoli da ogni sorta di studj, la cultura intellettuale, che non trovava alimento e vita nelle istituzioni politiche e religiose del popolo Musulmano, doveva necessariamente deperire, per cedere il posto all'ignoranza la più assoluta.

Gli ultimi segni di vita intellettuale fra i popoli Musulmani di questa quarta epoca ce li dà il regno di Granata in Spagna, fondato da *Mohammed Alhamar*, qualche tempo dopo la caduta del Califato di Cordova. L'Islamismo splendè allora di un nuovo fulgore, e si mantenne in mezzo ai principati Cristiani della Spagna per oltre due secoli (1238-1492.)

È tuttora celebre la galanteria dei Mori di Granata. L'agricoltura e l'industria avevano allora sparso il benessere in tutte le classi della popolazione. Le belle arti vi erano coltivate collo stesso successo che a Cordova, ed i nomi dell'*Al-lambra* e del *Generalif* ci danno l'idea della profusione e dell'eleganza. Nelle scienze furono incoraggiate l'astronomia, la medicina, la chimica, e le matematiche. Si crede, che la polvere da cannone rimonti a quest'epoca. Nelle università, nelle quali si stabilì un metodo unico d'insegnamento, s'imparavano la grammatica, la geografia, e la dialettica, insieme ad una teologia complicata ed oscura. I romanzi e le novelle, che formano la parte la più interessante della letteratura dei Mori di Spagna, sono sempre ricercate e lette con avidità. SEDILLOT *op. cit. Liv. V. Chap. IV.*

Anche quest'ultimo focolare di cultura Musulmana doveva per altro cessare colla presa di Granata da parte di *Isabella* e *Ferdinando* di Castiglia e di Aragona nel 1492, e colla espulsione dei Mori dalla Spagna. Dopo la quale e quando il Nord dell'Affrica passò sotto il dominio degli Ottomani al tempo di Selim I (1517), il silenzio il più completo si fa nel mondo Musulmano, per non sentirvi più che l'eco molto lontano di quella civiltà e cultura Greco-Romana, che i Musulmani dei secoli precedenti avevano con sufficienti risultati continuata.

Ogni studio scientifico venne abbandonato, e perfino si dimenticò la lingua, nella quale erano scritte le opere del bel secolo della letteratura Araba. Infatti la

massima parte dei Musulmani non è più in grado di comprenderla, sebbene parli tuttora la lingua di Maometto. E ciò perchè è nata la distinzione fra l' Arabo *volgare* ed il *letterale*, o *Nahvi*. Questo ultimo è il patrimonio esclusivo dei pochi cultori della lingua araba, che tuttora esistono fra i Musulmani. La massa della popolazione, comprese le classi le più alte, si contenta dell' arabo *volgare*, che è quasi così lontano dal letterale come l' Italiano dal Latino.

Le scuole poi così celebrate di Bagdad, della Mecca, e del Cairo si limitano ad insegnare la grammatica e la retorica con la teologia Musulmana. Pubblicazioni di nuove opere mancano affatto. Ed appena qualche stamperia governativa, come sarebbe quella di *Bulac* presso il Cairo, riproduce antichi libri, ed i più di teologia Musulmana, o di giurisprudenza.

Nulla dirò della letteratura Turca, che si riduce a qualche storia di ben poca importanza ed a delle opere in poesia. Le scienze non vi sono punto rappresentate; talchè può ritenersi come una delle più povere fra quelle esistenti.

In una parola possiamo dire, che i popoli Musulmani mancano oggi di qualsivoglia cultura. I loro *Ulemas* o dotti si occupano quasi esclusivamente di materie Religiose. Tutte le altre scienze per essi non esistono. Ed anzi le disprezzano e tengono in abominazione, perchè provengono dagli Europei, cioè da degli infedeli.

Egli è vero che i Governi di Oriente e specialmente quello di Egitto hanno fatti sforzi lodevoli, per riaccendere fra

i loro popoli l' amor delle scienze e delle arti, sia coll' aprir delle scuole, sia coll' inviare dei giovani alle Università di Europa. Il risultato però non è stato molto felice, e possiamo asserire senza temere di venire smentiti, che ogni cultura intellettuale e scientifica è del tutto sparita fra i Musulmani di qualsiasi parte del mondo attuale.

### § III.

#### *Stato della giurisprudenza musulmana in questa quarta epoca.*

La decadenza nelle scienze e nelle arti che si verificò in questa quarta epoca della storia dell' Islamismo influir doveva su quella del Diritto. Dessa che era salita tanto in alto nel periodo antecedente, rimase stazionaria per qualche tempo, e quindi andò in basso per non più rialzarsi.

Dopo la caduta del Califfato di Bagdad fino a quella del Califfato di Cairo e di Cordova, ed alla universale dominazione dei Sultani Ottomani di Costantinopoli, lo studio del Diritto si continuò in molte parti del mondo musulmano, e non poche scuole si mantennero sia nell' Irak, che in Egitto e nella Spagna.

Ma sebbene ciò possa far supporre che tuttora vi fosse una certa attività nella scienza giuridica, pure la verità è che dessa mancava. Si studiava e si cercava mandare alla memoria il patrimonio di cognizioni, che era stato ereditato dal passato movimento scientifico, ma non si cercava di accrescerlo e perfezionarlo. Si facevano dei lavori di compilazione, si glossavano le opere degli antichi giu-

risti, si continuavano le collezioni dei *fatwa*. Ma questo lavoro altro non era che un lavoro di ripetizione e d'imitazione del vecchio, e nulla presentava di originale.

Citerò alcuni dei principali lavori giuridici di quest'epoca.

Nel rito Hanafita le opere di maggior rilievo sono le seguenti :

Anzitutto i commentarii fatti all'*Hedaya* e che abbiamo già accennati.

Il *Nihaya* di *Hassan-ad-Din Hossein Ben-Aly*, morto nel 710 dell'Egira (1310).

Due altri commentarii dell'*Hedaya*, intitolati *Inaya*; il più rinomato dei quali è dello *Sceik Akmed Ad Din, Mohamed Ben Mahmud*, morto nel 786 (1384).

Il *Khifaya* è un terzo commentario della stessa opera dell'Imam *ad-Din, Emir Katib Ben Emir Omer*, morto nel 747. (1346).

Il più esteso commentario dell'*Hedaya*, ed il più utile per la pratica, è il *Fath-el-Kadir*, del giureconsulto *Kamel-ad-Din Mohamed as-Sciwal*, morto nel 861 (1456).

Il *Wafi*, di *Hafiz ad-Din an-Nasafi*, morto nel 710 (1310) ed il suo commentario *El Kafi*, sono opere di una qualche autorità. Lo stesso autore compose il *Kanz ad-Dakaik*, che contiene molte questioni e decisioni secondo le dottrine Hanafite; e sul quale molti commentarii vennero fatti da altri giuristi, fra i quali il più importante è il *Bahr ar-Reik*, di *Zem el Abdin el Misri*, morto nel 970 (1562).

Il *Wikayah or Ramayah*, ed il suo

commento intitolato *Sciarh el Wikayah di Ubaid Allah ben Masud*, morto nel 750 (1349), sono opere di cui si fa molto uso nell'insegnamento delle scuole musulmane.

Lo stesso autore dello *Sciarh el Wikayah*, pubblicò un'altra opera elementare sotto il titolo di *Nukayah*, o *Muh-tasar el Wikayah*, o ristretto di quest'opera. Tre commenti del *Nukayah* comparvero nel 907 (1501), per opera di *Abu el Makarian ben Abdallah*; nel 935 (1528), per opera di *Abu Aly Ben Mohammed el Birgiadi*; e nel 941 (1534), per opera di *Sciams ad Din, Mohammed el Korassani*.

Diverse altre opere elementari di questo rito troviamo indicate in MORLEY, *op. cit. pag. 293*.

Ma la opera che merita una speciale attenzione è il *Mulleka el Ebbor* dello *Sceik Ibrahim ben Mohammed el Haleby*. Era nato ad Aleppo, ed educato in Egitto, da dove passò a Costantinopoli, e fu ascritto al corpo degli Ulema. Ebbe i gradi di *Intam*, di *Khatib*, e di *Muderriss*, nella Moschea del Sultano *Mohammed*, e morì nel 956 dell'Egira, (1544) all'età di 90 anni.

L'opera indicata che può tradursi « *Il confluyente dei mari*, » è una compilazione di massime estratte da un gran numero di opere giuridiche. L'autore vi riporta le opinioni dei principali dottori della scuola Hanafita, con una chiarezza ed una precisione rara a trovarsi nei libri musulmani. Il libro contiene tutte le pratiche del culto esterno, le leggi civili, criminali, morali, politiche, militari, ed agrarie. È diviso in 57 libri, suddivisi

in varie capitoli. Ma secondo l'abitudine dei Giuristi Musulmani ne è diftetto il metodo della redazione, e le materie vi sono disposte, in modo confuso ed illogico. E per altro uno dei libri i più autorevoli nell'Impero Ottomano, e quasi vi fa le veci di *Codice*, col qual nome vien sempre qualificato da d'Hosson nel suo *Tableau de l'Empire Ottoman*, nel quale ce ne da un estratto quasi completo.

Un'altra opera contemporanea, e molto autorevole, è il *Durer el Hakkam* di *Mohamed Ben Faramut*, chiamato *Molla Kusrew* morto nel 885 (1480), che altro non è che un commentario di altra opera dello stesso autore, intitolata *Ghurur el Hakkam*. È molto voluminosa, e dopo il *Multeka* si considera come una delle opere le più utili pei tribunali Ottomani. MORLEY *op. cit. pag. 295*.

Questa ed altre opere del rito Hanafita sono state tradotte in Turco. Nella qual lingua parimente sono state pubblicate altre opere di Diritto Musulmano. Sono però di molto inferiori a quelle Arabe, attesa la decadenza degli studj giuridici nell'Impero Ottomano. E possiamo dire, che negli tre ultimi secoli mancano affatto dei lavori originali di Diritto, e quelli pubblicati non possono reggere al confronto delle opere superiormente indicate.

Nel rito *Malekita*, pochi sono i trattati generali di giurisprudenza pubblicati in quest'ultima epoca. E non possiamo citare come d'importanti, che gli scritti di *Khalil ibn Isac*, che visse nel secolo decimo quarto, e morì circa il 767 dell'Egira (1390). Egli compose un'o-

pera giuridica intitolata *Tuddih*, o messo in evidenza, ed il famoso *Muckteser*, o ristretto di giurisprudenza, che è oggi quasi l'unico libro di rito Malekita, che venga studiato nei paesi nei quali questo è in vigore. Troviamo in VINCENT *op. cit. pag. 54*, il seguente estratto di uno scrittore Musulmano « Dio diè del successo al suo MUCKTASER « e al suo TUDDIH. Si studiano in O- « riente ed in Occidente, ed in questi « ultimi tempi le cose sono giunte a tal « punto, che nella nostra contrada del « Magreb nel Marocco, a Fez e altrove « gli studiosi si limitano al *Mucktaser*, « in guisa che appena si vede qual- « cuno leggere il *Madawenè* o *Ibn El* « *Hadgeb*, come libro di principi; non « gli leggono in nessun modo e si re- « stringono al *Resalè* e al *Mucktaser*, « lo che indica che la scienza svanisce e « se ne va. »

Il *Muktaser*, di *Khalil ibn Isac*, è stato molto commentato e si citano fra i più utili commentarii quelli di *Abd el Baqui Ezzargani*, e di *El-Emir*. VINCENT, *op. cit. § 59*.

L'opera di *Khalil ibn Isac*, è stata tradotta in francese dal D. PERRON, per l'uso dei tribunali algerini, sotto il titolo di *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite Malekite* di IBN ISAC.

Il traduttore non si è limitato a darci il lavoro originale di *Khalil*, ma vi ha aggiunto i commentarii di varii giuristi musulmani. Il sistema per altro da lui tenuto non mi sembra molto felice, in quantochè ha voluto mischiare il testo coi commenti, lo che produce confusione e disordine. E di più non avendoci dati

i nomi degli autori, di cui si è servito, nè indicate le loro opere, ci manca ogni mezzo di riscontrare la esattezza di quello che egli ci dice.

Quanto al rito SCIAFEITA troviamo citata un' opera di *Sciams ad-Din abu Abdallah Mohamed ibn QASIM el Ghazy* morto nel 918 dell' Egira (1546). È un lavoro elementare di cui si servono gli studenti dell' Università del Cairo, e contiene eccellenti principj giuridici. È intitolato *El Kaul el Moktar fi Scark-gayet*.

Altro lavoro giuridico, che s' indica come il migliore dello stesso rito è il *Kefayet el akhiaar fi hall gayet el Ekhetšar* del giureconsulto *Iaqui-addin Abu Bekr ibn Mohamed el Hismi*, morto nel 829 dell' Egira (1451). Intorno al quale il *Van den Berg* ci dice, che tanta è la chiarezza, acume d' ingegno, e forza di raziocinio di questo scrittore, che appena può credersi sia un' Arabo, e merita di essere equiparato ai migliori Giureconsulti dell' Europa.

Lo sceik *Mohamed as Sciarbin*, morto nel 977 dell' Egira, (1599) è l'autore dell' *Ikna fi hall al fath abi Scioldgia*.

Fra le collezioni di *Fetwa* che appartengono a questa quarta epoca possono citarsi le seguenti :

Il *Khifavat al Mustin* dell' *Imam Hossein Ben Mohamed as Somani*, morto nel 746 dell' Egira (1339).

I *Fetwa Tatorkhaniah* di *Abu Ben ala el Hanafi*, dei quali fece poi una scelta l' *Imam Ibrahim ben Mohamed el Halebi* morto il 956 (1549).

I *Fetwa az-Zainiah* di *Zain el abidin Ibrahim ben Nujaim el Masri*,

raccolti dal suo figlio *Ahmed* morto il 970 (1562).

I *Fetwa Ibrahim Sciahi*, composti da *Sciah ad-din Achmed*, per ordine di *Ibrahim Sciah* di *Giunpur* nel novo secolo dell' Egira.

I *Fetwa Durer el Mokhtar*, scritti nel 1071 dell' Egira (1666) da *Mohammed ala ad-Din Ben sciek Ali al Hiskafi*.

I *Fetwa el Alumgiri*, cominciati nell' anno 1067 dell' Egira (1655), per ordine dell' imperatore *Aurungzheb—Alumgir*, di cui portano il nome. È una collezione di rito Hanafita, che è della massima autorità nelle Indie. Contiene un' immensa quantità di casi senza argomenti o prove; e ciò la rende difettosa per la istruzione elementare, ma utilissima per la pratica. Un estratto di questo collezione relativa alla vendita è stato tradotto dal BAILLIE in Inglese.

I *Fetwa el Ankiawi* dello sceik *el Islam Mohamed Ben el Hossein* morto nel 1098 (1686).

I *Fetwa Hammudieh* di *Abu el Fath Ruka ad-Din Ben Hassan on Naguri*, dedicati al suo tutore *Hammad ad-din Ahmed*. È una opera di data incerta, ma molto citata.

Finalmente alcune collezioni di *Fetwa* sono state recentemente pubblicate a Constantinopoli di rito Hanafita, sia in Arabo che in Turco, cioè il *Kitab fi il Fickh el Kadusi*, i *Fetwa abd-ar-Rahm Effendi*, e il *Giamir el Igiaratin* sugli affitti dei terreni. *Morley op. cit. pag. 315.*

Dopo le quali opere giuridiche Musulmane nessun'altra che meriti di esser presa in considerazione troviamo indica-

ta nella storia del Diritto Islamico. Dopo la fine del secolo diciassettesimo la decadenza degli studj giuridici, che già era incominciata fino dall'estendersi della dominazione Ottomana, continuò senza interruzione nel secolo decimottavo, e si è prolungata fino ai nostri giorni. Può dirsi, che da due secoli ad oggi ogni vita giuridica è cessata nell'Impero Ottomano, alla pari di ogni altra cultura scientifica.

Inutilmente cercate nuovi libri e nuovi autori in questo lungo spazio di tempo. I dottori Musulmani si contentano di studiare o di imparare a mente le opere dei secoli passati per i bisogni della pratica. I quali del resto non sono grandissimi, attesa la difettosa organizzazione dei Tribunali Ottomani, che rende quasi impossibile, od almeno inutile il presentarvisi per farvi applicare la legge Musulmana.

Insomma la storia del Diritto Musulmano è chiusa da molto tempo. L'immobilità e la grettezza sono i caratteri distintivi del suo stato attuale. Il suo avvenire non potrà al certo esser brillante, per l'impossibilità, in cui l'hanno messa i suoi cultori, di qualsiasi ulteriore progresso e sviluppo.

#### § IV.

##### *Fonti del Diritto nell'Impero Ottomano.*

Abbiamo digià accennato, come i giuristi musulmani fino dall'epoche le più remote dell'Islamismo non ammettessero che due sorgenti o fonti del Diritto; cioè il *Corano*, e le *Tradizioni* o *Sunna*. Le opere che essi andavano mano a mano pubblicando non erano che commentarii

del Corano, o trattati e collezioni di *Fetwa*, basati sui detti e sui fatti del Profeta.

Abbiamo osservato eziandio, che da ciò doveva derivare che il Diritto Musulmano rimanesse stazionario ed incapace di progresso. Imperocchè i principj racchiusi in quelle due fonti non erano senza fine, ed una volta esauriti non vi si potevano fare aggiunte, quando anche nuovi bisogni si fossero manifestati fra i popoli musulmani.

Or bene questi nuovi bisogni si manifestarono nell'Impero Ottomano, e ad essi non poteva sopperire la legislazione contenuta nei libri giuridici musulmani.

Il regno dei Sultani di Costantinopoli si era esteso immensamente, e dominava popoli di razze, lingue, e religioni differentissime. Di più esso trovavasi a contatto, ed in continui rapporti di ogni sorta coi popoli dell'Europa. I quali non erano al certo rimasti stazionarii, ma si erano slanciati con un vigore ed un'energia, che nulla ha potuto arrestare, nella via del progresso e della civiltà. Era impossibile, che gli Ottomani non risentissero la loro influenza, e non fossero costretti, sebbene contro voglia, a far qualche passo in avanti, ed anche obbligati ad abbandonare alcuni dei pregiudizi, che li tenevano incatenati ad un passato, che non ha più ragione di essere.

Ma come liberarsi dai vincoli e dalle pastoje che imponevano ai loro principj i teologi musulmani? Come scuotere il giogo della casta degli *Ulemas*, i quali dicevano al Sovrano, che non poteva nulla innovare nella legge, di cui era semplice custode e difensore? Come ai

precetti giuridici esistenti e scritti nelle opere legali aggiungernò dei nuovi, se gli mancava il vero poter legislativo ?

Gli mancava è vero secondo i Musulmani il poter legislativo, ma aveva quello autocratico, al quale nulla poteva resistere. Ed i Sovrani Musulmani, ed in specie gli Ottomani, se ne sono prevalsi nel modo il più lato, onde sortire dalla stretta cerchia del Diritto Musulmano.

Ed ecco in qual modo son giunti a raggiungere l'intento.

Si diceva loro che la legge, quale era contenuta nei libri giuridici, emanava dalla Divinità per la bocca del Profeta, e che era al di sopra di ogni potenza umana, al di sopra della volontà del Despota, ed al di sopra dell'arbitrio dell'Autocrate. Si predicava loro che i Sovrani, nella loro qualità di supremi Imam sono i custodi, i protettori, i difensori, i conservatori, gli interpreti, gli organi, e gli esecutori della legge; e che essi potevano violarla, ma giammai mutarla, nè abatterla. MILTIZ. *Manuel des Consuls*, vol. I append. VIII.

Ma per altro si ammetteva, che per tutto quello che non era stato regolato e contemplato dalla legge, il sovrano aveva la facoltà di fare ordinanze e costituzioni obbligatorie per i sudditi.

V'era poi anche un altro mezzo per sprigionarsi dalle mani dei teologi o giuristi musulmani; ed era quello d'interpretare e fare interpretare i testi dubbi dei libri canonici, e leggervi quello che più e meglio piacesse al Sultano.

Finalmente se tuttociò non fosse stato sufficiente, vi era il rimedio estremo, cioè la forza, alla quale da molti secoli nessuno

ha l'ardire di opporsi fra i sudditi ottomani dell'Oriente.

Valendosi di questi mezzi i Sultani hanno allargato il campo della legge, ed aumentate le fonti del Diritto Ottomano. E ciò mediante le costituzioni imperiali.

Se nonchè a questa nuova fonte del Diritto non si è voluto dare il nome di legge, sebbene ne abbia tutti i requisiti, e tutta l'importanza. Si è chiamata *Canon*, cioè *regola, ordine*, prendendo il vocabolo ad imprestito dalla lingua greca. E conservando la denominazione di legge o *Sceriat* a tutte le disposizioni massime giuridiche, che trovansi nel Corano, nelle Tradizioni o *Sunna*, e nelle opere basate sui libri sacri.

Da ciò è derivato, che nell'Impero Ottomano devesi distinguere secondo le idee Musulmane la legge o *Sceriat*, dalle ordinanze dei principj, o *Canon*. La prima che è conforme a tutto quello che si fa rimontare al Profeta, e perciò a Dio. Le seconde, che dispongono su tutte le materie non contemplate dalla legge o *Sceriat*, ed alle quali ha provveduto la volontà del Principe.

In realtà oggi son due le fonti del Diritto nell'Impero Ottomano, cioè il Diritto Musulmano vero e proprio, quale trovasi nel Corano, nella Tradizione e nelle opere giuridiche Musulmane; e le costituzioni dei Sultani. Precisamente come sotto i primi Imperatori Romani dicevasi, che le fonti del Diritto erano la legge delle 12 tavole, l'Editto Pretorio, e le opere dei Giureconsulti Romani, ossia il vero e proprio diritto antico Romano; ed oltre a queste fonti si rico-

noscevano come aventi forza di legge le costituzioni o Novelle dei Principj.

Voglio brevemente indicare la storia di questa nuova fonte del Diritto nell'Impero Ottomano, la quale sebbene di poca importanza nei suoi primordi, in seguito ne ha acquistata una molto maggiore, ed è destinata a modificare ed in molti parti a supplantare la legge vera e propria, o *Sceriat*..

Nei primi tempi le ordinanze de' principj vennero pubblicate con dei Firmani Imperiali, a cui si dava il nome di *Hatti scherif* o *Hatti Humaium*; cioè scrittura illustre, e scrittura imperiale. Erano relative a tutto quello, che non trovavasi regolato nei libri di giurisprudenza, e perciò al governo delle provincie, alla disciplina e servizio delle truppe, agli usi e costumi del *serraglio*, ai rapporti politici tanto interni che esterni, alle finanze, ai feudi, al cerimoniale, ec. ec., insomma a tutte le parti dell'amministrazione dello stato.

Le collezioni di queste ordinanze e costituzioni Imperiali redatte in lingua turca si chiamarono *Canun-Namè*.

Fino dal tempo di *Amurat I.* (1360-1389) s' incominciarono simili collezioni, ma solo sotto *Maometto II* (1450) furono messe in un ordine sistematico.

La più completa collezione venne fatta sotto il regno del Sultano *Maometto IV* (1649-1689) dallo storico *Hesarfenn*.

Ma i *Canun* più rimarchevoli furono resi dal Sultano *Solimano I*, a cui si dà per tal ragione il titolo di *Al-canuni*, o legislatore. Essi hanno differenti denominazioni secondo la materia

di cui si occupano, e sono classati nel seguente modo; Regolamento di Polizia e leggi penali sotto il nome *Canuni Dsceraim*; Regolamenti militari *Canuni Sefer*; Regolamento pei grandi e piccoli feudi o appanaggi militari *Canuni Siamet, o Timar*; Regolamenti delle finanze, cioè dei sudditi *raya*, e delle diverse imposte a cui sono soggetti, *Canuni Raya ve Russum*; Regolamenti pel cerimoniale, il rango, e costume delle persone costituite in dignità, *Canuni Tescrifat*

Queste ordinanze Imperiali avevano forza per tutte le provincie dell'Impero, eccettuato l'Egitto, il quale aveva un'amministrazione a parte, stabilita da delle costituzioni portanti il titolo di *Canuni Misr*, cioè regolamenti per il Governo dell'Egitto.

Le collezioni del Sultano *Solimano I* sovra indicate restarono quasi intatte ed osservate sino al regno di *Selim III*, cioè fino al 1789-1807. Il quale tentò delle riforme per quello che riguardava l'esercito, la marina, le finanze, ed altre parti dell'amministrazione dello stato, e pubblicò il *Nizami Djedid*, ossia il nuovo ordine di cose. Non riuscì per altro nell'intento, e pagò colla vita quel tentativo. *MILITZ Manuel des Consuls loc. cit.* *HAMMER. Constitution et administration de l'Empire Ottoman. Tom 1. e 2.*

Come vedesi dalle cose sin qui esposte i *Canun* dei Sultani fino a *Selim III*, cioè fino al principio del secolo attuale, non si occupavano che di materie politiche ed amministrative. Tutto quello che riferivasi al Diritto privato era

lasciato sotto l'impero dell'antica legislazione, contenuta nei libri giuridici Musulmani, cioè sotto la vera e propria legge, o *Sceriat*.

Ma sentito un volta il bisogno di serie riforme, si vide che quella legge non poteva più lasciarsi sussistere in tutta la sua pienezza, e che era indispensabile modificarla, onde ravvicinare il più che fosse possibile le condizioni dell'Impero Ottomano a quelle degli altri popoli Civili dell'Europa. Minacciata com'era la Porta nella sua stessa esistenza dalle rivolte dei suoi sudditi Cristiani, più numerosi nella Turchia di Europa che i sudditi Musulmani, e dalle idee di conquista della Russia, venne persuasa dalle altre potenze Cristiane, che unico scampo all'imminente pericolo poteva esser, lo abbandonare le idee intolleranti e ristrette Musulmane, per sostituirvi quelle Europee.

Il sultano *Mohamud* tentò di entrare in questa via, e vi si preparò colla distruzione e carneficina dei *Giannizzeri* che erano i più a temersi pel fanatismo e la violenza.

Ma distratto da continue guerre e sollevazioni, non poté molto avanzarsi nelle riforme che aveva in mente. Ne gettò per altro i germi, che dovevano in seguito fruttificare.

Il passo il più decisivo venne fatto dal suo successore *Abdul Megid*, il quale, colle sue costituzioni e coi suoi trattati di pace e di commercio, doveva talmente estendere i *canun*, da mutare sostanzialmente tutta la parte del Diritto pubblico Musulmano, tanto esterno che interno, e portare non poche ferite

anche al diritto privato contenuto nello *Sceriat*.

Sino dal 3 Novembre 1839 egli pubblicò l'*Hatti-scerif* di *Gulhané*, nel quale vennero proclamati i principj fondamentali dell'interna amministrazione dell'Impero, che erano l'uguaglianza perfetta tra tutti i sudditi Ottomani, a qualunque religione appartenessero; e nel quale si promettevano a tutti i sudditi Ottomani, sicurezza nella vita e nella proprietà, un migliore ordinamento per l'imposte, ed un nuovo sistema di leva militare. Con ciò spariva la distinzione legale Musulmana tra fedeli ed infedeli, e si abolivano le imposte che pesavano sui *raya*, o sudditi non Musulmani.

Onde attuare le riforme promesse in quel firmano, e per sviluppare i principj che conteneva, si stabilì il consiglio del *Tanzimat*, cioè *del nuovo ordinamento*, e si pubblicarono altre ordinanze, contenenti serie riforme nell'Impero, fra le quali l'abolizione della schiavitù.

Intanto erasi modificato anche il Diritto pubblico esterno, con dei veri e propri trattati stipulati colle potenze Europee. Fino al 1838, i rapporti fra la Porta e le potenze Cristiane erano esclusivamente regolati dalle *Capitolazioni*, che nella mente dei Musulmani non erano vere convenzioni internazionali, ma delle semplici concessioni o tregue, accordate agli infedeli che venivano nell'Impero. Coi trattati di commercio del 1838, senza diminuire in verun modo i privilegi, che gli stranieri godevano nell'Impero Ottomano in forza delle capitolazioni, si fecero vere con-

venzioni internazionali da uguali a uguali tra la Porta e tutti gli stati Cristiani, e così si abolì per sempre l'antico principio di Diritto Musulmano, che faceva riguardare come inferiori i popoli infedeli, e voleva che con essi non fosse possibile aver dei rapporti pacifici e durevoli.

Ma le riforme del *Tanzimat* si avanzarono anche più oltre, e modificarono sostanzialmente in varie altre materie lo *Sceriat*. Questo conteneva, com'abbiam più volte osservato, anche la legge penale dei Musulmani, che era basata sulla pena del taglione, ed il prezzo del sangue. Or bene col codice Penale Ottomano pubblicato nel 1840 si surrogava ad una legge cotanto primitiva e barbara, un sistema non al certo perfetto, ma che si avvicinava a quelli di Europa.

Fino a questo punto non si era neanche toccato al diritto privato vero e proprio. Il quale trovavasi tutto intiero nei libri giuridici Musulmani, tanto per la parte Civile, che per quella commerciale.

I *Canun* dovevano stabilire un nuovo diritto commerciale non solo diverso, ma essenzialmente contrario ai principii Musulmani.

La parte commerciale dello *Sceriat* è ben ristretta, ed appena può dirsi che esista nelle opere giuridiche Musulmani. Vi sono poche ed incomplete disposizioni relative alla società e ai fallimenti. Poteva perciò senza gran difficoltà sostenersi, che era lecito al Sultano riempire il vuoto che vi si riscontrava, pubblicando di pianta un Codice di com-

mercio. Lo che fu fatto nel 1850, con una prima parte della legge commerciale, quella cioè relativa al Commercio terrestre e fallimenti, copiata quasi letteralmente dal Codice di Commercio Francese. In seguito si completò con un Codice di Procedura Commerciale (1860) con una *appendice*, contenente l'organizzazione dei nuovi Tribunali di Commercio (1862), ed infine con un Codice di Commercio Marittimo (1864). GATTESCHI *Manuale di Diritto Ottomano. Introd.*

Si è infine completata l'abolizione dell'antico Diritto pubblico Musulmano, tanto esterno che interno, col Trattato di Parigi del 1856, che ha ammesso nel concerto politico Europeo la Porta Ottomana, e coll'*Hattihumaium* del 18 febbrajo dello stesso anno, che può considerarsi come un'annesso di quel trattato. In forza di esso l'uguaglianza Civile, religiosa, e politica di tutti i sudditi Ottomani vien decretata nel modo il più assoluto, e vi vengono inoltre promesse ulteriori riforme nell'amministrazione interna dello stato.

Talchè i *Canun*, che dapprima avevano di mira solo la parte amministrativa dell'Impero, e non toccavano in modo veruno alla legge Musulmana o *Sceriat*, ora l'hanno mutata sostanzialmente, quanto al Diritto Pubblico esterno ed interno, al Diritto penale, e quanto al Diritto Commerciale.

Solo la parte Civile del Diritto Musulmano è rimasta e rimane tuttora intatta. Se non vuolsi dire, che una certa modificazione ha ad essa arrecato la legge sulla proprietà, pubblicata a Cos-

tantinopoli il 7 Ramadan 1284 (21 Aprile 1855). Ma siccome in essa non si dispone, che delle terre dello stato (*mirie*), e si determina il modo di godimento di esse da parte dei concessionarii e possessori, così deve dirsi, che a rigore d'essa non si riferisce al Diritto Civile privato, ma alla parte amministrativa dell'Impero Ottomano.

E lo stesso può dirsi delle Ordinanze relative a certe specie di *Wakf*, le quali non si estendono agli *Wakf* in generale o *Schery*, ma solo a quelli che hanno un'origine governativa. BELIN *de la Propriété foncière en Turquie pag. 180.*

Egli è vero, che in questi ultimi anni si è parlato e si parla di un Codice Civile, che si sta elaborando a Costantinopoli, e di cui di già sarebbe stata pubblicata una prima parte, quella cioè relativa alla vendita. Essendoci per altro ignota non possiamo portare un giudizio su di essa; ma si assicura che sia un semplice estratto dei libri giuridici Musulmani, con la omissione di tutto ciò che possa urtare nel principio della uguaglianza fra tutti i sudditi Ottomani.

Per completare poi quello che attiene alle riforme che vanno operandosi in Turchia mediante i *Canun*, non posso omettere di rammentare il recente firmano pubblicato dalla Porta per la pacificazione dell'Erzegovina, che deve attuarsi in tutto l'impero; come pure l'adesione al progetto di Riforme redatto dall'Austria, d'accordo coll'altre potenze di Europa, ed accettato dalla Porta col Firmano del 5-17 febbrajo 1876.

Debbo infine rammentare l'esperimento, che colla Riforma giudiziaria oggi si tenta in Egitto. Ove si sono pubblicati sei codici, modellati su quelli Francesi, che comprendono tutto il Diritto tanto Civile, che Commerciale, e Penale, e che dovrebbero rimpiazzare tutta quanta la legislazione precedente; e nei quali si è tenuto un certo conto della loro redazione del Diritto Musulmano. L'esperimento per altro è troppo recente, perchè possa portarsi su di esso un giudizio sicuro, ed apprezzarne le conseguenze.

Senza tenere adunque conto di questo fatto recentissimo, e per ora temporaneo, possiam dire che il Diritto Civile privato Musulmano è tutt'ora in vigore nell'Impero Ottomano, e che ad esso non hanno arrecato radicali modificazioni i *Canun* o ordinanze Imperiali.

Volendo perciò stabilire quali sono le fonti del Diritto Ottomano attuale diremo che esse sono le seguenti;

I *Canun* che comprendono ed abbracciano tutto il Diritto Pubblico esterno ed interno, il Diritto penale, ed il Diritto Commerciale terrestre e marittimo.

Il *Sceriat* o Diritto Musulmano antico che regola tuttora il Diritto Civile privato, vale a dire

1° Lo statuto personale cioè: matrimonio, patria potestà, tutela, curatela adozione, e successioni legittime e testamentarie.

2° La proprietà.

3° I contratti di ogni specie, eccettuati i commerciali.

Quindi le fonti del diritto Ottomano sono di due specie; quella religiosa, e

quella politica. La fonte religiosa, che la rimontare al Profeta le sue disposizioni, cioè lo *Sceriat* o *Fiqh*, e che è basata sul *Corano* e la *Sunna*, come abbiamo altrove spiegato. Quella politica, che abbraccia tutte le ordinanze dei Sultani, la quale è destinata a completar la prima, e che in gran parte l'ha anche modificata.

A queste due fonti di Legislazione corrispondono due ordini o specie di Tribunali nell' Impero Ottomano. Cioè i Tribunali conformi allo *Sceriat*, o Legge Musulmana, e quelli civili stabiliti dalle ordinanze Imperiali.

I Tribunali legali nel senso vero della parola sono i *Mehkémé*, composti di un *Cadi*, che risiede in ogni Città e capoluogo, ed è assistito da un *Mufti*, o dottore nella Legge. Questi Tribunali seguono rigorosamente la procedura dei libri giuridici Musulmani, semplice ma insufficiente, e del tutto primitiva. Non hanno che un sol grado di giurisdizione, e per essi i *Canun* non esistono affatto, poichè i *Cadi* non gli rispettano in nessun modo. Infatti i giuristi Musulmani, di cui sono composti quei Tribunali, negano al Sultano ogni potere legislativo vero e proprio, ed ogni facoltà di poter modificare la legge.

I Tribunali, o *Medglis* civili istituiti in ogni città principale di provincia, composti d' impiegati Civili con una procedura loro propria, differente da quella dei Tribunali religiosi, e con diversi gradi di giurisdizione. Nell'impero ottomano si comincia dai Tribunali inferiori dei *Sandgiak* e *casas*, e si arriva fino al consiglio supremo di giustizia

sedente a Costantinopoli. *BOLLETTINO de Legislazione e Giurisprudenza Vol. III, pag. 1.*

I Tribunali religiosi, o *Mehkémé* dovrebbero a tutto rigore essere i soli ad applicare lo *Sceriat* o Legge Musulmana; quelli civili o *Medglis* dovrebbero limitarsi ad applicare la legge Civile o *Canun*. Ed era quello che avveniva nei tempi anteriori alle ultime riforme.

Oggidi però i *Mehkémé* si limitano ad applicare lo statuto personale, cioè le leggi religiose relative specialmente al matrimonio, alle tutele, e successioni, e fanno l' ufficio di notari, che non esistono affatto nell' Impero Ottomano per i contratti e testamenti; sono essi che redigono i *Hogget*, che altro non sono, che dei contratti o testamenti redatti in forma pubblica ed autentica. Anche le loro sentenze portano il nome di *Hogget*, poichè sono atti autentici, che fanno fede di quello che contengono. Tutti i quali atti autentici notarili o *Hogget* non fanno però prova assoluta, nè costituiscono una presunzione *juris et de jure*, ma una semplice prova che ammette quella in contrario.

Ogni altra sorta di controversie sebbene regolata dalla legge religiosa rientra nella competenza dei Tribunali, o *Medglis* civili; i quali peraltro chiamano nel loro seno i *Cadi* ed *Ulemas*, o giuristi musulmani per riceverne i lumi, quando devesi applicare lo *Sceriat*; Ed attesa la loro completa ignoranza del Diritto Musulmano seguono ciecamente quanto vien loro indicato da quei giuristi.

Dalle cose dette sembrerebbe, che nell'Impero Ottomano un grande ed importante progresso avesse fatto la legislazione del paese. E che l'immobilità del Diritto Musulmano avesse ricevuta una forte scossa dalle recenti costituzioni dei Sultani.

Sciaguratamente però il movimento è più apparente che reale, e può dirsi con molta verità, che quasi nessun progresso si è verificato nel Diritto Ottomano.

Le costituzioni imperiali sono state numerose ed importanti. Per la massima parte però sono rimaste lettera morta, e la loro influenza appena si è fatta sentire fra i Musulmani. I quali le ritengono tuttora, come mancanti di efficacia per mutare la legge vera e propria o *Sceriat*, e le considerano come una cosa passeggera e transitoria. Insomma le riforme degli ultimi Sultani non sono entrate nelle abitudini e convinzioni del popolo musulmano, il quale resta sempre strettamente attaccato alle sue antiche idee. Talchè le nuove costituzioni imperiali rimangono per lo più senza applicazione, atteso il mal volere delle autorità locali, a cui ne è stata affidata l'esecuzione.

La ragione di un tal fatto deve principalmente riscontrarsi nella circostanza, che lo stato non si occupa nè punto nè poco dell'insegnamento del Diritto nell'Impero Ottomano, e lo abbandona completamente nelle mani degli *Ulemas*, o giuristi musulmani.

Lo stato non ha istituito veruna Università nella quale s'insegni il Diritto. Egli permette, che questa scienza, cotanto necessaria per il progresso dei popoli,

venga insegnata esclusivamente nelle Università teologiche. Le quali, composte come sono di professori imbevuti delle idee le più intolleranti e retrograde, non si curano minimamente della nuova legislazione, e fanno il subietto esclusivo dei loro studj l'antica.

Ma il governo ottomano merita anche un'altro rimprovero. Allorchè ha bisogno dei lumi degli uomini di legge, si rivolge esclusivamente al ceto degli *Ulemas* o dottori musulmani, e si affida pienamente alle loro opinioni. Bene spesso inoltre nelle sue recenti costituzioni proclama, che lo *Sceriat* o legge religiosa è tuttora in vigore in materie importantissime, p.e. sulla proprietà, come ha fatto nella ordinanza del 7 Ramadan 1274, art. 2.

« La législation et la procédure relatives à ces quatre sortes de terres *Mulk* (cioè alla vera proprietà privata) se trouvant dans les livres de jurisprudence religieuse (*Fiqh*) ne seront pas traitées ici. »

I Sultani non hanno adunque finora avuto il coraggio di sopprimere la massima Musulmana, che nega al Principe ogni potere legislativo, non hanno voluto proclamare nei loro stati il principio—*quod principi placet legis habet vigorem*. Sicchè i loro popoli li considerano tuttora come dei semplici custodi della legge, e sottomessi alla casta degli *Ulemas*. In diritto il Governo Ottomano è il meno assoluto che esista al mondo. Da cui deriva che di fatto lo è in un grado superlativo, poichè ad ogni momento è obbligato a violare la leg-

ge, non avendo il potere di migliorarla e correggerla.

Nei *Medglis Civili* poi, che sarebbero destinati ad applicare i *Canun*, non collocati uomini istruiti ed indipendenti, i quali possano far passare nelle abitudini e nella vita del popolo Ottomano i principj contenuti nella nuova legislazione; li riempie invece di uomini inetti ed ignoranti, e del tutto incapaci per l'alto ufficio a cui sarebbero destinati; e di più gli fa assistere e consigliare dagli *Ulemas*.

Manca adunque nell'Impero Ottomano la *viva vox* del nuovo Diritto. Non vi si sentite che il grido assordante del giurista Musulmano, il quale impedisce, che il popolo possa approfittare dei progressi e miglioramenti, che il governo Ottomano dice di voler portare nella Legislazione.

Od in altre parole la vita giuridica nell'Impero è ristretta alla casta degli *Ulemas*; l'unico scopo della quale si è, di restare ferma ed immobile a quanto vien prescritto nel *Corano* e nella *Sunna*. Ogni innovazione che vi si tenti vien ritenuta da questa casta come sacrilega e di nessun valore; dessa insinua ai buoni Musulmani, sui quali esercita tuttora una potente influenza, che debbono sottomettersi alle nuove Leggi, solo perchè la forza gli obbliga a piegare il capo a voleri del Principe. Ma al tempo stesso inculca loro, che debbono esecrarle ed abborrirle, e far tutti i loro sforzi per attraversarle ed impedirne l'applicazione. Ed il Governo non la reprime, nè l'arresta in questa propaganda reazionaria. Anzi la tiene in onore e le affida cariche importantissime.

Com'è possibile, che di fronte a tale

opposizione dei giuristi Musulmani, le riforme legislative dei Sultani abbiano un buon risultato, e raggiungano lo scopo, che se ne è promesso all'Europa? Com'è egli possibile, che il diritto Ottomano faccia dei veri e solidi progressi? Come potrà egli avvenire, che il popolo Musulmano abbandoni le idee giuridiche viete ed antiquate dei suoi libri religiosi, per abbracciarne delle nuove? Finchè lo stato di cose attuale continuerà, ben poco vi sarà da sperare dalle riforme dei Sultani. Saranno polvere gettata negli occhi dei Governi Europei.

Un solo mezzo vi sarà per ottenere, che nell'Impero Ottomano la legislazione ed il diritto si svolgano nel modo che è avvenuto in Europa.

La separazione cioè la più assoluta fra la legge Civile e quella religiosa.

La quale non si otterrà, che rilegando i teologi Musulmani nelle loro Università e Moschée, e col chiudere ad essi l'ingresso ad ogni carica civile e giudiziaria.

Dovrebbero aprirsi Università laiche, con esclusione assoluta degli *Ulemas*, nelle quali s'insegnasse con libertà, e senza restrizioni tanto l'antico che il nuovo Diritto.

Si formerebbe in tal guisa una scuola di nuovi giureconsulti, la quale, abbandonate le idee grette e meschine dei Dottori Musulmani, sottoporrebbe il Diritto Musulmano ad una critica severa e razionale; lo purgherebbe da tutte le scorie del fanatismo e dell'intolleranza; lo metterebbe in armonia colle nuove Costituzioni dei Principj; ne mostrerebbe le sue attinenze col Diritto Romano, da cui è nato, e dal quale ha attinto i principj

fondamentali, e così creerebbe un sistema completo di Legislazione, nel quale si lascerebbe sussistere del vecchio tutto ciò che fosse conforme alle nuove idee, attinte dalla Civiltà Europea, e se ne toglierebbe tutto quello che non è più conforme allo stato attuale della Società.

Allora solamente vedremo le intenzioni dei Sultani riformatori coronate da un'esito fortunato. Vedremo cessare l'immobilità del Diritto Musulmano, ed entrare nelle vene del popolo Ottomano una nuova vita giuridica, e quale dovrebbe sgorgare dalle nuove Costituzioni dei principj Ottomani.

Cesserà allora la distinzione fra *Sce-riat* e *Canun*. Sparirà ogni traccia della doppia giurisdizione Religiosa e Civile, che divide in due campi ostili ed irreconciliabili i Tribunali Ottomani. Sarà abolito per sempre l'antiquato ed impossibile *Mehkemé*, per surrogare ad esso dei Tribunali laici, con esclusione completa degli *Ulemas*, e così si avranno serie garanzie di moralità e di giustizia.

L'opera che a primo aspetto può sembrar colossale, è di un'attuazione facilissima; perchè i popoli Musulmani sono stanchi del vecchio sistema, ed affamati di giustizia. Sono essi i primi a gridare contro la casta dei loro giuristi; sono essi che sospirano il momento di venir sottomessi ad una giustizia organizzata all'Europa.

Basta che non siano turbati nelle loro pratiche religiose, che possano tranquillamente pregare nelle Moschee e fare il Ramadan; e degli *Ulemas* son pronti a far di meno per la parte giuridica. Quanto alle questioni del mio e del tuo; quanto

ai contratti ed alla proprietà, non tengono minimamente di esser sottoposti a degli *Ulemas*, anzichè a dei veri giudici. Chi ci tiene è chi facilmente può dominare quella casta unita e compatta, e servirsi ai propri disegni.

Se i Principj Ottomani vorranno davvero, che le loro riforme, che le nuove leggi diventino popolari e proficue, non possono battere, che la strada da noi indicata. Quella sin qui seguita è errata, e non potrà che lasciare l'Impero Ottomano nelle condizioni, in cui si trova oggidì, nonostante le riforme promesse e tentate dagli ultimi Sultani.

Queste riforme sono partite dall'alto; il popolo non ne ha avuto sentore, che per la pubblicazione dei Firmani Imperiali, sempre malamente applicati. Non vi ha presa parte attiva, perchè quelli che lo rappresentano nel muovimento giuridico, cioè i giuristi Musulmani, ne sono stati lontani, ed anzi hanno aversato ogni innovazione. Ed il governo, invece di surrogare alla casta di quei giuristi un'altra casta, che sorta dal popolo fosse imbevuta delle nuove idee, ha lasciato con tutte le sue prerogative e la sua influenza il corpo degli *Ulemas*.

Sicchè può dirsi che il muovimento scientifico del Diritto non è riuscito popolare, ma è rimasto fuori del sentimento nazionale.

Da cui doveva derivare, che, nonostante le innovazioni dei Sultani, il vero Diritto Musulmano è rimasto tuttora stazionario ed immobile, e che da tre secoli non ha fatto verun passo in avanti. Lochè ci mette nella necessità di farlo subietto di studj serii e profondi; sia per-

chè in gran parte, e per quello che attiene al Diritto Civile privato, è tuttora in pieno vigore, e si applica dai Tribunali del paese. Sia perchè solo collo studio del medesimo se ne vedranno i lati buoni, e quelli deboli; se ne vedranno le attinenze col Diritto Romano Bizantino, e colle attuali Legislazioni Europee; ed i Sovrani Musulmani potranno accorgersi quali sono le parti da lasciarsi in vigore, e quelle che debbono modificarsi.

Lo studio di quel Diritto non è al certo agevole. Le opere giuridiche Musulmane hanno uno stile ed un gergo loro proprio, che è difficilissimo ad essere inteso. È stata sempre cura grandissima dei giuristi Musulmani di circondare con un mistero impenetrabile, e rendere irta di difficoltà la scienza della giurisprudenza. Volevano farne un monopolio, e tener lontani da essa quelli, che non appartenevano al loro corpo. In tal guisa potevano facilmente dominare non solo i popoli, ma gli stessi sovrani Musulmani. Nel modo stesso, che i Pontefici dell'antica Roma avviluppavano in un secreto impenetrabile le formalità per l'applicazione della Legge, e così se ne rendevano unici depositari. Finchè lo scrivano *Cneo Flavio* svelò e pubblicò la tavola dei giorni fasti e nefasti, ed una raccolta di formole (*actiones*) conosciuta sotto il titolo di *jus Civile Flavianum*. MAINZ. *Droit Romain Introdus*. § 46.

Occorrerebbe un *Cneo Flavio* anche pel Diritto Musulmano. Il quale traducendo in lingua *volgare* le opere di quel diritto, ed esplicando la legge Musulmana in termini chiari ed intelligibili,

la mettesse alla portata di tutti, levandola dalle mani degli *Ulemas*.

Ma finchè ciò avvenga, conviene studiare come più e meglio si può quel Diritto. Per buona ventura molti dotti orientalisti Europei ci hanno messo in grado di poterlo conoscere nella massima parte. È sulle loro traccie, che ho potuto raccogliere le notizie contenute in questa monografia.

Non penso al certo di avere molto contribuito allo studio del Diritto Musulmano, colle poche osservazioni storiche, che sottopongo agli appassionati delle scienze giuridiche.

Mi sono unicamente proposto di eccitarne la curiosità, onde invitarli a rivolgermi la loro attenzione, e produrre altri lavori, che facciano meglio conoscere la legge Musulmana ai cultori del Diritto comparato.

#### § V. Scrittori Europei sul Diritto Musulmano.

Onde completare, per quanto è possibile, le indicazioni necessarie allo studio del Diritto Musulmano, credo dover dare un cenno degli Scrittori Europei, che se ne sono occupati, ed hanno pubblicate delle opere intorno ad esso.

Al quale oggetto dirò quali sono i lavori fatti sulle diversi fonti del Diritto Ottomano, cioè sul Corano, sulla Sunna, sulle opere dei giuristi musulmani, sulle Capitolazioni, e Trattati di Commercio, e sui *Canun*, o ordinanze dei principi; insomma sul vero e proprio Diritto Musulmano o *Sceriat*, e sulle costituzioni di principi o *Canun*.

### Corano.

Un primo lavoro sul *Corano*, e sulla religione Maomettana è del MARRACCI, in titolato : *Podromus ad refutationem Alcorani, Romae*, 1691 in fol.

Possono poi citarsi diverse traduzioni di quel libro sacro dei Maomettani ; cioè SALES, con una dotta introduzione in inglese.

SAVARY. *Le Coran traduit de l'Arabe Paris 1821, Vol 2.*

KASIMIRSKI, *Le Coran. Traduction nouvelle faite sur le texte Arabe*, Paris, 1873, 1 vol. (È questa la più recente e forse la più esatta traduzione del Corano in francese. 1 vol.)

CALZA. *Il Corano, versione italiana del Comm. Calza, Console Generale Pontificio in Algeri Bastia. 1847, 1 vol.*

SAGOT-LESAGE. *Etude sur la législation de Mahomet, Paris 1858. 1 vol.*

ROGUET. *Législation des Musulmans. Paris 1871.*

BARTHÉLEMY ST.-HILAIRE. *Mohamet et le Coran. Paris 1865, 1 vol.*

### Sunna.

Delle tradizioni, l'unica collezione, che conosciamo, tradotta in una lingua europea, è il *Mishcat-el-Musabih, or a collection of the most authentic traditions, regarding the actions and Sayings of Muhammed, translated by Matthews. Calcutta 1810, in 2 vol.*

### Opere di Diritto Musulmano, o Sceriat.

Divideremo le opere degli Scrittori Eu-

ropei sul Diritto Musulmano secondo i riti, o scuole, di cui si occupano.

#### RITO HANAFITA.

Su questo rito gl'Inglesi sono quelli, che ci hanno dato il maggior numero di lavori, sia traducendo opere giuridiche arabe, sia facendone degli estratti o studj originali.

Di ciò dobbiamo trovare la ragione nella circostanza, che nelle Indie Inglesi sono circa 30 a 40 milioni di Musulmani, e che il governo inglese gli ha sempre lasciati sotto l'impero delle loro leggi civili private. Le quali vengono applicate dagli stessi Tribunali Inglesi o Corti, che amministrano giustizia nelle Indie. Ella è questa la ragione per cui gli Inglesi, più di ogni altra nazione europea, si sono da molto tempo occupati della legge musulmana. Lo stesso fatto è stato la causa per cui in seguito gli Olandesi pei loro possessi nelle Isole di Asia, i Francesi per l'Algeria, ed i Russi pel Caucaso, hanno rivolti i loro studj a questa importante materia.

Ed è appunto per l'uso delle Corti Britanniche nelle Indie, che è stato dapprima tradotta un'opera giuridica musulmana di gran valore, cioè : l'*Hedaya, or guide, a commentary of the musliman law traslated by order of the Governor General and Council of Bengal by Charles Hamilton. London 1791, 4 vol.*

Oltre la quale opera tradotta in inglese posson citarsi le seguenti :

JONES. *The Mohammedan Law of Succession to the property of intestates in Arabik, with a verbal traslation and*

*explanatory Notes. By William Jones London, 1872 1 vol.*

AL SIRAJIYYAH, *or the Mohammedan Law of Inheritance with a Commentary by Sir Williams Jones. Calcutta 1792, 1 vol.*

A DIGEST, *of Mohammedan law according to the tenets of the twelve Imams, compiled under the superintendence of Sir Williams Jones, extended so as to comprise the whole of the Imams' code of jurisprudence in temporal matters, and translated from the original Arabic by Order of the supreme Government of Bengal by Captain John Baillie vol. 1 in 4 Calcutta, 1806 (Di questa opera che doveva comprendere 4 vol. uno solo ne è stato pubblicato.)*

BAILLIE'S *Mohammedan law of Inheritance, Calcutta 1 vol.*

NEIL BAILLIE—*The Mohammedan law of sale according to the Hunefee code from the Futawa Alumgeeree. Selected and translated from the arabic by Neil Baillie London 1850. 1 vol.*

MACNAGHTEN — *principles and precedents of Mohammedan law, being a compilation of primary rules relatives to the doctrine of Inheritance, contracts, and Miscellaneous subjects by W. H. Macnaghten Calcutta 1825 1, vol.*

GALLOWAY — *Observations on the law and constitution, and present Government of India, by Lieut. Col. Galloway, London, 1832 1. vol.*

BRIGGS — *The present land tax in India by Lieut. Col. Briggs London 1830. (In queste due opere si trovano osservazioni importanti e pratiche intor-*

*no alla proprietà fondiaria secondo la legge Musulmana.)*

ELBERLING — *The Mohammedan law of Inheritance, Gift, will, sale, and Mortgage, as contained in the treatise by F. E. Elberling collected together by Shamachuru Sircor, Calcutta 1861, 1. vol.*

RUMSEY — *A chart of family Inheritance, London 1866 1. vol.*

MORLEY, *the administration of Justice in British India, its past history, and present state, comprising an account of the law peculiar to India. By W. Morley. Calcutta 1868 1 vol.*

MORLEY. *An analytical Digest of all the reported cases decided in the supreme Courts in India by W. Morley. 2 vol. London 1850.*

(L'introduzione che è di pag. 317 si occupa di tutte le leggi in vigore nell'India, e quindi anche di quella Musulmana, e fra i casi decisi ve ne sono moltissimi, che lo sono stati secondo quella legge.)

KENNEDY—*Abstracts of Mohammedan Law in the Journal of the Royal Society. vol. II p. 81.*

HARINGTON'S *Analysis of the Bengal Regulations Vol. I. pag. 222 (ove impiega un lungo capitolo intorno alla legge criminale Musulmana.)*

CLARKE — *Abstract of the Bengal Regulations, IV Judicial, pag. 665 (Si occupa parimente della legge criminale Musulmana.)*

BAGUES — *The Criminal law of the Madras presidency contained in the existings Regulations and acts. Madras 1848.*

Questa ricca collezione di opere Inglesi

sul diritto Musulmano è tanto più pregevole, perchè può servire anche per l'impero Ottomano, ov'è in vigore lo stesso rito *Hanafita*, che nelle Indie. Ed inoltre perchè fra gli scrittori Inglesi vi sono non pochi giureconsulti. Lo che è cosa altamente apprezzabile; giacchè in generale coloro che in Europa si sono occupati di Diritto Musulmano appartengono alla classe dei diplomatici, ed Orientalisti, la quale non risplende ordinariamente per ricchezza di cognizioni giuridiche, nè per la precisione nel linguaggio legale. Talchè è incapace di renderci con esattezza le idee dei giuristi Musulmani.

Sullo stesso rito Hanafita sono state pubblicate le seguenti opere in varie lingue, destinate in special modo all'impero Ottomano, nel quale quel rito è in vigore.

Alcune notizie sull'Impero Ottomano e legislazione musulmana ce le aveva date il D'ANQUETIL DUPERRON, nella sua opera *Législation Orientale*. Amsterdam 1778. Esse però sono inesatte, ed incomplete.

Ma chi davvero ci ha potuto iniziare alla cognizione dell'Impero Ottomano è stato il D'Hosson. *Tableau général de l'Empire Ottoman divisé en deux parties, dont l'une comprend la législation Mahométane, l'autre l'Histoire de l'Empire Ottoman, par M. de M. D'Hosson*. Paris 1788, in 8 vol. (di cui l'ultimo è stato pubblicato nel 1824 a cura del figlio dell'autore).

Quest'opera celebratissima, e che può dirsi la prima, che abbia messa l'Europa

in grado di conoscere la legislazione ottomana, contiene nei volumi V e VI un estratto e traduzione assai sviluppata del *Multeka el Ebkor*, una delle opere le più pratiche del Rito *Hanafita*.

Dopo la quale opera meritano menzioni le seguenti:

*Recherches sur la nature et sur les révolutions du droit de propriété territoriale en Egypte, depuis la conquête de l'Egypte par les Musulmans, jusqu'à l'expédition Française. Trois mémoires insérées dans les mémoires de l'Institut. La première dans le Tom. 1. Paris 1818.—Imprimerie royale, la 2. et 3. dans le tom V. VI. et VII du même recueil 1823*

DUCARROY. *Législation Musulmane Sunnite dans le Journal Asiatique années 1848. 1853*. (Il lavoro è rimasto incompleto per la morte dell'autore.)

BELIN. *Etude sur la propriété foncière en pays Musulman et spécialement en Turquie. (Rite Hanafite) 1861. 1 vol.*

WALTER-BEHRNAUER. *Mémoire par les Institutions de Police chez les Arabes, les Persans, et les Turcs par Walter Behrnauer. Paris, 1861, 1 vol.*

WORMS. *Recherches sur la Constitution de la propriété territoriale dans les pays musulmans, et subsidiairement en Algérie, par le D<sup>r</sup> Worms. Journal Asiatique, 3<sup>me</sup> Série, Tom XIV, page 225.*

MIRZA KAZEM BEG. *Notice sur la marche et le progrès de la Jurisprudence parmi les sectes Orthodoxes Musulmanes par Mirza Kazem Beg. Journal*

Asiatique, 4<sup>me</sup> Série, Tom XV, page 158.

EUGÈNE SICÉ DE PONDICHÉRY. *Traité des lois Mahometanes, ou Recueil des lois, us et coutumes des Musulmans du Decan. Dans le Journal Asiatique 3<sup>me</sup> Série, Tom XII, page 149.*

D'ADELBOURG. *Recueil des Fetwa ou décisions de la loi musulmane, concernant le contrat de louage, par E. D'Adelbourg. Constantinople, 1 vol. 1838.*

ROSENMÜLLER. *Analecta Arabica, editio latine, vertit et illustravit Rosenmüller. Lipsiae 1825, 1 vol. (Dove sono le Institutiones Juris Mahomedani circa bellum contra eos, qui ab Islamo sunt alieni di Coduri).*

SOLVET. *Instituts de Droit Mahometan sur la guerre avec les infidèles extraits du Livre d'Abou et Hosain Ahmed el Kodouri sur le Droit, et de celui de Saïd Ali-el Hamadani, intitulé trésor des rois. Traduits de l'Arabe en Français par Ch. Solvet Avocat. Paris 1829.*

Finalmente sul rito *Hanafita* abbiamo un lavoro di uno scrittore Russo, cioè di *Tornaw*. Dopo la conquista del Caucaso da parte della Russia, si è sentito il bisogno di studiarvi il Diritto Musulmano secondo il rito *Hanafita*, che prevale in quelle regioni, popolate da molti Musulmani. Ciò ha dato origine alla detta opera in Lingua Russa, che porta il titolo. *Un'esposizione dei principj della Giurisprudenza Musulmana. St.-Petersbourg 1850.* È stata dapprima tradotta in Tedesco, quindi in Francese col titolo. *Le droit Musulman exposé d'après les sources par Nicolas De Tornaw,*

*traduit en Français par M. Eschbach Paris 1860 1. vol.*

GATTESCHI *Manuale di Diritto Pubblico e Privato Ottomano. Parte II Diritto Privato sezione II. Diritto civile. Il Diritto Civile Ottomano disposto secondo l'ordine del Codice Napoleone pag. 382. Alessandria 1865, 1 vol.*

GATTESCHI. *Studj sulla proprietà fondiaria, le Ipoteche, ed i Wak/s, secondo la legge ottomana. Alessandria 1869, vol. 1.*

#### RITO MALEKITA.

I lavori più rilevanti su questo rito sono stati fatti dai Francesi dopo la loro conquista dell'Algeria. Siccome vi hanno lasciata in vigore la Legge Civile Musulmana, quanto ai loro sudditi Maomettani; e siccome quella Legge viene applicata anche nei Tribunali Francesi dell'Algeria, così varie opere sul Diritto Musulmano secondo il rito *Malekita*, che predomina in quel paese, sono state pubblicate in Francia.

Tra queste la più voluminosa è la Traduzione del *Mohtaser*, di *Halil Ibn Isac fatta dal D<sup>r</sup> Perron* a spese del Governo Francese, in 6 grossi volumi, stampati a Parigi all'*Imprimerie Nationale* sotto il titolo: *Précis de Jurisprudence musulmane, ou Principes de Législation musulmane Civile et Religieuse selon le rite Malekite traduit de l'arabe par Perron.* Paris 1849.

Quest'opera serve di guida ai Tribunali Algerini, i quali basano su di essa le loro decisioni fra Musulmani. È corredata da una tavola analitica delle

materie, fatta per ordine alfabetico, e che ne rende molto facile l'uso.

Oltre quest'opera possono citarsi le seguenti :

VINCENT. *Etudes sur la loi musulmane, rite de Malek. Législation Criminelle, par M. Vincent.* Paris, 1842, 1 vol. (L'opera è preceduta da un'interessante introduzione sui giuristi del rito Malekita).

SOLVET. *Notice sur les successions musulmanes, par Solvet, Conseiller à la Cour d'Alger, et L. T. Bresnier.* Alger, 1846. 1 vol.

SAUTAYRA ET CHARBONNEAUX. *Droit musulman. Du statut personnel et des successions par M. Sautayra et Charbonneaux.* Paris 1873, 2 vol. (In quest'opera si fa il confronto dei due riti Malekita e Hanafita).

WORMS. *Sur la propriété en pays musulmans* (Opera citata superiormente, e nella quale i due riti Malekita e Hanafita sono messi a confronto, e studiati).

PHARAON ET DULAU. *Etudes sur les lois anciennes et modernes. Première Classe. Legislations Orientales. Première partie. Droit musulman, par Ioanny Pharaon et Théodore Dulau.* Paris, 1841.

DARESTE. *De la propriété en Algérie, par Rodolphe Dareste.* Paris, 1864. 1 vol.

MENERVILLE. *Jurisprudence de la Cour Impériale d'Alger en matière civile et commerciale, par Menerville, conseiller à la Cour d'Alger.* Paris, 1855. 1 vol. (Nel citare le decisioni della Corte di Algeri si riportano i prin-

cipi del Diritto Musulmano, che hanno servito di norma alla Corte nelle cause in cui quel Diritto ha ricevuto applicazione).

GILLOTTE. *Traité de Droit Musulman.* Paris, 1860. 1 vol.

#### RITO SCIAFEITA.

Sono gli Olandesi che, possedendo l'Isola di Giava, ove predomina il rito Sciafeita, si sono occupati del Diritto Musulmano secondo quella setta.

KEYZER ha pubblicato due opere in olandese intitolate l'una : *Manuale di Diritto Maomettano.* Gravenhage, 1855, e l'altra : *Il Diritto Maomettano secondo le fonti arabe, Giavane e Malesi,* 1857. Di più ha tradotto il *Précis de Jurisprudence Musulmane selon le rite Sciafeite, par Abou Chodya, publication du texte arabe avec traduction et annotations, par le Dr S. Keyzer, professeur de langues, etc., etc.* Leyda, 1859.

WAN DER BERG. *De contractu DO UT DES jure Mohamedano a Guglielmo Cristiano Wan der Berg.* Leydarum Batavorum, 1868. (È una dottissima tesi sostenuta dall'autore pella Laurea dottorale, e nella quale oltre i prolegomeni sulla Storia e Scrittori del Diritto Musulmano, si tratta in modo veramente Scientifico la materia dei contratti, confrontando tra loro i varii riti, ma occupandosi specialmente di quello Sciafeita).

MARRE. *Code des successions et du mariage en usage à Java, transcrit en caractères européens et traduit en français sur les manuscrits de la biblio-*

*thèque nationale, par Aristide Marre.* Paris, 1874. 1 vol.

RITO SCIITA.

Di questa setta eterodossa musulmana, che predomina in Persia, è stata pubblicata una bellissima traduzione di una opera giuridica Sciita, da QUERRY. *Droit Musulman. Recueil des Lois concernant les Musulmans Schiytes.* par A. Querry, Consul de France à Tebriz. Paris, Imprimerie Nationale 1872. 2 vol.

**Capitolazioni e Trattati di Commercio, e ordinanze Imperiali.**

AMARI. *Diplomi Arabi dell' Archivio Fiorentino. Testo Originale con la traduzione letterale e illustrazione, di Michele Amari.* Firenze, 1863.

MAS LASTRIE. *Traité de paix et de commerce et documents divers concernant les relations des Chrétiens avec les Arabes de l'Afrique Septentrionale au moyen-âge;* par M. L. de Mas Lastrie. Paris, 1866. vol. 1.

TESTA. *Recueil des traités de la Porte Ottomane avec les Puissances Etrangères depuis 1536 jusqu'à nos jours,* par le Baron S. Testa. Paris, 1864, vol. 3. (L'opera è rimasta interrotta per la morte dell'autore, il quale non ha pubblicato che le Capitolazioni, i Trattati di Commercio e le Convenzioni della Porta colla Francia).

FÉRAUD GIRAUD. *De la Jurisdiction Française dans les échelles du Levant et de Barbarie. Etude sur la condition légale des étrangers dans les pays*

*hors chrétienté,* par L. I. D. Féraud Giraud. Paris, 1866. 2 vol.

GATTESCHI. *Manuale di Diritto Pubblico e Privato Ottomano contenente le principali Capitolazioni e Trattati di Commercio della Porta colle potenze cristiane e relativi regolamenti, la legislazione commerciale e varie Leggi e Ordinanze.* 1 vol. 1865.

IDEM. *Bollettino di Legislazione e Giurisprudenza in Egitto.* Vol. I, II, e III. Alessandria, 1866 a 1874.

ARISTARCHI BEY. *Législation Ottomane, ou Recueil des lois, règlements, ordonnances, traités, capitulations et autres documents officiels de l'Empire Ottoman,* par Aristarchi Bey, publiée par Demetrios Nicolaïdes. Constantinople, 4 vol. 1874.

Deve poi consultarsi sui *Canun* la opera di D' Hosson, sopraccitata, nella quale si tratta lungamente dell'organizzazione interna dell'Impero Ottomano: Ed inoltre *Hammer* nella sua storia dell'Impero Ottomano.

Finalmente inviteremo il lettore a non trascurare i Rapporti di

MANCINI. *Relazione della Commissione sul progetto di Legge, = Modificazione della giurisdizione esercitata dai consoli in Egitto.* 1875.

ROUVIER. *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner le projet de loi relatif à la Réforme Judiciaire en Egypte.* Versailles, 1875.

Dall'elenco fatto delle opere pubblicate in lingue Europee sul Diritto Musulmano, e che credo completo, risulta, che questo è stato fatto subbietto di studii assai profondi ed estesi in Euro-

pa. Non penso però che sieno sufficienti ; ma invece ritengo che debbano essere completati con indagini e ricerche maggiori.

Al qual'oggetto dovrebbero tradursi in lingue Europee molte altre opere di Giuristi Musulmani, onde poter maggiormente approfondire lo studio di questa vasta Giurisprudenza. Finora non abbiamo di traduzioni di opere arabe che pochi volumi. Cosa sono questi al confronto delle molte migliaja che ne esistono? Potrà egli ritenersi, che con quelle poche traduzioni si possa dire di conoscere a fondo il Diritto Musulmano ?

Io credo di no : Tanto più, che la massima parte di simili traduzioni sono opera di uomini non molto dotti in materie giuridiche, e per lo più di semplici orientalisti, più capaci ad intendere le opere arabe di storia e di filosofia, che le opere di giurisprudenza, le quali hanno uno stile ed una nomenclatura tutta propria, e molto diversa dalla comune.

Quando invece venissero tradotte varie altre opere Musulmane, cioè dei trattati generali di diritto Musulmano, e delle collezioni di Tradizioni e di Fetwa, gli studiosi sarebbero in grado di fare esami e confronti, e giungere a bene addentrarsi nello spirito e nelle disposizioni di quella Legislazione. Che si moltiplichino adunque le Traduzioni di opere giuridiche Musulmane, che i Governi e le Società Scientifiche le incoraggino e le favoriscano ; poiché abbandonate all'iniziativa privata non potrebbero al certo essere numerose. Con esse si prepareranno dei materiali da servire ai cultori del Diritto Musulmano, ed estenderne la cognizione. Allora se ne potrà fare il confronto col Diritto Romano e le moderne Legislazioni, se ne amplierà la letteratura, che su di esso è di già incominciata, ma che non è giunta certamente al punto, da poter servire pienamente nè ai bisogni della scienza, nè a quelli della pratica.

F I N E .



## PREFAZIONE.

---

Quanto gli Europei, che conquistarono dei paesi Mussulmani, si occuparono di pubblicare opere di Giureconsulti Orientali, altrettanto essi trascurarono, per quello che io so, di trattare il Gius Mussulmano scientificamente, e collo stesso metodo col quale da gran tempo si tratta il Diritto Romano e quello moderno. Lo che a me sembra cosa da lamentare. Imperocchè opino, che i Giuristi Orientali meritino non solo di essere conosciuti, ma sibbenanco studiati dai dotti; difatti se si guarda alla forza ed autorità del Diritto Mussulmano, si vede che egli si estende quanto una volta si estendeva il Diritto Romano; mentre se ne valgono tutti i popoli dalle Colonne di Ercole alle più lontane isole dell'Arcipelago delle Indie Orientali. Dal che apparisce che quel Diritto deve adattarsi perfettamente all'indole di tutti quei popoli; chè altrimenti l'autorità di un tal diritto non si sarebbe estesa così largamente, e tanto da superare perfino quella del Romano Diritto.

L'ignoranza però in cui si è del diritto Mussulmano merita

grandissima scusa. Pochi sono infatti i Giuristi, i quali si sono dati allo studio delle lingue Orientali; ed inoltre la terminologia giuridica di esse è tanto difficile, che chiunque voglia darsi ad un tale studio, ha prima di tutto bisogno di crearsi un glossario; giacchè molti vocaboli giuridici o mancano affatto nei dizionarii, oppure sono cotanto difettosamente interpretati da persone imperite, da far cadere negli errori i più gravi quei che troppo creduli vi si fidassero.

Di che la ragione è facile a indovinare. In vero pochissimi fra gli studiosi del diritto Romano e Odierno si sono occupati di letteratura Orientale; (1) e di contro coloro che hanno studiato le lingue Semitiche sono digiuni affatto di cognizioni giuridiche. Ed è ciò l'origine di errori gravissimi; ne è da farne le meraviglie. Suppongasi infatti, che si affidi la spiegazione delle Pandette a chi ha appresa la scienza della lingua latina sui migliori scrittori del secolo d'oro. Ebbene sostengo, che sebbene dottissimo in quella lingua, pure non sarà in grado d'interpretarle rettamente, sia perchè la materia è male ordinata in quell'opera, sia perchè vi si incontrano molti vocaboli, che sono propri dei soli Giureconsulti, ed il significato dei quali è immensamente differente da quello che ha presso gli altri scrittori. E ciò vale in modo specialissimo per la Giurisprudenza Araba.

Nessuno poi supponga, che io sia colui che nel difficile la-

---

( 1 ) Ciò che qui dice l'autore non è applicabile agli Inglesi, i quali si sono dati allo studio del Diritto Musulmano, che è in vigore nelle loro colonie dell'Indostan. Infatti molti Giureconsulti Inglesi hanno pubblicate opere su quel Diritto. Possiam citare l'*Hamilton*, il *Macnagthen*, l'*Elberling*, il *Bullie*, ed altri molti. E tali opere sono assai pregevoli, e può dirsi che trattano scintificamente la materia. (Trad.)

berinto di tal Giurisprudenza abbia trovato il filo di salvezza. Vorrei invece far comprendere, che il presente Opuscolo è stato scritto più col fine d'imparare che d'insegnare; e che se ho premesse quelle osservazioni, l'ho fatto pel caso, che se qualcuno più perito nel diritto arabico mi leggesse, non voglia portare un giudizio troppo severo sugli errori nei quali senza dubbio sono incorso.

Avvi poi un'altra ragione che rende questo genere di studj, per se stesso molto scabroso, anche più difficile. Quel precetto di Quintiliano; *interpretationi prevedere debet emendata lectio* » non può bene spesso seguirsi nello studio delle fonti del diritto Arabico; di cui la maggior parte o non è finora pubblicata per le stampe, o così malamente, che prima di porsi a così ardua fatica, è indispensabile lo stabilire, come si può, i principj fondamentali della Giurisprudenza; lo che finora nessuno ha fatto. Aggiungi a ciò che gli stessi Giuriconsulti Orientali non sono maestri molto dotti, poichè tutte le loro opere o sono talmente prolisse, oppure talmente concise, che bene spesso da dieci pagine appena è dato poter ricavare una sola regola di diritto; ed al contrario talvolta in una sola fattispecie si contengono molte massime giuridiche.

Del resto per potere percorrere l'intero campo della Giurisprudenza le mie forze non sono al certo sufficienti. Quindi ho voluto esaminare una sola parte di essa, che sebbene piccola pure ha la più grande importanza pel diritto Civile. Infatti tra gli affari civili, i contratti, ai quali si dà il nome di *do ut des (bai)* talmente sono importanti, che bene spiegati una volta, gli altri facilmente s'intendono.

Ed è per questo motivo, che ho tentato di disporre con un certo ordine tal materia, e spero di essere in parte riuscito

nell' intento. In ogni modo mio desiderio si è, che i Giuresconsulti di ogni paese, ai quali sta a cuore il diritto comparato e lo studio dell' Oriente, si applichino assiduamente al diritto Musulmano, la di cui cognizione soltanto può servire a consolidare l' impero degli Europei nei paesi Mussulmani.

Aggiungerò poche parole per l' erudito lettore, perchè porti un equo giudizio sullo stile Latino del presente Opuscolo. Sebbene lo studio delle lettere mi abbia procurato diletto grandissimo, pure non aspiro alla lode di scrittore di una pura e perfetta Latinità. E come l' astuto Achille dirò, *quae non fecimus ipsi, vix ea nostra voco*. Dirò adunque apertamente la verità; avrei usata più volentieri la lingua volgare, se la materia non mi avesse persuaso il contrario, onde esser più facilmente inteso. Feci pertanto quello che credei migliore; cioè condotto a termine il lavoro, consegnai quello, che certamente non senza errori e con stile semibarbaro aveva scritto in latino, all' ornatissimo H. I. Polak, professore nel Ginnasio di Leyda, e che ha raggiunto i primi onori nella Filosofia e nelle lettere. Egli con cura e diligenza grandissima, vi tolse quello che gli sembrò meno corretto, e tentò migliorarlo. Se perciò lo stile da me usato, che val ben poca cosa, talvolta sarà trovato commendevole, debbo renderne pubblicamente grazie al Signor Pollak.

*Leyda 13 Novembre 1868.*

---

## PROLEGOMENI

---

Per bene intendere il Diritto Maomettano, anzi tutto conviene avere presente, che la società civile di tutti i popoli semitici fu nella sua origine teocratica. Infatti troviamo la Teocrazia nell'antichissima civiltà Ebraica, la quale durò fino alla estinzione dell'impero dei Califfi.

Lo che era prezzo dell'opera l'avvertire; giacchè la Teocrazia talmente s'unì col genio Semitico, che da tal causa soltanto è derivato, che il Diritto Semitico è tuttora immedesimato alla religione; mentre invece la separazione del Diritto dalla Religione si è di già compiuta in molti Popoli di Europa.

Penso che un gran pericolo vi sia in questa congiunzione delle cose divine ed umane; e che presso di noi si riterrebbe come una insopportabile tirannia, alla quale non basterebbe d'incrudelire sui corpi degli uomini, ma che si sforzerebbe inoltre di esercitare il suo impero anche sulle anime.

In Oriente poi, ove quasi tutti i cittadini professano la stessa religione, non solo tal sistema è privo di quelle cattive conseguenze che presso di noi ne risulterebbero, ma invece produce buoni

risultati; in quantochè ne deriva che i precetti della religione, della morale e del diritto sono in tutto tra loro conformi (1) (a).

Il Diritto presso i Maomettani può dividersi in diritto scritto cioè la Legge (*sceriaa*) ed in diritto non scritto cioè la Consuetudine (*aada, urf.*) (2) la quale nel silenzio della Legge, oppure quando è confermata da una espressa sanzione di questa, ha forza di Legge. Peraltro non ha forza veruna se è contro la Legge; la quale d'altronde non può esser mai abrogata dalla desuetudine (a)

Il diritto scritto è contenuto

1° Nel Corano (*Curan*)

- 
- (1) MONTESQUIEU. *Esprit des lois* IV. 4. Aujourd'hui nous recevons trois  
« educations differentes ou contraires; celle de nos pères, celle des  
« nos maîtres, celle du monde. Ce qu'on nous dit dans la dernière  
« renverse toutes les idées des premières. Cela vient en quelque  
« partie du contraste, qu'il y a parmi nous entre les enseignements  
« de la religion, et ceux du monde, chose que les anciens ne  
« connaissent pas.—Ed avrebbe potuto soggiungere; *ni les orientaux.*  
(a) Nel Medio Evo, e prima della Riforma, anche in Europa il Diritto Canonico esercitava una tale influenza sul diritto Civile, da potersi ritenere, che i precetti della Religione, della morale, e del diritto erano in tutto tra loro conformi. (Trad.)
- (2) Di queste parole i Giuristi Arabi servonsi promiscuamente.
- a) Nell'Impero Ottomano oltre a queste fonti del diritto si aggiungono le costituzioni dei principi, cioè dei Sultani. Esse costituiscono il così detto *Canun*, o legge civile, per distinguerla dalla legge religiosa, o *Sceria*. Può dirsi che oggi il *Canun*, cioè le costituzioni Imperiali, sono la fonte la più importante del Diritto Ottomano. Infatti tutto il Diritto Commerciale, il Diritto penale, le regole intorno gli *Wackf*, e molte parti della legislazione sulla proprietà immobiliare, trovansi nelle ordinanze Imperiali. In Egitto poi sono stati pubblicati dei Codici che abbracciano l'intera legislazione, nei quali ciò che è stato desunto dalla legge Religiosa, o *Sceria* è la parte la meno importante. (Trad.)

2° Nelle tradizioni del profeta (*sunna*)

3° Nei Responsi dei Giureconsulti. (*fetwa*)

I.

Quanto alla prima fonte, il Corano o Libro di Dio (*el-Kitab*) è la legge suprema dei Maomettani od in altri termini la loro Legge fondamentale; poichè presso gli Orientali l'autore di una nuova religione ha sempre creato pei suoi seguaci una nuova legge Civile e politica.

La riverenza che i Maomettani hanno pel Corano non può confrontarsi neppure con quella, che gli altri popoli hanno pei loro libri sacri. Imperocchè nè il Pentateuco presso gli Ebrei, nè il Vangelo presso i Cristiani sono tenuti in tanto onore, quanto quel libro, che è sempiterno quanto Dio stesso, e che ritiensi dagli Ortodossi far parte di Dio fin dall'eternità; è scritto nella tavola dei Divini Decreti, la quale sta presso il trono di Dio, e contiene i fati degli uomini. La copia della qual tavola l'Angelo Gabriele (*Ghibrail*) portò nel cielo inferiore (*el-samaa al asfal*) e di qui poco alla volta ed in diverse epoche venne rivelata al Profeta Maometto, che ne comunicava i precetti secondo i bisogni dei suoi seguaci (a) E siccome tal rivelazione non avvenne in un sol momento, così il giudice (*Cadi*) nelle controversie a lui sottoposte,

---

(a) Ognun sa, che il Corano giammai fu scritto da Maometto. Fu il Califo *Abu-Bekre*, che raccolse, mise in ordine, ed anche modificò i capitoli di cui si compone, e che si dice contenere i precetti del Profeta. Venne da esso pubblicato nell'anno 30 dell'Egira, cioè 622 di G. C. SALE—*Prelm. discour. to the Koran Sect. 3.* Esso forma la base di ogni istruzione fra i Musulmani, i quali potendo debbono impararlo a memoria per intiero. (Trad.)

deve investigare qual'è il versetto (*Sura*) più antico; giacchè la legge posteriore deroga alla precedente. Lo che del resto è difficilissimo a farsi; mentre i Capitoli del Corano raccolti sotto *Abu-beckre* vennero in un nuovo ordine redatti sotto *Otman*, senza tener conto della cronologia; e quindi tutti gli sforzi per rimmetterli nel loro vero ordine sono andati falliti. (1)

L'autorità del Corano è assoluta nel foro, (2) giacchè il giudice, come è facile a comprendere, deve sempre attenersi alla parola di Dio. Quindi non è lecito il giudicare secondo le tradizioni del Profeta, ed i Responsi dei giureconsulti, ogni qual volta il giudice è convinto che questi sono contrarii alla Legge Suprema. Nello spiegare poi il Corano i Giureconsulti, presi da una certa superstizione, non hanno ardito di adottare il bel precetto di Celso — *leges scire non est verba earum tenere sed vim, ac potestatem*», — (3) ma si sono attaccati alle vuote parole, trascurandone il senso. Che anzi ve ne sono, che ritengono quel libro divino esser la sola legge, e che appoggiati a quelle parole — *niente omettemmo*, (4) si sforzano di trovarvi per tutti i casi un testo espresso o tacito.

- 
- 1) In ciò si son resi benemeriti alcuni scrittori infedeli (cioè cristiani) vale a dire *Nöldeke* e *Sprenger*. Vedi *NÖLDEKE Geschichte du Qorans* p. 46. e segg.
  - (2) Quando un Giureconsulto cita un testo del Corano lo fa con queste parole *caala allah taala*, Dio onnipotente l'ha detto.
  - (3) *L. 17. D. De Legibus*.
  - (4) *CORANO VI. 38. Ma Farratna fi il kitab min scei*. Niente è stato negletto nel libro. L'analogia alla quale bene spesso convien ricorrere, chiamasi *kias* oppure *ilbar el amsal*.

II

Le Tradizioni (*hadis, sunna*) (1) tengono il secondo posto; e da alcuni quasi si equiparano al Corano. Maometto qual giudice supremo dei fedeli risolveva tutti i casi; ed esso morto, i di lui compagni (*saheb*) solevano consultarsi dai primi Califfi, quando dovevano giudicare, chiedendo loro come il Profeta, secondo la loro opinione, avrebbe decisa la questione; ed essi cercavano appoggiare il loro parere su qualche detto, e su qualche fatto dell'autore della nuova religione. Morti poi i compagni del Profeta ed i loro discepoli, sotto *Haron-el-Rascid* s'incominciarono a raccogliere i loro detti circa Maometto: il numero dei quali si portò ad una quantità incredibile (2) sia per bisogno, sia per capriccio; e per la massima parte sono assurdistimi, giacchè quanto più il miracolo era strano, e tanto più il volgo ci credeva. (a) Nell'inventare tradizioni ridicole si distinsero principalmente *Aiscia* vedova del Profeta e

- 
- (1) Vi è differenza tra i vocaboli *sunna* e *hadis*; il primo dei quali riguarda le tradizioni come se fossero un sol tutto; essendovi la totalità di tutte le tradizioni, mentre *hadis* sembra esprimere le singole tradizioni.
- (2) *MUSLIM* lasciò una collezione di 40,000 tradizioni, che scelse da 500,000; *Ibn-Hanbal* 37,000 scelte da 500,000; ognuno di essi tenendo un sistema particolare per sceglierle. I *tradizionalisti*, l'autorità dei quali è quasi da tutti ricevuta, sono il *Boccur et il Muslim (el-cheihan)* le opere dei quali chiamansi *al sahihan*.
- (a) Come ho fatto notare nel mio *Manuale di Diritto ottomano* pag. 77. la maggior parte di quelle tradizioni furono inventate dai successori di Maometto, per riempire le lacune grandissime che esistevano nel Corano. Nell'inventarle si copiarono, quanto al Diritto Civile, molti dei principi del Diritto Romano che volevansi abbracciare, senza però indicarne la sorgente, da cui sono stati attinti, onde non confessare che si era ricorso a dei libri d'infedeli. (Trad.)

*Ibn-Abbas*; sull'autorità dei quali quasi tutte le tradizioni, che portano segni manifesti d'*illegittimità*, sono appoggiate.

Sebbene la loro autorità sia grande nel foro, pure non ne hanno tanta quanta il Corano; poichè se sono a questo contrarie vengono respinte. Pur tuttavia i Giureconsulti si danno gran pena di provare con argomenti scolastici, che le opinioni le più contraddittorie fra loro possono però conciliarsi; che se a tal risultato non può arrivarsi, e quando due tradizioni sono opposte tra loro, incombe al giudice di ben ponderare, cioè esaminare da chi provengono, e se i loro autori sono pii e sinceri Mussulmani, come i primi quattro Califfi, *Abdullahi* (1) dottissimi compagni, (*sahab*) che si distinguono sia per una lunga pratica col Profeta, sia per una eminente memoria e sapienza.

Debbono intanto notarsi le divisioni delle tradizioni, (*hadis*) per quello che attiene alla loro Autorità nel foro (2).

1°. Il primo posto spetta alle tradizioni ornate dell'epiteto (*mutawatirum ripetute*) cioè che provengono da varii e sinceri testimonii; poichè sia per la loro moltitudine sia per la verità escludono ogni dubbio che possano esser false. Si designano ancor col nome di (*nass*) (3) cioè da tutti ricevute, inquantochè la loro Autorità non è impugnata da veruna setta.

---

(1) Vale a dire *Abdullah ibn Omar*, *Abdullah ibn Abbas*, e *Abdallah ibn Masud*.

(2) Vi hanno molte altre divisioni delle tradizioni, di cui è inutile dar l'elenco. Per esempio quanto alla concatenazione (*isnaad*) dividonsi in *daiz*, (lieve) *hassen* (passabile) e *sahieh*. (certa).

(3) La parola *nass* in questo senso manca nel dizionario. Vedi il *Journal asiatique* 1850. *Fev. Mars.* p. 158. — 214.

2°. Si chiama *masciuhur* (1) la tradizione che sebbene riportata dai compagni del Profeta, pure merita una fede minore.

Nella qual categoria si annoverano pure: quelle tradizioni che in varii modi ci arrivavano, e di cui gli autori non meritano troppa fede. Molti danno a tali tradizioni la forza di semplice spiegazione.

3°. Si dice *ahad* (2) quella tradizione che si appoggia sull' Autorità di un solo compagno oppure dei suoi discepoli (*tabii*), e che si rigetta dalla Giurisprudenza, qualora la sua verità non venga attestata con altra prova o ragione.

### III

Se il Corano e la tradizione si tacciono, allora deve ricorrersi ai responsi dei Giureconsulti. (3)

Imperocchè ciò che piace al principe (*sultan*) non ha forza di legge; essendo proprio delle genti Semitiche più di qualsivoglia altro popolo, di odiare la tirannide ed amare la libertà. E quello che oggi vediamo presso alcuni popoli Mussulmani, che il principe è il solo legislatore, e che il suo capriccio tiene luogo di legge, non può ritenersi come derivato dalla legge Maomettana; ma invece come assolutamente contrario alla vera dottrina, la quale non

---

(1) Id.

(2) Manca nel dizionario. Vedi *Journal asiatique* I. 1.

(3) Il Responso di un Giureconsulto si chiama *Fetwa*; che se tal responso viene accettato da tutti, si dice che quel Giureconsulto ha deciso la cosa (*caata*) giacchè *caata* significa decisione, e si contrappongono gli avverbj *caatan* e *truhidud*, *ataa* (vale a dire se sulla stessa cosa vi sono diverse opinioni. Vedi *Hifz* fol. 109. 116 etc.—*Shar-al Islam* p. 152. 116-172 etc.

accorda tale autorità al Principe, nè in materie religiose nè in materie giuridiche. (1)

Fra i Giuriconsulti di cui è ricevuta l'autorità hanno il primo luogo i compagni del Profeta; fra i quali si annoverano i primi quattro Califfi. Del resto la Giurisprudenza incominciò a fiorire sotto gli Ommiadi, i quali allorchè s'impadronirono del potere abbandonarono alle scuole lo studio del diritto. Parimente le sette eretiche, sorte in ogni parte dell'Impero, obbligarono gli Ortodossi a coltivare la scienza, per poter difendere la religione con argomenti. E di già nel II secolo dell'Egira vengono rammentate le accademie di giurisprudenza di *Bassora*, e *Kufa*, e nel III secolo esistevano i diversi riti (*mazhab*) che sono durati fino ai tempi nostri: nel secolo VIII poi lo studio del diritto fu portato nel regno dei Turchi, ove parimenti acquistò grande importanza, essendo estinto ogni culto della scienza nell'Irac, sua terra natale, a causa dell'escursioni dei barbari.

Intanto occupiamoci alcun poco dell'Autorità dei Giurecon-

---

(1) Che possa dirsi lo stesso degli Ebrei lo ha provato SAALSCHÜTZ *Mos. Recht* p. 82. Il solo Califfo *Omar-ibn-Abd-al-Aziz*, pio principe, ebbe il dono dell'Autorità giuridica (*iscetehad*) e quindi le sue opinioni sono accolte nel Foro.

*Nota del Trad.* Da questo principio è derivato, che il diritto Civile Musulmano è rimasto stazionario fino ad oggi, e non ha potuto far progressi. Per buona sorte ora nell'Impero Ottomano le costituzioni Imperiali sono pienamente rispettate; e si deve ad esse, se molte innovazioni utilissime si sono fatte nella Legislazione Ottomana; e sono state abolite le massime le più intolleranti della Legge Musulmana.

sulti. Imperocchè non tutti, come nel Diritto Romano, avevano un egual potere di dar responsi giuridici. (1)

Il primo grado di autorità si chiama *el isctihad fi al sciaraa* ed ottenutolo, si ha il diritto d'interpretare il Corano stesso, assieme alle tradizioni; e di stabilire un proprio sistema di Giurisprudenza, che nessuno può insegnare se non è arrivato ad ottenere lo stesso grado di autorità. Egli è chiaro che Dio non accorda tale scienza che ai suoi eletti: sicchè gli odierni Giureconsulti (*Fukakaa, ulema*), sono cotanto severi nell'accordare quel grado, che nessun mortale può sperare di giungervi. Lo che del resto non è punto necessario, com'essi lepidamente osservano; giacchè nulla importa l'essere o no Giureconsulti di primo grado. Mentre tutte le questioni, che in diritto Mussulmano si presentano o possono presentarsi, sono state così bene spiegate dai maggiori, che non abbisognano altri nuovi lumi.

Richiedesi poi oltre una vita pura anche una grande applicazione, perchè colui che vuole arrivare a tal grado di autorità possa abbracciare colla mente e la memoria tutta la giurisprudenza (*sceriaa*); la quale davvero può chiamarsi la conoscenza di tutte le cose divine ed umane. (2)

Infatti essa abbraccia l'interpretazione del Corano e delle tradizioni, tutta la teologia, il Gius Civile pubblico e penale (*fik*) e la dottrina e storia dei riti tuttora esistenti (*masahab*). In tutta l'Istoria dell'Islamismo dicesi non aver raggiunto questo sommo grado di autorità, che i compagni del Profeta (*sahab*), i loro discepoli

---

(1) *Inst.* I. 1. §. 1.

(2) Il Diritto di dar responsi si chiama *isctihad*; e colui che ne è investito *musctehid*.

(*tawbî*) ed i sei *Imam* (*Imam*) *Abu-Hanifa*. (A.C.150) Sofian at Aboor(161) Malek (179) Mohamed as-Sciabei(204) *Ibn-Himbal*(241) *Daud-at-Thaher*. (270).

Gli altri che aspirarono a quel grado o non ebbero seguaci, o dopo la loro morte vennero ritenuti degni di esso da pochi Giureconsulti.

Il secondo grado di autorità si chiama *el-istihad fil el mazahab*, cioè autorità nella scuola. Gli *Imam*, infatti solevano colla parola comunicare i loro sistemi agli scolari, che si occupavano di spiegarli, e di apprendervi a mente.

La loro autorità valeva solo in quella spiegazione, e non avevano alcun diritto di opinare contro i loro maestri, ma solo potevano pronunziar sentenze nelle quali s'invocassero i principi del diritto senza però controverterli. Tuttavia vennero tenuti in grande onore e gli stessi maestri talvolta gli consultarono; che anzi ve ne è tra loro di cui i Responsi si equiparano a quelli dello stesso Imam. Di che ne abbiamo l'esempio nel rito Hanafita (a) *mazahab*.

Quanto l'autorità della scuola è di minore importanza di quella di primo grado o di diritto, altrettanto è più forte dell'autorità nelle questioni (*el istihad fi al masail*) e coloro che ne erano insigniti potevano dare responsi ad ogni questione secondo i principi della scuola (*mazaab*) e del diritto (*sciara*) che avevano forza di legge, ogni qualvolta concordavano coi principj stabiliti dai Giureconsulti di maggiore autorità. Imperocchè per Gius Musulmano al giudice, preso nel senso il più lato della parola, incombe di esaminare se l'uno e l'altro responso (*fétwa*) concorda colle opinioni di maggiore autorità;

---

(a) In questo rito infatti i discepoli di *Hanifa*, *Abu Jusef*, e *Mohammed* sono stimati quasi alla pari del loro maestro, come vedremo in appresso. (Trad.)

queste poi cedono alle tradizioni, le quali sono da riceversi qualora non siano contrarie (1) alla Legge fondamentale. (2)

Allorchè poi i responsi dei Giureconsulti di uno stesso grado di autorità siano tra loro contraddittorii, il giudice potrà secondo la sua coscienza scegliere quello che crede migliore, se egli trovasi nello stesso grado di autorità. Che se non lo è, deve domandarsi un responso (*fatwa*) al giudice supremo della città o dell'Impero *muf-tin*, e secondo questo deve esser pronunziata la sentenza. (3) (a)

Premesse queste nozioni, dirò brevemente della origine dei principali riti (*mazaab*) nei quali quasi tutti i Mussulmani dividonsi. Non occorrerà però parlare di quelle scuole che oggi più non esistono; ma limitarsi a parlare delle tre sette: *Hanafita*, *Malekita* e *Sciafeita*.

Fu autore del rito *Hanafita*, *Noman Abu Hanifa* nato a Kufa nell'anno dell'Egira. 80.

---

(1) Quanto all'ufficio del giudice per l'esame delle Leggi vedasi *Bee-laerts. Over de ouscheulboarheis der wet. Leud 1868.*

(2) Cioè il Corano.

(3) I Giureconsulti, che non possono annoverarsi neppure nel terzo grado chiamansi seguaci (*mucalled*) e dividonsi in varie specie.

(a) Mi piace il richiamare l'attenzione del lettore su queste bellissime osservazioni del nostro autore, relative all'importanza, che hanno i Giureconsulti fra i popoli Musulmani. [Risulta da esse che il diritto Maomettano ha dovuto ricevere il suo maggiore sviluppo dell'opera della scienza, cioè dei giuristi, alla pari di ciò che era avvenuto pel Diritto Romano. Ma risulta anche di più, che siccome i Giureconsulti Musulmani vivevano in mezzo alle tradizioni del Diritto Romano e Bizantino, così non potevano non subirne la influenza, ed abbracciarne i principj, allorchè dovevano risolvere questioni, per le quali al certo (ed il caso era frequentissimo) non trovavano regole nel Corano. (Trad.)

Nella prima epoca della sua vita inclinava all'eresia degli *Sciiti*; in seguito abbandonato il maestro Abu Giafer passò all'ortodossia dei *Sunniti*. Anche in vita aveva gran nome; mentre si annovera fra i discepoli (*tabii*) dei compagni (*saheb*) di Maometto; ed era in tale onore presso il Califfo Al Mansur che, avendo ricusato l'ufficio di giudice (*Cadi*), di cui credevasi indegno, fu gettato in carcere (ove morì l'anno dell'Egira 150) per costringerlo ad accettare quell'incarico.

Fra i suoi discepoli due meritano di essere rammentati. Abu-Jusef (A. E. 113-182) che fu giudice supremo sotto *Harun-el-Rascid* a Bagdad (*cadi-al-cudaah*) e godè di tale autorità, che quel Califfo non nominò giammai verun giudice che non fosse designato da Abu-Iusef. Dal che derivò che il rito *Hanafita* ebbe moltissimi seguaci in tutto l'Impero. Fra i suoi scritti spesso si loda il libro dell'ufficio del giudice (*adab el caadi*). L'altro, cioè *Mohammed*, nato a Wasi nell'Irac Arabo (a. c. 132) fu scolaro dello stesso Abu-Hanifa, di Abu-Iusef e di Malek. Egli fu nominato prefetto della giustizia da Harun el Rascid nella provincia dell'Irac Persiano, ove morì l'anno 179. Lasciò molti scritti di cui mi limiterò a rammentare la piccola collezione, (*el giamia al saghir*) che compose coll'aiuto del maestro Abu Iusef. Dalla quale opera attinse principalmente l'autore del libro *Inaia* (*Inaia*).

Dapprima fu talmente grande l'autorità dell'Imam *Abu-Hanifa*, che i giudici nei casi dubbii seguivano soltanto la di lui opinione. In seguito però l'autorità delle opinioni dei suoi due discepoli fu tanto valutata, da oscurare quella stessa del loro maestro. Nei nostri tempi poi si è stabilito, che ogni qualvolta ambedue i discepoli contraddicono l'Imam, deve giudicarsi secondo la loro opinione; che se non sono concordi tra loro, devesi seguire *Abu-Hanjfa*, il quale, come ha mag-

giore autorità di essi presi singolarmente, deve ceder però ad essi riuniti. (a)

Quantunque *Abu-Hanifa* sia ritenuto come altamente Ortodosso, e chiamasi Grande Imam (*Imam Asam*) per antonomasia, ritiene sempre però alcun che della trista eresia, di cui fu imbevuta la sua giovinezza; e quindi mostra la tendenza ad attribuire troppa importanza alla ragione (*kias*) nelle cose divine. Poichè ogni qualvolta la tradizione (*hadis*) non poteva intendersi chiaramente dagli uomini, egli ebbe l'ardire di non attribuirle forza di legge, sicchè i suoi seguaci si dicono anche *razionalisti* (*ahl-al-kias*) all'opposto dei seguaci degli altri riti, i quali come più deboli si chiamano *tradizionalisti* (*ahl-al-sunna*).

Il rito Hanafita non regnò lungamente in tutto il mondo musulmano. Infatti è estinto in tutta l'Africa Occidentale, nella Spagna e nell'Arcipelago delle Indie Orientali, ed ora esiste soltanto nell'Impero Turco, in Tartaria, e principalmente nell'India al di là del Gange. In Egitto è il rito legittimo, poichè ogni anno un Cadi Hanafita si spedisce da Costantinopoli al Cairo, sebbene gli abitanti per la massima parte seguano il rito Sciafeita. (1) (a)

---

(a) Nel trattato di rito Hanafita l'HEDAJA vedesi continuamente citata la opinione di questi due discepoli di Hanifa, e messa a confronto di quella del loro maestro. Essi vi sono chiamati per antonomasia i *due discepoli*, senza neppure bene spesso citarne il nome. (Trad.)

(1) Vedi PERRON, *aperçu préliminaire de l'Exploration scientifique de l'Algérie*. Vol. I. p. X.

(a) In tutti i *Mekemè* e Tribunali civili Egiziani non si applicano altri libri di Diritto Musulmano che quelli di rito Hanafita. Solo per le pratiche religiose, cioè la preghiera, abluzioni, la elemosina ecc. ecc. gli Egiziani seguono il rito che più loro aggrada. Ma per gli affari Civili la scelta non è libera, e debbono necessariamente

Malek Ibu Anes fù il fondatore di una nuova scuola (*mazaab*).

Egli nacque a Medina nell'anno dell'Egira 94 (di Cristo 712) ed ascoltò i discepoli (*tabii*) dei compagni del Profeta. Quindi incominciò a fare scuola egli stesso, ed ebbe un grandissimo numero di seguaci, ad uso dei quali redigè uno estratto dei principii della sua dottrina nel libro Movatta (Mowatta) (1) che a ragione può dirsi la base di tutte le opere Malekite. Questo Iman morì sotto il regno di *Harun-el-Rascid* nell'anno dell'Egira 179 (di Cristo 795).

Il rito Malekita fiorì specialmente in Ispagna ove nell'accademia di Cordova attirò a se gli studiosi di tutto il mondo. Il primo Spagnolo che ascoltò quell'Imamo fu Ziad-ibn-Abderraman Sciabt, il quale portate nella sua patria le dottrine di Malek, permise al suo discepolo Iahia-ibn-Tobian di andare in pellegrinaggio a Medina, ed ivi darsi allo studio della Giurisprudenza.

Lo che fece; e quindi tornato in Ispagna Iahia con altri Teologi e Giureconsulti tentò novazioni sotto il regno di Acam (A. E 180, di Cristo 796). Repressa però la sedizione Iahia tornò in grazia del Principe, il quale tenne in tanto onore la sua dottrina, che non nominò più nessun giudice senza l'approvazione di Iahia (2); sicchè il nuovo rito divenne la sola dottrina seguita in Spagna.

Il Malekita *Sehum* (A. E. 160-240) convertì l'Affrica, sebbene l'antico rito *Hanafita* vi avesse ancora molti seguaci fino al regno dell'Emiro Moéz-ibn-Badisi (A E 394-454), il quale ordinò, che nes-

---

attenersi alla Giurisprudenza *Hanafita*, quando sono d'avanti i Tribunali religiosi; ed alle Costituzioni Imperiali, quando sono d'avanti i Tribunali o meglis civili. (Trad.)

(1) La radice *uat.* nella forma II. significa *appianare*.

(2) Vedi in proposito *Dozy-Histoire des Musulmans d'Espagne* II p. 59 e segg.

suno Eterodosso(1) al rito Malekita potesse esser nominato giudice (cadi) o capo dei giureconsulti. (*muftin*). Mentre nello stesso secolo, *Abdalla Ibn Iacia*, discepolo dell'università di Cordova, introdusse l'Islamismo secondo il suo rito presso le 'tribù Barbare nel Sahara, le quali in seguito preso il nome di *Almoravidi* vi acquistarono nome importante nel mondo Mussulmano. (a)

Sebbene il rito Sciafeita pel numero dei seguaci non possa equipararsi agli altri, pure noi Olandesi dobbiamo principalmente farlo subietto di studio; giacchè desso sembra dominare nelle nostre colonie.

L'Imam Mohamed-ibn-Idris-as-Sciafei nato ad Ascalon in Palestina l'anno dell'Egira 150 ( di G. C. 769) discendeva dall'avo del Profeta Abd-el-Motallab. I suoi antenati furono dapprima fra i più acerrimi nemici di Maometto, anzi uno di essi portava lo stendardo della tribù degli Ascimiti nella battaglia di Bedri (624), nella quale essendo stato fatto prigioniero si convertì all'Islamismo. L'Iman fino dalla sua infanzia diè segni di grande ingegno; giacchè a 7 anni egli aveva copiato tutto il Corano, a dieci sapeva a memoria il Movatta di Malek; ed a 15 anni ottenne il dottorato nell'università della Mecca. I suoi primi anni li passò a Gaza; quindi terminati gli studii alla Mecca, passò a Bagdad nel 195 dell'Egira; ove scrisse la sua prima opera intitolata i fondamenti (*usul*.) Dappoi in Egitto divenne amico di Malek e morì in Cairo il 204 (di G. C. 819. Sebbene

---

(1) Cioè che non si era convertito al rito Malechita.

(a) Tutte le tribù dell'Africa centrale sono Musulmane, come ha riferito il viaggiatore *Nachtingale*, il quale da Tripoli s'inoltrò fino al lago Sade nel centro dell'Africa, e di là volgendo all'est entrò nel Darfur per poi venire in Egitto. Vedi *Bollettino dell'Istit<sup>o</sup> Egiz<sup>no</sup>*. (Trad).

la sua prima opera venisse da lui scritta a 47 anni, e morisse a 54, pure i suoi scritti sono innumerevoli. Dicesi che egli per il primo trattasse in forma scientifica la giurisprudenza, e siccome era tradizionalista accuratissimo, così redigè la prima collezione critica di tradizioni; giacchè per l'innanzi nessuno sapeva distinguere quali tradizioni avessero ancora forza, é quali fossero abrogate dalle posteriori. Era uomo di aspro ingegno, ma di conversazione piacevole, ed aveva tal riverenza verso Iddio, che dicesi non pronunziasse giammai il suo nome fuori della preghiera. I suoi costumi erano puri ed amabili, biasimava la pigrizia e la inutile severità dei maestri, pensando che i rimproveri fatti in pubblico producono sempre odio. Il di lui sepolcro dicesi esistere tuttora al Cairo. (a)

Oltrechè nell'Arabia, anche in Egitto trovansi specialmente degli studiosi di questo rito; sicchè sarà utile il dar qualche cenno sulla storia della religione in questo paese. Abd-el-Rahman ibn-Kaled-ibn-Iazid, morto in Alessandria A. E. 163 (di G. C. 779) aveva convertito l'Egitto dal rito Hanafita al Malekita, ed in questo stato rimase fino ai Califfi Fatimiti; i quali siccome Sciiti, perseguirono i Malekiti. Gli Ajubiti ristabilirono l'ortodossia; e dapprima il fondatore di questa dinastia Saladino A. E. 567 (di G. C. 1171) sebbene propendesse verso gli Sciafeiti, però tollerò gli altri riti. Fabbriò in Cairo un gran tempio (mesged) con un accademia, in modo che nello stesso tempo e nella stessa Città

---

(a) Nel gran cimitero di Cairo sotto il *Mokatan*, ove sono i sepolcri degli antichi Califfi, e dove si seppelliscono tutt'ora i Vicerè, e membri della famiglia regnante, esiste la Moschea dell'Inam Sciafei e la sua tomba. (Trad).

ogni rito aveva la propria accademia. (a) Un'altra insigne accademia Sciafeita si stabilì nella città di Herat nel Corasso per ordine del sultano Giaddino, e ciò perchè i seguaci di un tal rito erano in gran numero nella Persia settentrionale.

Nell'Arcipelago delle Indie Orientali venne portato l'Islamismo dall'Indostan, sicchè ivi prevalse dapprima il rito Hanafita. In seguito però i Mussulmani, che facevano il pellegrinaggio, portarono dall'Arabia e dall'Egitto i libri dei Giureconsulti Sciafeiti, e perciò il loro rito oggi specialmente prevale nell'isola di Giava. Lo che apparisce in modo evidente dal *corpus juris* di Giava, che mirabilmente si accorda coi libri di cui si fa uso dagli studiosi del Cairo. La dottrina però Maomettana presso i Giavani e Malesi non è così pura come altrove, in quantochè in parte è stata affievolita da una lunga dominazione dei Cristiani, ed in parte si è mischiata coi resti del paganesimo; sicchè è assai difficile il determinare quale sia il vero rito che seguono nei loro statuti. (1)

Anche *Ibn-Hanbal* discepolo di Sciafei fu autore di una scuola (*mazaab*) (A. E. 241, di G. C. 855) Quantunque Giureconsulto celeberrimo, pure la di lui scuola è pel numero dei seguaci di gran lunga inferiore agli altri riti; ed oggidì non ne ha quasi

---

(a) Esiste sempre in Cairo quest'accademia ed università, ed è presso la Moschea *el Hazar*, ove tutt'ora s'insegnano tutti i riti. Peraltro è molto decaduta dal suo antico splendore, ed il numero degli studenti è assai ristretto. Gli studj che vi si fanno, consistono specialmente nella grammatica e nella giurisprudenza religiosa. Di là sortano tutti gli *Ulemas*, che al certo portano seco i principj dell'intolleranza e del fanatismo. (Trad).

(1) Così p: e: a causa dell'antica superstizione essi prestano onori divini oltre che a Dio (*allah*) anche agli alberi, e ad altre cose consimili, come si legge nel *Libro Giavano Rådjà Pirangon* (pag. 79).

veruno. Dapprima si trovavano dei suoi seguaci specialmente nell'Irak e nella città di Balch, e perciò i dottori di un tal rito ordinariamente si designano col nome *masciaih belch*, oppure *ahl-el-Irak*.

Lo stesso può dirsi dell'eresia ben nota fra i Maomettani che si chiama degli Sciiti: sebbene le istorie dell'Oriente ne sieno ripiene, ed essa prevalesses per 260 anni anche in tutta l'Affrica settentrionale, ora però non esiste che in Persia quasi esclusivamente, e vi fu introdotta nel 1512 dallo Sciah *Ismail*, fondatore della dinastia dei Safidi. Gli *Sciiti* odiano grandemente i *Sunniti* Ortodossi, che considerano come pagani. Da questo però che gli *Sciiti* sono contrari ai *Sunniti*, non ne deriva che presso di essi le tradizioni (*sunna*) non abbiano forza di legge; che anzi nell'interpretarle si mostrano scrupolosissimi, e stanno attaccati perfino alle parole, che rispettano religiosamente. La differenza fra essi ed i *Sunniti* si è, che non riconoscono i primi Califfi come successori del Profeta; ed attribuiscono tal dignità al solo *Aly* e sua famiglia. Ammettono peraltro le opinioni (*fetwa*) dei primi Califfi, che tanto gli *Sciiti*, quanto ogni altro Mussulmano ritengono come compagni (*sahab*) del Profeta; i primi però negano assolutamente che fossero Califfi. (1) (a)

---

(1) Per provarlo possono citarsi molti passi, fra i quali, che sono in gran copia ho scelto il seguente nel libro *Shar-al-Islam* pag. 164. « *Che non sia contraria al Libro nè alla Sunna.* »

(a) Recentemente è stata pubblicata a Parigi una opera di rito Sciita da Querry Console Francese a Tèbriz. Essa è intitolata : *Recueil des lois Musulmanes Schytes*. Vol 2. Dalla lettura di essa apparisce la verità di quanto dice il nostro autore sul rito Sciita; che cioè le differenze cogli altri riti non sono troppo grandi. (Trad).

Dopo le cose dette non mi resta, che aggiungere alcune osservazioni sui libri dei Giureconsulti, dai quali abbiamo attinte le nozioni giurisprudenziali di ogni rito. Mi duole però assai che nella biblioteca dell'accademia di Leyda vi siano poche opere *Sciafeite*, quantunque esse sieno importantissime. Vi troviamo invece un molto maggior numero di opere degli altri riti, e specialmente manoscritte. Ma siccome desse sono in gran parte stampate, ed inoltre siccome, per quello che ho già osservato, a noi Olandesi incombe anzitutto lo esporre il rito *Sciafeita*, così ci proponghiamo di prenderlo a fondamento del presente scritto, tenendo conto degli altri riti ogni qual volta differiscono di troppo fra loro nei principj.

Per quello che spetta in generale alle opere dei giureconsulti arabi deve osservarsi, che tanto i più antichi che i moderni seguono in modo singolare lo stesso sistema nella trattazione delle materie; se davvero merita un tal nome il metodo che essi hanno di ordinare i loro lavori. (a)

I singoli trattati sulle varie parti della Giurisprudenza sono di poco momento, ed il più delle volte deve ricorrersi ai trattati generali, che abbracciano tutta la scienza, ma che con grandissima difficoltà possono consultarsi. Imperocchè la loro terminologia manca quasi affatto nei dizionari; ed inoltre il sistema seguito dai loro autori è anche peggiore di quello dei

---

(a) Per convincersene basta il leggere gl'indici di tutte le opere giuridiche Mussulmane, e si vedrà che quasi combinano esattamente fra loro. Manca ogni ordine logico nella disposizione delle materie; e si rimarcherà p. e: che accanto al capitolo dei Liquori proibiti vi è quello della Caccia; e poi quello del Pegno, per quindi passare alle *Ingiurie contro delle persone*, ai *Testamenti*, e finire cogli *Ermofroditi*. Vedi *Hedayya*, Vol. 4 (Trad).

Compileri delle *Pandette*, i quali tutto sconvolsero, e nonostante ardirono di chiamar la loro opera: **DIOESTO**.

La prima parte di ogni opera di Giurisprudenza Mussulmana, dopo lodato Dio ed il Profeta, è intieramente destinata a trattare delle cose Divine (*hak allah taala*) cioè contiene precetti sulle abluzioni (*tahara*) che debbono precedere ogni atto religioso, ed in specie si occupa della preghiera (*salaa*). Nella stessa parte si trova il capitolo sulle *imposte* (*zakat*) che istituite dal Profeta, vennero in seguito convertite in usi pii. Dopo esaurite tali materie si tratta del diritto umano (*hak adamin*), sotto il qual nome si comprendono non solo gli statuti reali e personali, ma anche il *gius penale*, la procedura, a cui alcuni aggiungono anche un Capitolo sui doveri del principe (*Adab-el-Sultan*). Il diritto che riguarda le persone viene esposto per la maggior parte nei Capitoli delle nozze (*nikkah*) e degli alimenti (*nafakat*); (1) mentre il diritto sulle cose si divide in due parti, cioè: 1.° Dei negozii giuridici (*muamalat*) sotto il qual nome si comprendono le obbligazioni ed i diritti reali nel senso stretto della parola; 2do Delle eredità (*faraid*) vale a dire dell'acquisto della eredità, sia per testamento (*wasia*) che ab intestato (*fard*).

Intorno agli scrittori di Diritto arabico deve anche osservarsi che a parer mio essi conobbero in qualche modo il Diritto Romano; lo che vale specialmente per quelli che vissero in Soria, e nell'Egitto. (a) Non voglio dir con ciò che essi avessero sotto gli occhi

---

(1) Manca questo significato nei dizionarii. Vedi Abu-Isac-as-Sciras nel capitolo relativo. M S 907. Abu-Sciudja: 26. 34 Halil-Ibn Isac p 119.

(a) Nella mia opera *Manuale di diritto Ottomanno* pubblicata nel 1863 ho manifestata la stessa opinione del nostro autore, che cioè i Giuristi arabi conoscessero il Diritto Romano e vi attingessero molti dei principii che

la traduzione delle Pandette, lo che non potrebbe asserirsi, che quando si trovasse quella traduzione, oppure si vedesse almeno rammentata. Peraltro può essere accaduto, che ad essi giungessero dei frammenti delle Basiliche, o di qualche antico scrittore di Gius Romano. Altrimenti non potrei spiegare il fatto, che gli scrittori di Diritto Arabico non solo professano le stesse idee e perfino gli stessi errori, e gli esprimono colle stesse parole degli scrittori di Diritto Romano. Lo che apparirà in questo stesso opuscolo, dove mi sono sforzato di riprodurre parola per parola gli scrittori Arabi, sebbene mutato l'ordine delle idee (1).

---

leggonsi nei loro libri. Di ciò ho indicato come ragione il fatto, che gli arabi conquistarono dei paesi in cui il diritto Romano era in vigore, e veniva studiato con grande amore. Ed ho fatto rilevare, che i popoli sottomessi, come più civili ed istruiti del popolo vincitore, dovettero necessariamente esercitare una grande influenza sulla di lui cultura intellettuale, e comunicargli gran parte delle cognizioni che avevano. Di più si dovette verificare, che molti dei vinti, ed anche dei giureconsulti, abbracciassero la religione Mussulmana, e quindi portassero in seno del popolo arabo i principii giuridici che prima avevano. Ci sembra questa una prova convincente dell'aver conosciuto quei giuristi il Diritto Romano, ed una spiegazione del fatto, della concordanza in molti punti delle due Legislazioni Romana e Mussulmana. Vedi detta Opera. Introd. pag. 70 e segg. (Trad)

- (1) Anche fra le loro massime di diritto ve ne sono di quelle, che non possono dirsi introdotte, che dietro la conoscenza del diritto e dei costumi degli infedeli. Così deve avere avuta origine la controversia circa la validità o non validità della vendita della cosa altrui; poichè per l'antico diritto semitico ed anche Maomettano, finchè durò il paganesimo in Soria e nelle altre provincie soggette all'Impero Romano, tal vendita ritenevasi come ingiustissima. Dicasi lo stesso della distinzione fra la vendita e la permuta. Infatti per Diritto Semitico, pel quale tutti i contratti *do ut des* sono soggetti alle stesse regole, tal distinzione è condannata; e non venne ammessa che dopo la conquista delle provincie Romane, ove i Mussulmani trovarono gli abitanti che la riconoscevano come giuridica, mentre neppure in tutte le parti di Arabia era conosciuto l'uso della moneta coniatata. Altret-

La cosa poi diviene anche più verosimile quando si rammenti che nel sesto secolo di G. C. esistevano scuole celebratissime di diritto Romano a Beiruth ed in Alessandria, della prima delle quali non può dirsi con certezza quando cessasse di esistere.

Egli è certo però che fino alla metà del settimo secolo continuò a fiorire; e contro quello che ci riferisce lo storico BELADSOR (1) il divano *diwan*) nella Soria non cessò di usare la lingua Greca *roumy*) fino al regno di ABD-EL-MALEK, cioè verso la fine del settimo secolo.

Del resto s'intende facilmente il perchè i Giureconsulti Mussulmani non rammentano giammai la conoscenza che avevano di quel diritto straniero; L'uso infatti dei libri degli infedeli, avrebbe ad essi tolta ogni autorità, per l'abborrimento che i pii e sinceri Mussulmani hanno sempre dimostrata verso di tali libri. (a)

Quasi nulla ci è pervenuto intorno alla vita dei Giureconsulti

---

tanto dirò della locazione e conduzione, la quale solo dopo il dominio dei Romani comincia dagli Ebrei ad esser rammentata nel loro libro legale il Talmud. E tal contratto si vede regolato sia presso di essi che presso gli Arabi dagli stessi principii del Romano Diritto.

(1) *Beladsor* pag 193 edit de Goejé.

(a) Anche qui credo dover richiamare l'attenzione del lettore sulle dotte osservazioni dell'autore, circa l'influenza del diritto Romano su quello Mussulmano; perchè chi non ha approfondito lo studio di quest'ultimo crede che sia opera esclusivamente Araba, e che tutto si basi sul Corano. Errore più grave non potrebbe pronunziarsi. Il popolo Arabo nulla ha inventato, e tutto ha copiato dai popoli vinti, più civili di lui. Quanto al diritto poi era impossibile che avesse idee proprie importate da un paese povero, inculto, e dove la proprietà appena si conosceva. Se vediamo che i libri di Giurisprudenza Mussulmana hanno un sistema assai completo, e se lo troviamo conforme al diritto Romano, non può cader dubbio, che come in tante altre cose, anche in ciò gli Arabi hanno imparato dai popoli conquistati. (Trad).

Mussulmani. Le sole fonti di biografie, di cui mi sia potuto valere, sono il Lexico di *Haggi Calfa* (1), *Sabbie*, e *ibn-Kotlobog* (2) e ben poco mi hanno in ciò potuto ajutare le opere di scrittori non Mussulmani.

I seguenti poi sono gli scrittori Arabi, di cui mi sono valso per il presente opuscolo.

Del rito Sciafeita ho consultato l'Epitome (*mouthasar o el gamiè el ektezar*) composte da *ibn Ahmed el Ispahan*, conosciuto sotto il nome di *Cadi Abu Shodgia*, il quale nacque a Bassora nell'anno dell'Egira 434 (di G.C. 1042) e secondo la testimonianza di *Sobkiè* in quella città insegnò Giurisprudenza fino al 500 per più di 40 anni. Dopo poco la sua morte si rammenta un'altra sua opera da *Heggi Calfa* (3) che porta per titolo *Mabsuth-el-Umam*.

È questo un libro di grande Autorità tanto nell'Accademia del Cairo, ove gli studenti di diritto incominciavano da esso i loro studi, quanto nell'Arcipelago Indiano, ove *il corpo del diritto di Giava* altro non è che la parafrasi dalle Epitome. Si trovano di tale opera molti esemplari anche nelle nostre Biblioteche, i quali per la più parte sono manoscritti sopra carta Indiana, e talvolta sono accompagnati da note, o da una versione interlineare in lingua Malaica (4).

Di quell'opera giuridica nessuno può valersi senza un commentario. D'altra parte però i commentarii per la loro prolissità

---

(1) M.S. n. 73. (b) ordini (*thabagat*) degli Sciafeiti.

(2) *Ibn Qotlob*; ordini (*thabagat*) degli Hanafiti edit *Filgelniel*; *Abhonmlangen dir Margenlandischen Gesellschaft* 1862.

(3) H. Ch. V pag. 362. 441.

(4) M.S. *Bibl. Acad. Lugd Batau* n. 1347. Catalog. IV. pag. 662. La pubblicò *Keyser* sotto il titolo di *Precis de la Jurisprudence Musulmane par Abu Chaltja avec traduction et annotations* Leide chez *Buill* 1839.

eccessiva non possono servire agl'incipienti; e l'epitome di Giurisprudenza sono invece così brevi e concise, che nessuno può intenderle, se non sia studente in una scuola Maomettana, ove il professore spieghi la sua stessa opera.

Io poi mi sono servito dei seguenti commentarii, *El gaul moktar fi sciark gayet el ektesar* - di SCIAMS-AD-DIN, ABU ABDALLA MOHAMAD-IBN EL-GHAS morto nel 918 dell'Egira. Egli é da tale commentario, che cominciavano gli studenti nell'accademia di Cairo. Ed a ragione; poichè sebbene brevissimo pure contiene molti principii Giuridici egregiamente sviluppati.

Anche il tribunale Ecclesiastico della città di *Surakat* si serve di tal commentario nelle sue sentenze (1).—*El Akhiar fi hall gaye el Clesar*; è il migliore di tutti i commentarii, ed è l'opera del Giureconsulto *Haggi ab din Abu Bekr ib en Mohamed el Hisa* della cui vita nient'altro posso dire, che morì nell'829 dell'Egira. Spesso ho incontrato il suo nome in *Haggi Calfa*, ma vi si fanno solo gli elogi delle sue opere, e nulla vi si dice della sua vita. Io lo reputo il migliore fra tutti i Giureconsulti Musulmani; ed appena posso credere di leggere uno scrittore arabo; poichè se si eccettuano pochi luoghi in cui è stretto dalle parole del Corano o dalle tradizioni del Profeta, per la sottigliezza ed ancora pel raziocinio merita di essere equiparato ai migliori Giureconsulti di Occidente. Al che devesi aggiungere uno stile puro e chiaro, che quasi giammai lascia il lettore nel dubbio. Spero perciò che fra qualche tempo potrò pubblicare il Manoscritto che possediamo

---

(1) Di quest'opera abbiamo solamente una copia fatta con negligenza che appena può leggersi (M.S. n. 1885 Cat IV pag. 114). È piena di errori, e vi sono molte raschiature, talchè spesso avviene che solo per via di congetture può invinarsene il senso.

di tal Commentario; mentre non credo potersi trovare guida migliore per lo studio del rito Sciafeita, così poco conosciuto fino ad oggi. (1).

*I kafea fi hall al fatah abu Scioldgia* dello Sciech Mohamed-el Sciabin, morto nel 937 dell'Egira. Talvolta lo stile è oscuro, specialmente perchè tenta di raziocinare ed esporre con metodo filosofico, ciò di cui non può darsi ragione.

Tuttavia espone gran quantità di brevi regole di diritto, ed interpreta parola per parola *Abu Scioldgia*.—

Quest'opera non vien rammentata da Haggi Calfa, il quale attribuisce un libro che porta un titolo consimile ad un certo *Mohamet-ibn-as-Salam* (A.E. 931), e ci narra che stanco dalla troppa *prolissità* del medesimo lo redigè in forma di Epitome. Forse l'opra da noi citata è l'epitome, o la *parafraasi* di quel grande commentario. Dello stesso *Mohamed-el-Sciarbini* si loda un Commentario del libro *tanbik* di *Abu Isac Sciraz* citato da Haggi Calfa II. pag, 436 (2).

Degli altri Giureconsulti di questo stesso rito, ho percorso anche i seguenti :

Il Commentario dell'opera *Moktasar* di *Al Mohtafzar Amin eddin-Tebriza*, il quale secondo Sobchi, nacque l'anno dell'E. 588. Egli ebbe gran reputazione in Egitto; ove insegnò per la maggior parte della sua vita. Quindi abitò l'Irack, e nella città

- 
- (1) M.S. n. 78 Ca. IV pag. 413. Altre opere dello stesso autore vengono rammentate da H. Calfa II pag. 427 thanbik es-saleh ed ivi pag. 433 un commentario sul libro thanbik di Abu Isac per opera di Menhadgi di Nowan.
- (2) Edizione del Cairo 2 Vol. pag.— chr: n. 1863. Abbiamo nella Biblioteca dell'Accademia di Leida anche un codice Manoscritto, che però sembra copiato da persona completamente ignara della lingua araba.

di Sciraz, ove morì l'anno 621 dell'Egira. Chi sia l'autore di tal Commentario non è ben noto; è verosimile però che visse nel secolo 8 dell'Egira; come lo ha provato il *De-Goeje*; giacchè apparisce da Haggi Calfa I. pag. 442 che lo stesso *Moktasar* è un altro epitome dello stesso autore del libro intitolato *el-wad giiz* (1)

Il libro *el-Tanbik di Abu Isac Ibrahim ibn Aly ibn Iusef as Scirazi al firuzabadi* che morì nel 476 dell'E. Nel comporre quest'opra consumò gli anni 452 e 453. I commentarii fatti su di essa sono innumerevoli; nè di ciò è a maravigliare, perchè è uno dei cinque trattati giuridici, di cui l'autorità è grandissima nel foro Sciafeita. Di tali commentarii due se ne rammentano di *Hesni* e di *Sciarbini*, ambedue a me ignoti. Esistono anche molte *parafraasi* dell'opera stessa, ed un Poeta insulso la redigè perfino in versi. *Keizer* la tradusse in francese sotto il titolo di — *Precis de jurisprudence Musulmane selon le rite Sciafeite par Abu Chodja. Publication du texte Arabe avec traduction et notes.* La traduzione peraltro è talmente piena di errori, che non può farsene uso senza grandi precauzioni. (2).

Il Libro *Menhadgi el-Talebin* di *Abu Zaccaria Iahia ibn Sciaraf Nawawi* nato nel 631 dell'Egira a Nawa presso Damasco. Essendosi dato alla Giurisprudenza e teologia venne *annoverato* nel 649 dell'Egira fra i membri della accademia di Damasco, denominata *Rewakia*, ed ivi si diè allo studio dell'opera intitolata *Tanbih* di Abu Isac es Sciraz, ed a quella

---

(1) M.S. n. 11 § 2 Cat. IV. 122.

(2) M.S. n. 907 Catalogo IV pag. 110. È un Codice copiato nitidamente, e mi sorprende che fin qui nessuno lo abbia pubblicato.

dello stesso autore intitolata *El Muhazeb*. Fatto il pellegrinaggio, ed essendosi applicato allo studio delle tradizioni, egli stesso aprì scuola, e nel 665 fu nominato professore nell'accademia *Asciarafiyè*. Sebbene uomo di scienza non si desse alle cose politiche, pure la sua vita ce lo dimostra come uomo di esimia fermezza e costanza; sicchè godè grande reputazione ed autorità, ed un immenso numero di scolari frequentava le sue lezioni. Morì nel 676, e fu sepolto nel villaggio di *Nawa*, ove la sua tomba è venerata dai Mussulmani come luogo sacro. Il libro citato (*el Menhadgi*) è un ristretto dell'opera del Giureconsulto *Errafè* (A.E. 623) intitolata *Maharenfi furu-es Sciafei*; ma il compendio è stimato più autorevole dell'opera stessa; lo che apparisce dal gran numero di Commentarii che ne sono stati fatti, e di cui i principali sono di *Abu-el-Fath al Faragh e di Gielladin el Mahal* (A.E. 864) che specialmente godè rinomanza nell'India, ed è l'origine di molti libri ivi composti. Lo Scieck *el Iman Zain-ad-din abu Iahia Zackaria ebn Mohamud Ansari* fece un estratto dell'opera *Menhadgi*, sul quale egli stesso nel 757 dell'Egira compose un Commentario sotto il titolo *Fath-el-wahab bé-sciarh menhadgi etthenlab*, di cui abbiamo un manoscritto nella Biblioteca di Leyda, il quale però nel catalogo IV pag. 129 viene attribuito al giudice *Beddredin Zakaria ibn Mohamed Ansari*, che parimente si dice aver composto un Commentario dell'opera di *Nawawi*; ma che morì due secoli dopo il nostro autore, che porta quasi uno stesso nome, cioè nell'anno 926 dell'Egira. (1)

---

(1) Cy Wüstenfeld *Neber dos Leben, und di Schriften des Scheichs Nawawi* Gott 1849 Hadgi Chalfa VI. p 207 M S n 1600 catal IV p 128.

Il *Corpus Juris* Mussulmano di Giava fu composto nel 958 (di G.C. 1544) da Tuwan Scek ebn el Hadjar da fonti arabe, e come già dicemmo facendo uso del Compendio di Abu Sciodja, che però non segue sempre. Per esempio il titolo del contratto Salam è del tutto omissso; ed altri capitoli appena possono intendersi nella parafrasi che se ne fa in esso. Per quello che attiene alla giurisprudenza non è di grande importanza. Coloro però che vogliono darsi all'amministrazione delle colonie non debbono trascurare questo *Corpus Juris* (1) perchè ha massima Autorità presso gli abitanti di Giava.

Del rito Hanafita mi servii di due soli Scrittori, ma ambedue talmente rinomati, che da essi può più che ad esuberanza conoscersi il rito Hanafita.

Il celebre Commentario intitolato *El Hedaye fi Sciarh el Bedaye* oppure *El Hedaye fil Foruh* di *Buhran* ad din Aly ibn Abubekr el Morghinan (A.E. 593) è composto sopra il suo libro *Bedayet el Mubtadi* (M.S. n. 610 Art II pag. 118) (2). Si narra che l'autore impiegasse 13 anni per comporlo durante i quali si diè tanto al digiuno ed alla preghiera, che coll'aiuto di Dio quell'opera acquistò la massima Autorità nel foro. Che anzi un poeta lo parifica al Corano nei versi che si leggono sul

- 
- (1) Ediz. di Hayzer Aja 1853. Sono di gran pregio le annotazioni Giavane, che egli prese da un manoscritto scritte in caratteri Arabici main lingua Giavana; e tratta quasi tutte le parti della Giurisprudenza. Esiste di esso un'altro Manoscritto nella Biblioteca di Leyda del chiarissimo Roord. Non è però scritto in stile puro ma in dialetto Tirebonese, lo che però non è di ostacolo a chi conosce la lingua Giavana.
- (2) Altri professano una diversa opinione che è falsa, ritenendo che l'Hedaya è un Commentario di un libro di Coduri — 428 C f Balliè. Law of sale, p XV nelle note.

frontespizio del nostro manoscrittò. Di esso ci ha data una traduzione Inglese Hamilton, ma pessima perchè col testo sono miste note Persiane ed Arabe, spesso scritte da uomini imperiti nel Gius Mussulmano; sicchè la traduzione contiene meno il vero testo che quello che Hamilton credeva essere Diritto Mussulmano. (1)

Il Commentario dell'Hedaja intitolato *Enayé*, composto da Ahmal ad din Mohamed ibn Mohamed Babert morto nel 786 dell'Egira; che secondo il costume degli antichi Giureconsulti Mussulmani, e tanto più pei moderni, spesso confonde le questioni piuttostochè spiegarle; lo che però non impedisce che tale opera debba annoverarsi fra le più importanti di questo rito. È dessa il compendio di molti Commentarii, i quali, come si esprime l'autore, per la troppa prolissità non sono adatti per gli scolari. Il nome di *Enayè* (favore che protegge) venne dato al libro dal suo autore per l'aiuto che dice avergli dato Iddio nel comporlo. Molte altre opere dello stesso Giureconsulto vengono rammentate da Ibn Qotobloga pag. 49 (2) (a)

Del rito Malechita sono degne di essere rammentate le seguenti opere. Il commentario della celebre opera *El mudarwane*, una

---

(1) Oltre dell'Edizione dell'Hedaja fatta in Calcutta mi son valso del M S n. 407 a et b Catal. IV p 119.

(2) M. S. n. 1313 e 220 *Catalog. IV. p. 103.*

(a) Sul rito Hanafita possono consultarsi tutte le opere che i Giuristi inglesi hanno pubblicato nell'Indie sul Diritto Musulmano, cioè il Macnachten, il Ballie, il Iones etc poichè anche colà è in vigore quel rito. Quanto all'Impero Ottomano merita di essere rammentato il D'Hosson, che ci ha dato un estratto del *Mullequa*, che è un'opera Hanafita del più grande valore, e che serve quasi di Codice in Turchia. Citerò poi il *Belin*, che ha scritto un'opera sulla proprietà secondo lo stesso rito. Anche il *Tornaw* ha pubblicato un libro di diritto Musulmano pel Caucaso, ove i Musulmani sono Hanafiti. Ma tale opera non la credo esatta. (Trad.)

delle quattro che in quel rito godono della massima autorità. Sulla di lui origine esistono varie tradizioni. Volgarmente viene attribuito a Abu Abdalla abd er Rahmin ibn el Qassim el Otagi, che dicesi aver fiorito dall'anno 133 dell'Egira fino al 190, ed essere stato discepolo dell'istesso Imam Malek. L'opera peraltro venne di nuovo redatta dal Giureconsulto Sahnun, che sostituì in Affrica il rito Malechita al rito Hanafita. L'autore del commentario è Abu el Sciasan es Saghir oriundo della città di Cairovan, di cui non consta in qual tempo vivesse, ma è certo però che visse dopo il 550 dell'Egira. È un'opera difficilissima a intendersi, perchè spesso, date due o tre parole soltanto dei responsi, rinvia il lettore alle opere da cui sono desunte, e di queste appena una è giunta in mie mani. Di tale opera mi son valso specialmente della seconda parte, che tratta dapprima della vendita viziosa. (1).

L'opra di Halil Ibn Isac ibn Iacob al Dioudi intitolata *El Mukhtasar fi el feqh.*—

L'autore morì l'anno 776 dell'Egira, insegnò Giurisprudenza al Cairo, e fu insigne tanto per la scienza che per la pietà. Fra le opere di questo scrittore che tiene insieme con Bocar tradizionalista il primo posto fra i Giurisperiti dell'Affrica, spesso si loda il suo commentario sul *Muwaadana*; ed è perciò che tanto spesso vien citato da esso. Lo stile del Compendio è tanto oscuro e conciso da potersi dire con ragione che dei 25 anni impiegati per comporlo, la metà al certo la consumasse per render lo stile oscurissimo; E ciò crederà il lettore quando sappia, che quel libro che è di sole pag: 230 contiene più di 200000

---

(1) Edizione di Calcutta del 1839.

questioni, e che i commentari fatti su di esso ascendono a 60. (1)

Il commentario sul libro *Masa il el Boiin* di un certo Abu Iahia della città di Tunisi composto da Abu el Abbas el Hobab contiene principalmente delle questsoni sull'usura, di cui i Maomettani si danno gran pensiero. Tale opera è più utile alla *Lessicografia* che alla Giurisprudenza, perchè contiene molti vocaboli che mancano nei dizionarii. (2) (a)

Degli Sciiti in fine mi sono valso del libro *Ketab Sciaié el Islam di Neggin eddin Giafer ibn Mohamed ibn Iahia ibn Gaid el Helli* volgarmente chiamato Abu el Cassin el Muhaggeg d'incerta epoca. Pure tuttavia nel catalogo si trova che verosimilmente fiorisse fra il 450 ed il 676 dell'Egira. Sebbene quel libro sia reputatissimo fra gli Sciiti, pure non ho potuto trovare alcuna traccia della sua vita. Haggi Kalfa (IV pag. 20) dice solamente di tale opera, che essa fu da molti Giureconsulti glossata. E s'intende il perchè nulla ci dice della vita di tal Giureconsulto; Essendo egli un Turco Ortodosso non poteva dir molto in favore di un Libro composto da un autore Eretico (3) (b)

---

(1) Ediz. di Parigi 1833. Tradusse in Francese e bene quest'opera con una scelta di Commentarii il Perron nell'-*Exploration scientifique de l'Algerie*: Vol, X et segg.

(2) M.S. n. 138 (2) Cat. IV pag. 130.

(a) Sul rito Malekita possono consultarsi utilmente le opere scritte dai Giuristi Francesi per l'Algeria. Citerò in proposito il Solvet, il Gillotte, il Vincent, e fra i recentissimi Sautayra et Charbonneau che hanno pubblicato l'opera importantissima — *Du statut personel et des Successions. Paris 1874* 2 Vol. Nella quale espongono le teorie del Diritto Mussulmano secondo il rito Malekita confrontato con quello Hanafita, e citano la giurisprudenza dei tribunali Francesi di Algeri. Il sistema dei Wakfs e Hobus vi è trattata in modo assai lucido. (Trad).

(3) Edizione di Calcutta 1839. M S n 1606 Cat IX p 114.

(b) Ho già notato che recentemente è stata pubblicata a Parigi un'opera di

## CAPITOLO I

### Del contratto *do ut des* e della sua essenza.

#### § I Della natura di tal contratto.

Il contratto (*aquid*) di cui andiamo ad occuparci si designa in Arabo col vocabolo *baieh*, che volgarmente s'interpeta, come destinato a significare la compra e vendita. Fra tutti gli errori che nell'interpetrare la terminologia giuridica s'incontrano nei dizionarii (1) non avviene uno più assurdo di questo, e che maggiormente impedisca di poter intendere i Giureconsulti Arabi. Vi sono è vero dei passi, in cui il vocabolo *bah* significa la vendita, ma ve ne sono anche molti altri, nei quali tale versione è una vera assurdità. Così la parola *esctaraa* (2) che dicesi significare la compra, neppure nel Corano può sempre tradursi in tal modo. (3)

Miglior guida in ciò sarà per noi il Giureconsulto Ibn Qasim il quale afferma, che nella Lessicografia (*lugha*) il vocabolo *bah* nient'altro significa che la consegna reciproca di due cose; e perciò nel significato giuridico (*sciaraan*) esprime, il dare una cosa in guisa

---

Diritto Musulmano secondo il rito Sciita dal sig. Querry Console Francese a Tebriz intitolata-Recueil des lois concernant les Musulmans Schyites. Paris. È la traduzione di opere originali persane, e ci sembra di molta importanza. (Trad).

- (1) Ogni qualvolta rammenterò il Lexico senza il nome dell'autore, dovrà intendersi il Lexicon di Freitag, che debbo dirlo con dolore è unico. Quanto alla terminologia dei Giureconsulti io reputo molto migliore il Dizionario che sta pubblicando il Dottor Lane.
- (2) VIII da Sciari.
- (3) Conf. 2. 3. 171. 4. 47. 76. 9. 112.

che vi si consegna un'altra cosa dello stesso prezzo (1). Qual significato è più ristretto; imperocchè il vocabolo *Dare* (*mallak II. n. a. tambik*) in senso giuridico non si riferisce che alle cose (*scèi*) che gli Arabi indicano col nome di beni. (*mal*). (2) Non esiste però nella lingua latina nè in verun'altra lingua Europea, per quanto è a mia notizia, un vocabolo che possa ricevere un senso così generale. È dunque indispensabile che ci serviamo di una perifrasi, che troviamo adottatissima presso i Romani Giureconsulti; i quali chiamavano tale specie di contratti *do ut des*; e sono quelli nei quali la causa civile dell'obbligazione era la tradizione, poichè si perfezionavano colla cosa; mentre ciò non avviene per Gius Musulmano; pel quale tutti i contratti sono consensuali, poichè la tradizione è soltanto la conseguenza di un precedente consenso espresso. Spero però che mi si perdonerà un tal uso di quella parola, mentre non dubito di avere bene spiegato ciò che voglio con essa significare.

È facile l'intendere come la compra e vendita rientri in questo genere di contratti, ed anche in un senso più ristretto si prenda il nome del genere per quel contratto stesso; ed io per brevità

---

(1) *Ibu Qascin* pag. 89. La parola (*bah*) significa in senso ordinaro cambiare una cosa contro un'altra cosa. Ma giuridicamente la miglior definizione data di questo vocabolo è, render qualcuno proprietario di un oggetto che rientra in ciò che si chiama *mal* (beni) mediante permuta.

(2) La distinzione tra *scei* e *mal* non è bene indicata nel *Lexicon*; e neppure l'aggettivo *mahli*; però apparisce più che chiaramente dal passo citato di *Ibn Qasim* Cf *Hisn* pag. 107. *Sciarbin* 1 pag. 290 etc. Parimente va aggiunto nel *Dizionario tamavala* che si prende per sostenere qualchecosa esser *mal*. Cf *lnaja III* pag. 102 dice: — Le differenti parti dell'uomo non sono cose, *mal*, perchè non possono considerarsi come tali: *Inaa. III. p. 102*.  
Le cose in senso giuridico *mal* presso gli Arabi corrispondono a cose in commercio.

quando non possa derivarne un errore, spesso ho fatto uso dei vocaboli compratore e venditore. Devesi però ritenere che il genere ha un estensione molto maggiore; impérocchè abbraccia anche altri contratti che si designano con nome differente, e principalmente il mutuo (*kard*), la permuta, (*mukaidak*) (1), la transazione (*sulh*), (2) la locazione e conduzione (*idgiara*); la quale in realtà altro non è che la dazione (*tamenlik*) dell'uso e della industria, per avere in corrispettivo una qualche merce. (3).

Il genere dei contratti bilaterali (*muawada*) (4) è anche più esteso, perchè comprende non solo quei contratti, ove ambedue le parti danno qualcosa, ma anche quelli nei quali entrano altre prestazioni, come nella società (*sciirka*) e nella società in accomandita (*kirrad*). (5).

Intorno al contratto *do ut des* debbo premettere prima di trattarlo più distesamente, che siccome spetta al genere dei bilaterali così deve esaminarsi da due lati. Poichè uno offre (*baih*) una cosa (*mal*) e l'altro che ha prestato il consenso riceve (*isctara*) la cosa per la quale da qualche altra cosa dello stesso prezzo. Da cui deriva che le cose essenziali del contratto sono tre, mancando le quali, ne manca anche il nome e l'idea; cioè il subietto (*mutaaki-*

---

(1) n. a. III. *Hardk* manca nel Lessico. Cf. Hed. M. S. an. 407 p. 27 Inaja III pag. 91 ed i Giureconsulti possim.

(2) *Sulk* nel senso di transazione manca nel Lessico. Cf. Hisa f. 112 Abu Shodja pag. 21 ed i Giureconsulti p. c.

(3) *Sciarb*. I pag. 291.

(4) I contratti unilaterali si chiamano *ghair muawada*; purnonostante talvolta la parola *muawada* si prende nel senso speciale di contratto *do ut des*.

(5) Non si confonda questa voce col vocabolo *Kardh* che significa mutuo. Nel mutuo infatti si danno cose fungibili per riceverne altre della stessa qualità e quantità; nel *Kirradh* invece si danno danari da chi impresta non già per ricevere denari, ma per avere una parte del guadagno.

*dan*), la forma (*siyah*), e l'oggetto (*almakud aleik*), ognuno dei quali è doppio, e noi lo prenderemo a trattare in modo speciale (1)

Che se ricorrono quci requisiti essenziali (*arkan pl. di renken*). il contratto si chiama perfetto (*sahih*); se poi mancano oppure sono affetti da qualche difetto si chiama vizioso (*fased*). Il contratto perfetto (*sahih*), quanto agli effetti, si divide in due categorie di contratti, vale a dire in contratti che, per modo di esprimermi, giungono ad una piena maturità (*lazem*), ed in contratti che sebbene perfetti, e che non possono in niun modo giuridicamente annullarsi, pure per qualche causa mancano di effetto (*ghair lazem*.)

## § 2. Dei subietti del Contratto.

Ambedue i contraenti, (2) sia quello che dà (*baihe*), sia quello che riceve (*musctari*), che per brevità chiamerò venditore e compratore, non possono generalmente contrarre, se loro mancano quelle condizioni (*sciurul*) che la Legge richiede per compiere un negozio. Nè importa, che ambedue in seguito abbiano acquisita la facoltà di obbligarsi, tanto che abbiano o no ratificata la cosa (*agias*); imperocchè la facoltà di obbligarsi (*ahlie*) (3) deve esistere al momento in cui si stipula il patto, perchè secondo il Diritto Musulmano ciò che è vizioso al suo principio in nessun

---

(1) La sanzione del contratto trovasi nel Corano 2. 216: « Dio ha permesso la vendita » E le tradizioni sono innumerevoli.

(2) I contraenti in genere si chiamano *mutaakidan* in questo speciale contratto però si chiamano *baiie* o *mutabaiean*.

(3) La parola *Ahlie* nel senso di facoltà di obbligarsi manca nel Lessico. Cf. Inaja III. p. 91 — Hisn f. 108. — La facoltà di obbligarsi tanto pel venditore che pel compratore è una condizione. Hedaja II pag. 27

modo può in seguito sanarsi. (1). Così p. e. se un minore vende i suoi beni, gli si concede la restituzione in intero, nè gli è lecito dopo che è divenuto maggiore ratificare la vendita; ma se vuole, gli è lecito di stipulare alle stesse condizioni (*sciurut*) un'altra vendita. Lo stesso deve dirsi di colui, che vende i beni altrui, di cui in seguito sia divenuto proprietario. All'incontro nulla importa al compratore, che il venditore creda o no di esser proprietario della cosa venduta; lo che accade per colui, che credendo fare un affare per un altro, dispose di una cosa sua, che per credità a di lui insaputa era entrata nel suo patrimonio.

I contraenti pertanto debbono soddisfare a queste condizioni

1: Debbono avere la facoltà di disporre dei loro beni (*ittac ittasaraf*). Coloro che mancano di tal facoltà si chiamano comunemente interdetti (interdizione, *hadjar*). Fra gl' interdetti (*hadj*) si annoverano prima d'ogni altro i minori (*sabi*); coloro cioè che ancora non sono arrivati alla pubertà (*bolugh*) ed i loro contratti sono irriti, sebbene fatti con l'interposizione dell'autorità del tutore (*vali*) (2) (a).

- 
- (1) Hedaj II p. 33. — *Perchè la vendita era viziosa e non può divenire in seguito valida.* — È questa la traduzione dell'aforisma romano = *Quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. L. 29. D. De Regulis Iuris* ed anche *le L. 201 Cod: L. 1 pr. D. Reg. Cat.* Vedasi *Arndt Pandette e Crescenzo Diritto Civile Romano* § 55 che ci dicono esser questo il principio che sempre ha prevalso nel Gius Romano (Trad.)
- (2) *Sciar al islan* pag. 153. Anche quando il tutore glielo abbia permesso. Chi è arrivato alla pubertà si chiama *balegh*; la parola *wali* oltre i significati che trovansi nel Dizionario, denota tutore e curatore, quali cariche presso gli Arabi si designano collo stesso nome e sono soggette quasi alle stesse regole. Cf. i Giureconsulti a questo oggetto. Manca ancora il vocabolo *walaya* nel senso di tutela e curatela.
- (a) Per Diritto Romano l'incapacità dei minori era diversa secondo che essi

In secondo luogo coloro che non sono sani di mente (*aakel*); vale a dire i furiosi (*megnun*), i fatui (*safih*), ed i prodighi *el mubbadir al maluh* (a).

Grande disputa si fa intorno all'ubriaco (*sahran*), che Sciafei dice poter vendere validamente, in opposizione agli altri Imam e precisamente di Malek con i suoi principali discepoli.

In terzo luogo per una disposizione speciale del diritto Musulmano fra gl'interdetti si annovera il malato (*marid*) di cui è imminente la morte; ma solo se col contratto eroga più del terzo dei suoi beni; che se ne destina meno, la legge vuole che ne conservi dopo la guarigione l'amministrazione.

In quarto luogo fra gl'interdetti sono gli schiavi (*abd*) ai quali il padrone non accordò la libera amministrazione (*tedgiara*) de loro peculio (b).

In quinto luogo colui che fece la cessione dei beni (*mufalles*) a causa di debiti.

2° Non basta inoltre che i contraenti abbiano la libera dispo-

---

erano infanti, prossimi all'infanzia, o prossimi alla pubertà. *Crescenzo Diritto Romano* § 79 per Diritto Musulmano è assoluta, forse perché secondo le sue disposizioni si arriva alla pubertà più presto che presso i Romani, i quali hanno fissato per essa il 14 anno; mentre gli Arabi si contentano che sia avvenuto lo sviluppo fisico, il quale è molto precoce in Oriente. (Trad.)

(a) *Init.* § 3, 4. *De Curat., Furiosi quoque et prodigi licet majores 23 anni sint tamen in curatione sunt* (Trad.).

b) *L. 20 § 7. D. Qui testa. facere possunt — Servus quoque merito adhiberi non potest, cum juris civilis communionem non habeat in totum, ne praetoris quidem Edicti —* Sicché per Diritto Romano lo schiavo non solo non era idoneo a fare un atto di diritto civile, ma neppure poteva fare atti di qualunque natura fossero. *Crescenzo Op. cit* § 16. Quindi il Diritto Musulmano non ha fatto che copiare il Diritto Romano quando fra le persone incapaci ha messo gli schiavi (Trad.).

nibilità dei loro beni, ma si richiede ancora che abbiano compiuto l'affare con libero arbitrio (*Echtiar*) (1) Il libero arbitrio poi resta escluso dal dolo (*taammud*) (*hiane*) (2), che è causa legittima di rescindere i contratti, è di ciò vi sono molti esempi. Specialmente nel capitolo dei vizi redibitorii, ove leggesi che devesi rescindere la vendita, se qualcuno colla veduta di vendere una *Cammella* od una pecora, non la munse, e ciò perchè restasse gran quantità di latte nelle mammelle, e così il compratore credesse che l'animale fosse in grado di dar giornalmente gran quantità di latte; la quale specie di dolo gli Arabi chiamano *tasria* (3) (a)

Non devesi poi omettere, sebbene non ne fosse qui il luogo, che presso gli Arabi, come per diritto Romano e moderno, il dolo (*taammud*) non solo è motivo di annullare il contratto, ma anche fa nascere l'obbligazione di risarcire il danno con esso arrecato; al qual proposito in diritto civile la grave negligenza,

---

(1) Devesi aggiungere nel Dizionario Cf. Hisni f 108

(2) Questo vocabolo nel citato senso devesi aggiungere nel Dizionario Cf. Abd el Wakid ed Dozi p. 136 ed i Giureconsulti *passim*. La differenza tra *taammud* e *Hiane* è la seguente; che il primo vocabolo significa il dolo in generale, il secondo poi la furberia e l'inganno.

Per coloro che non hanno studiato il diritto farò osservare che il dolo in genere (*taammud*) contiene ogni atto o negligenza di cui prevede le conseguenze colui che lo commise, e perciò significa tutto quello che si fece deliberatamente.

(3) Questo vocabolo manca in tal significato. Cf e n *Sciarbm* l p 303

(a) L. 1 § 2 D. De Dolo malo. *Dolum malum Servius quidem ita definit; machinatio quaedam alterius decipiendi causa, quum aliud simulatur, et aliud agitur. L. 1 § 1 De doli mali excepti. Ideo autem hanc exceptionem Praetor proposuit, ne cui dolus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit* (Trad).

che suol chiamarsi colpa (*tadrith*) (1), produce identiche conseguenze (2) (a).

Non è ben certo se debba prestarsi anche la colpa leve; nè credo sia facile il risolvere tal questione, perchè presso gli Arabi tutti i giudizi sono di buona fede, ed in essi il giudice deve sempre pronunziare la sua sentenza, non tanto secondo la severità della Legge, quanto anche secondo la equità; sicchè tale materia non si vede quasi punto trattata dai loro Giureconsulti, e sembra rilasciata, siccome questione di fatto, al prudente arbitrio del giudice.

Il timore (*ikrah*) annulla il contratto ogni qualvolta uno dei contraenti lo stipulò costretto (*mukraha*) dal timore e dalla violenza; se non vi fu costretto per diritto (b). Infatti è valida quella vendita che qualcuno fece forzato dalla Legge o dal giudice per pagare un suo creditore; o se fu costretto vendere una porzione del suo campo dietro un congruo prezzo in forza di espropriazione per causa di pubblica utilità (c); come p. e. quando il principe od il prefetto della provincia ordina che si costruisca in esso una

---

(1) Devesi aggiungere nel Dizionario. Cf Abu Sciodia p 23

(2) Parimente il padrone deve risarcire il danno arrecato dal suo servo o dal suo animale. Abu Shodja p. 38 39.

(a) L. 44 D Ad Leg Aquil. In lege aquilia et levissima culpa venit. Vedi Crescenzo Op. cit § 38 et segg (Trad)

(b) L. 5. D Quod metus causa — Metum accipiendam Labeo dicit non quemlibet timorem sed majoris malitatis.—E per ottenere le opportune riparazioni il Diritto Romano accorda l'*actio metus causa* e l'*exceptio quod metus causa* L. 1 D Eod « Ait Praetor quod metus causa gestum erit ratum non habeo. » (Trad)

(c) L. 3 § 1 D Quod metus caus — Non eam quam magistratus recto intulit, scilicet jure licito, et jure honoris quam substat. *Muhmlembuk Doc. Pandec* § 93 (Trad).

strada, oppure secondo gli Sciti quando il pontefice Massimo (Imam el asl) designa un area per esser destinata al culto, perchè deve costruirsi in essa un tempio (mesgid). Per lo stesso motivo l'infedele (kafer) il cui servo si è convertito all'Islamismo, deve per legge venderlo ad un Maomettano; lo che può ritenersi come una specie di espropriazione. Lo stesso dicasi, quando il Principe ordina al preside di una provincia, accusato di concussione, vendere i beni acquistati ingiustamente, e di restituirne il prezzo ai sudditi danneggiati.

L'errore (*ghalath*) rende irritato il contratto ogni qualvolta cade sulla sostanza del contratto, o della cosa (a). Vi ha errore nella sostanza, se qualcuno compra una schiava che credeva essere uno schiavo; non però quando compra un capro piuttosto che una capra, giacchè la differenza del sesso negli animali non viola la sostanza del contratto. Lo che però in diritto Musulmano quasi mai può dar luogo ad un azione, giacchè gli Arabi mercè le ozioni (*kiar*) allontanarono sufficientemente ogni pericolo di errore, come in appresso osserveremo.

3.—In Gius Maomettano è sconosciuta la distinzione fra cittadini e forestieri per gli effetti giuridici. (b). Pure in alcuni pochi

---

(a) L 13 D. De juridict. Si per errorem alius pro alio Praetor fuerit aditus nihil valebit quod actum est.

L 20 D De aqua et aqua pluvi arcen. — Nulla enim voluntas errantis est Muhlebruch op cit § 9 (Trad).

(b) Egli è vero quanto dice il nostro autore, che manca nel Diritto Musulmano la distinzione fra cittadini e forestieri. Ad una condizione però, che cioè il forestiero sia Musulmano. Poichè se è un infedele, egli vien considerato come un nemico che può uccidersi, e non ha verun diritto se non domanda l'*aman*, cioè la grazia. Per questo motivo si chiama *mustemen*, ossia che ha domandato l'*aman*. Ottenutolo poi egli divien *raja*, cioè soggetto a tutte le avanie del suddito Infedele. (Trad).

casi si fa distinzione fra infedeli (*kafer*) e Maomettani (*muslim*); infatti non è lecito il vendere il Corano agl'infedeli, perchè ciò sarebbe un esporre quel libro divino al disprezzo; e neppure il libro delle Tradizioni (*hadith*); a cui da alcuni si aggiungono tutti i libri di scienza Islamica, i servi Mussulmani, ed i figli infanti degl'infedeli nati in schiavitù, perchè è tuttora incerto se si convertiranno o no all'Islamismo. (a)

Vi sono anche delle località nelle quali è proibito agl'infedeli di comprare fondi e predi urbani, la qual disposizione di Legge da poco tempo venne abrogata in grazia dei Francesi; (b) ma tali istituzioni sono proprie di alcune speciali città, piuttosto che costituire un gius comune per tutti i fedeli. Del resto l'intolleranza quale è stabilita (1) dal diritto Mussulmano è di gran lunga minore, tenuto conto delle circostanze, di quella con cui una volta gli Eterodossi erano trattati nei paesi Cristiani.

4.—Il venditore deve avere il diritto di disporre (*vilaja*) (2)

---

(a) È inutile l'osservare che tutto ciò non vale pei forestieri che hanno trattati o capitolazioni col Governo ottomano; ed inoltre che oggi questi principj di stretto diritto Musulmano non ricevono più applicazione in tutto l'impero ottomano (Trad)

(1) Pure Cf De Goje. *Memoire sur la conquête de la Sirie* p 112—118.

(b) Io non conosco altre proibizioni agl'infedeli di comprar fondi, che quanto dispone la Legge Musulmana per le città sante della Mecca e Medina, e tutto il territorio dell'Hedjaz, ove è interdetto agl'infedeli di penetrare. Nel restante dei paesi Musulmani gl'infedeli anche se stranieri possono possedere ed acquistiar beni immobili. Ed è un errore il credere il contrario, come credo aver dimostrato nella mia opera sulla «Proprietà, le ipoteche, ed i Wakf secondo la Legge Ottomana pass.» (Trad).

(2) Il vocabolo *vilaja* n. dalla radice *vali* manca nel dizionario in questo significato, ma risulta con evidenza da molti passi dei Giureconsulti. Cf Ibn Qascio p. 90 Sciarbin I p 291. Hedaja II p 56 Sciar al Islan p 132. La

della cosa, o lo stesso dicasi del Compratore quanto al prezzo. Infatti per Diritto Mussulmano, il venditore deve solo deve consegnare la cosa, ma anche renderne proprietario il compratore. Quindi è valida la vendita *baie* solo quando colui che la fa può disporre della cosa *wali*; e perciò o ne è proprietario *malek* (1), od è procuratore *wahil*, o tutore di esso *wali*, oppure giudice *hahem* nella cessione dei beni *falles* (2), ossia padre del figlio che trovasi sotto la sua potestà. Colui che vende senza aver tali qualità si chiama *fuduli*, e la vendita da esso fatta è nulla secondo Sciafeï, perchè senza verun diritto si immischia nelle cose altrui. Secondo poi gli Sciafeiti di Giava tal vendita non si ritiene come assolutamente nulla, poichè ogni qual volta il padrone ratifichi la vendita, questa è valida sebbene fatta da chi non poteva farla. (3)

Essendo nulla la vendita della cosa altrui parve così naturale ai Giureconsulti Arabi che dovesse prestarsi la evizione, che di questa appena si occuparono. Ed a ragione, poichè alla prestazione della evizione può a tutto rigore darsi luogo solo quando è stata ratificata la vendita della cosa, come avviene per Diritto Romano; ma allorchè tal vendita è del tutto nulla, come avviene presso gli arabi o presso di noi, una volta rivendicata la cosa,

---

distinzione fra *vilaja* e *tasaruf* è questa, che *tasaruf* significa disposizione in genere, *el vilaja* la disposizione da parte di colui, che ha il diritto di disporre in modo legale, cioè in qualche affare.

- (1) Il dominio si chiama *milk* oppure *rakaba*, che devesi aggiungere nel dizionario Cf Inaja III p 103 Gioja a Beladrar. Si trova anche *milke* e *rahaba* Inaja III p 88.
- (2) Della cessione dei beni presso gli arabi vedi Sciar el Islan p 189 e segg.
- (3) Noto il Hitab Iufa p 181. — Si ritiene esser questo un principio del diritto antico. Forse è ciò un resto del rito Hanafita, il quale dapprima prevalse nell'Arcipelago, e poi venne supplantato dallo Sciafeismo.

il compratore può ripetere giudizialmente il prezzo, che in tal caso sarebbe stato pagato senza titolo.

Il rito poi Hanafita sostiene che la vendita della cosa aliena è un contratto perfetto, tanto che sia fatta non volendolo od ignorandolo il vero padrone; sebbene questi abbia l'opzione (*hiar*) di ratificarla, oppure di annullarla (a) Ed i dottori si appoggiano sullo stesso argomento che i Romani per sostener tale opinione; dicono essi che nulla importa al padrone che il contratto sia valido o no, mentre può scioglierlo a suo piacimento; e d'altronde ne risultano grandi vantaggi sia ai contraenti, che alla società (b).

I Malechiti poi abbracciano una opinione intermedia ritenendo nulla la vendita se non si tratta dei genitori del creditore; ma in ogni caso il padrone deve valersi dell'azione rescissoria entro l'anno; e ciò perchè la proprietà della cosa non resti incerta.

Se si trattasse di gius costituendo ambedue le opinioni potrebbero sostenersi con argomenti ugualmente idonei.

Ma in Gius Mussulmano quale è oggi costituito, mi sembra doversi dar la preferenza all'opinione dei Sciafeiti, perchè vi è

- 
- (a) Il rito Hanafita essendo in vigore nell'Impero Ottomano deve ritenersi, che in Egitto per Gius Musulmano la vendita della cosa altrui è valida. Secondo però il nuovo Codice Civile Egiziano art 333, è mutato questo principio di diritto, essendosi dichiarata la nullità della vendita della cosa altrui. « La vente d'un objet déterminé qui n'appartient pas au vendeur est nulle ». (Trad).
- (b) L 28. D. De contrat empt. — Rem alienam distrahere nemo posse, nulla dubitatio est, nam emptio est et venditio; sed res emptori auferri potest.— Trattandosi però di cose rubate, alcuni pensano che per Diritto Romano la vendita è nulla, se tanto il compratore che il venditore conoscevano la loro qualità, e non obbliga il venditore se era nota al solo compratore *Muhlembrok Doctr* Paudect § 393. Arndt Pandette § 300. Vedi in proposito la L 34 § 3. D. h. t. Il *Maynx. Droit Rom.* § 284 ritiene che la vendita della cosa altrui sia sempre valida. (Trad)

la tradizione, che il profeta dicesse; «che è nulla la cessione della cosa che non ti appartiene;» è quindi nulla la manumissione, la vendita, ed anche la consacrazione (1). Qual tradizione, ha tanto maggiore forza, perchè il celeberrimo tradizionalista Iarmid dice, che deve porsi in quella classe che si chiama *hasan* (cioè buona).

Colui poi che compra dal fisco, è subito tranquillo; quantunque venga poscia a sapersi che il fisco non era il vero padrone della cosa. La qual regola basata sopra la pubblica utilità è di grandissima importanza in Oriente, ove il più delle volte le imposte vengono esatte in natura, come nel caso di gabella pei pascoli (*zakua*) (2); oppure quando si attribuisce al Fisco a titolo d'imposta una parte di altre cose. (3).

Esiste poi una certa differenza fra la vendita vera e propria e la permuta della cosa altrui, e gli altri contratti *do ut des*, nei quali si tratta delle cose altrui; Se tu p: e: locasti una cosa altrui, due sono le opinioni in proposito; ma sembra migliore quella dello Sciafei, secondo la quale il contratto è valido; perchè la locazione si fa solo per un certo tempo, nè priva in perpetuo il proprietario della sua cosa. Alla quale opinione non fa ostacolo la tradizione surriferita, imperocchè in essa non si fa cenno veruno della locazione. Lo stesso deve dirsi della schiava (*amah*) altrui che tu prendesti in concubina (*istaulad*) (4) oppure del servo che tu manu-

---

(1) Hisni f 110.

(2) *Zakua* ha anche il senso di gabella sui pascoli, il quale manca nel Dizionario, ma risulta da Sc al Isl p 133 ove trovasi: Ciò che il sovrano prende sui bestiami a titolo di *zakua*, cioè d'imposta.

(3) Sciar el Isl. ivi» È permesso di comprarla e di accettarne la donazione, e non vi è obbligo di restituirla ai proprietari, sebbene sia riconosciuta come appartenente ad essi.

(4) Chiamasi concubina *am uulud* presso gli arabi quella schiava di cui ri-

mettesti (mukatter) (1), ed anche di quel terreno che dedicasti (uakf) al culto senza il consenso del proprietario. Nei quali casi tutti deve ritenersi valido il contratto, perchè favorevole alla morale, alla libertà, ed alla religione.

5.—I contraenti debbono essere in grado di consegnare (kodrat el-taslim) gli oggetti del contratto (elmaakud aleih); imperocchè da ciò dipende la traslazione del dominio, per la quale il semplice patto non basta. Della qual regola è massima l'importanza, poichè il comodo e pericolo della cosa venduta sta a carico del venditore prima della tradizione. (2)

Questa regola come è facile ad intendere ha forza in tutte le materie di diritto. Una sola conseguenza di essa poi voglio qui far notare; che cioè la vendita si scioglie ipso jure (*kahrān*) (3), (a) ogni volta che o pel caso o pel fatto del venditore l'oggetto del contratto viene a perire. (b)

---

conosci la figlia dal padrone. Non è più lecito di venderla, e morto il padrone diviene libera. Si presume poi che anche gli altri figli del padrone siano suoi, tanto maschi che femmine, sebbene possa espressamente dichiarare che non sono suoi. Il prendere tal concubina si chiama *istaulad*, che manca nel Dizionario. Vedi i Gti a questo scopo.

- (1) Gli affrancati sono di due specie — 1. *Muhattab*, cioè colui che può redimersi dalla schiavitù col guadagno che fece col permesso del padrone 2. *Madabbar* cioè colui che ha avuto in dono la libertà dal padrone con testamento, in modo che subito dopo la morte di lui divien libero, mentre non può revocarsi quella clausola del testamento.
- (2) *Hisn. f. 114 v.* « Il venditore resta avanti la tradizione garante della cosa venduta.»
- (3) Questo vocabolo manca nel dizionario Cf *ibn Qasim p 91.*
- (a) *L 11 § 2. 9. De act empti vendit* — Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere (Trad).
- (b) Per Diritto Romano il pericolo e comodo della cosa venduta passava nel compratore appena che il contratto era perfetto, sebbene la cosa non fosse

Ma ritorniamo alla facoltà di consegnare la cosa, la quale è duplice; poichè distinguesi in potenza fisica (hassi) (1) ed in potenza legale (sciaraa).

La potenza fisica manca per tutte quelle cose, che di loro natura si sottraggono al potere dell'uomo, come il sole, la luna il mare, le nubi ecc. ecc., ed anche per quelle cose che sebbene siano per loro natura atte al dominio, pure per qualche motivo non sono soggette al nostro arbitrio, come gli uccelli nell'aria, i pesci nel mare ecc. La vendita di tali cose rientra in quella categoria di vendite che si chiamano *bea el gharan*, come più ampiamente spiegheremo parlando degli obbietti del contratto (a).

Circa la potenza legale questo soltanto debbo far notare, che dessa manca quando per disposizione di Legge non può farsi la tradizione della cosa; lo che accade ordinariamente per le cose pubbliche, e per le cose sacre e religiose. (b) Nè è lecito il vendere una parte di una cosa indivisibile, se non pro indi-

---

consegnata. Vi era eccezione quando la vendita era subordinata a condizione, oppure si trattava di cose vendute a peso o misura, ossia vero col patto della scelta e della prova. *Crescenzo*. Diritto Romano § 569 Mainz Droit Rom § 293 (Trad).

(1) Non si trova nel Dizionario. Cf *Hiss* f 110.

(a) L 34 § 1 D. De contrah. emptione. *Omnium rerum quas quis habere, vel possidere vel persequi potest, conditio recte fit; quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.*

L 35 p D. De verb oblig. *Si stipulor ut id fiat quod natura fieri non concedit non magis obligatio consistit, quam cum stipulor ut detur quod dari non potest, nisi per quem stetit quominus facere id possit* (Trad)

(b) L 6 C De pactis. *Pacta quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt nullam vim habere, indubitati juris est.*

Inst. § 5. De emptio. et vendit. *Loca sacra vel religiosa item publica (velut forum, basilicam) frustra quis sciens emit* (Trad).

viso (1); poichè se si vende come divisa, la tradizione non può farsi senza la divisione, lo che è vietato per la parola espressa del Profeta, giacchè la divisione guasta la cosa. Per conseguenza, delle cose mobili solo quelle fungibili possono esser vendute prodiviso.

Ma vi sono ancora altri impedimenti legali oltre quelli ora espressi. Imperocchè le cose date in pegno (*murehin*) non possono vendersi senza il consenso del creditore (2) (*murtahan*), e ciò perchè altrimenti il pegno riuscirebbe inutile. Tutte le quali massime debbono applicarsi non solo al venditore, ma anche al compratore relativamente al prezzo che deve pagarsi, e neppure debbono restringersi alla vendita vera e propria, ma applicarsi a tutti i contratti *do ut des* (*baie*).

### § 3 Della forma del Contratto (*sigah*)

Tutti i contratti *do ut des* si perfezionano col solo consenso delle parti, (a) mentre la Legge ordina di valersi dell'istrumento

- 
- (1) *Dgienzan muscman* p p dalla radice *scia* da aggiungersi nel Dizionario Hisn 7 110 snar al Islam p. 172 173 Boccari II p 37.
- (2) Hisn f.110 V: "Quanto all'impedimento legale è come p.e. il vendere il pegno senza il permesso di colui che l'ha preso in pegno, allorchè tutte le condizioni del pegno si sono verificate; infatti la Legge vieta di consegnarlo, perchè se ciò fosse permesso, l'utilità del pegno sarebbe annullata." Nel qual passo la parola *rahen*, che da in pegno, deve emendare in *murtahan*, che riceve in pegno; poichè è chiaro che il creditore non può vendere il pegno non essendo proprietario. Altrimenti la causale aggiunta della utilità del pegno mancherebbe di scopo; perchè come può il creditore meglio valersi del pegno che col venderlo?
- (a) L 52 § 9 10 D De obligat et action;—Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quavis verbis hoc exprimi possit. L 5 6 C De rescind vendii. L 1 § 2 D De contrahin emtio. Est autem emtio juris gentium et ideo consensus re agitur (Trad).

(demma) solo nel contratto denominato SALAM (a). Negli altri contratti oltre questo non richiedesi che la riunione dei consensi, senza bisogno di verun'altra causa civile di obbligazione. Pur tuttavia gli Arabi, per distinguere in qual momento la vendita si perfeziona, sogliono esprimere il consenso mediante lo stringersi delle mani (*safka*), talchè tal parola si prende come espressione dello stesso contratto.

Durante però il paganesimo (*giakilia*) anche altri atti simbolici erano usati, che per altro vennero proibiti dal Profeta; quali atti possono equipararsi alla mancipazione dei Romani, oppure a quei modi con cui gli antichi Ebrei solevano concludere gli affari, cioè il togliersi una scarpa per darla all'altro dei contraenti. (1)

Il venditore (*bah*) che il primo espresse (*igiab*) la volontà di offrire la cosa, ed egualmente il compratore che accettò (*kabus*) possono servirsi soltanto del tempo perfetto (*elwadi*). Imperocchè i Giùreconsulti Arabi lungamente dissertarono sui modi, coi quali l'offerta *igiab*, e l'accettazione *kabul* possono esprimersi.

Alcuni fra essi sostengono che non sia permesso servirsi dell'imperativo o della forma interrogativa. Altri invece, ed a ragione procedono con minor rigore, e ritengono che la vendita può concludersi anche con parole indirette, mentre in genere non è necessaria una forma particolare per manifestare la propria volontà, e devesi piuttosto aver riguardo a quello che vollero i contraenti, che alle parole di cui si sono serviti. Anzi non è sempre

---

(a) *Demma* sembra significare strumento sebbene il Dizionario non dia tal significato. Cf Abu Shodja p 19. 24 e segg Commentario a questo luogo *Sciav al Islam* p 177. Il Giù.

(1) Cf Ruth IV. 7 Michaëlis Bev V 90 tratteremo ampiamente degli atti simbolici nel capitolo del contratto vizioso.

necessario il servirsi delle parole *vendo bah*, e *compro isctarid*; poichè il tacito consenso è valido, e vi sono vendite che si perfezionano coi segni soltanto, o colla tradizione reciproca (*tahati*) (1). Nel che però esiste una gran divergenza di opinione. Molti dottori Sciafeiti sostengono esser ciò permesso solo nelle cose di poco prezzo; mentre Malek l'applica a tutte le cose che la consuetudine (*aada*) permette di vendere in tal guisa; appoggiandosi sopra l'opinione del Califfo Omar. Alla quale anche molti dottori Sciafeiti aderiscono, e fra essi si rammenta il Nawawi. Fra gli Hanafiti poi é assolutamente permessa la vendita fatta in quella guisa.

Gli Sciiti invece la dichiarano del tutto illecita qualora in verun altro modo i contraenti non abbiano potuto manifestare il loro consenso (2).

Il consenso può indubitatamente esprimersi anche per mezzo di un incaricato (*vasul*) oppure per lettera, ma l'offerta (*igiab*) fatta in tal guisa può ritirarsi, finchè l'accettazione (*kabul*) non sia giunta a notizia del venditore, poichè prima di avere espresso il consenso nessun vincolo legale esiste fra i contraenti. (a)

Il Compratore ha il diritto di accettare o di rifiutare (*kiar el kabal*); ma questo diritto è limitato ad un certo determinato tempo. Infatti non è lecito differire la sua risoluzione che fino al ter-

---

(1) Questo vocabolo nel senso indicato devesi aggiungere nel Dizionario. C. Bailliè *Law of Sale* 1850 p 19 Heda II p 1.

(2) *Sh-al-Isl* p 153 ivi La tradizione, reciproca non basta senza la parola, sebbene vi siano degli indizi esprimenti la volontà dei contraenti, sia che trattisi di oggetti di poco prezzo oppure di gran valore; ma il segno unito all'impossibilità di esprimersi altrimenti tien luogo della parola.

(a) L 2 § 2 D *De oblig et actio* — Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur veluti per epistolam vel per nuntium (Trad)

mine dell'abboccamento delle parti (meglis); vale a dire finchè ambo i contraenti trovansi presenti sul luogo, ove si tratta l'affare. E quanto a colui al quale vien fatta l'offerta mediante lettera od un incaricato, il termine dura finchè egli non abbia lasciato il luogo in cui gli giunsero le lettere. (a)

Non è poi lecito che fra l'offerta e l'accettazione passi un lungo spazio di tempo, nè che si facciano discorsi estranei all'affare. (1) Imperocchè osserva il Nawavi, che in tale circostanza mutasi pensiero, ed esser meglio, che la vendita si concluda contestualmente.

Per quello che riguarda le condizioni (sciurut) sotto le quali è lecito subordinare il consenso, devesi in regola generale escludere quelle condizioni (sciurut) che sono contrarie alle Leggi ed ai costumi; che se si appongono, esse annullano l'intiero contratto, come pure quelle che senza veruna utilità sono di ostacolo al dominio del compratore. (b)

Una volta che l'offerta è stata susseguita dall'accettazione, il

---

(a) Nel diritto Romano non trovansi regole precise per determinare il momento in cui nel caso di assenza si stringe il vincolo giuridico. L'opinione però la più sicura si è che si formi quando l'accettazione è arrivata a conoscenza dell'offerente. Vedi *Maynz Droit Rom* § 284 not (Trad)

(1) *Sciarb I p 293* Discorso estraneo al contratto. Nel qual senso generale, che non riguarda una cosa certa il vocabolo agnabi manca nel Dizionario.

(b) *Inst De inutil stipulat § 11* Si impossibilis conditio obligationibus adiciatur nihil valet stipulatio.

*L 137 § 6 D De verb obligat.* Quum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit vel forum vel basilicam, et huiusmodi res quae publicis usibus in perpetuum relictæ sint, ubi omni modo conditio iure impleri non potest, vel id facere ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, proinde ac si conditio quae natura impossibilis est inserta esset (Trad).

venditore è obbligato di consegnare (*salam*) la cosa venduta; E questa tradizione presso gli Arabi è duplice. Distinguesi il fatto del venditore (*tasim*) da quello del compratore (*kabbal*). Ed ogni qualvolta in seguito ci serviremo della parola tradizione, dovrà sempre intendersi che parliamo del fatto del compratore, che chiamasi *kabbad*; poichè tutti i diritti che susseguono presso di noi la tradizione, presso gli Arabi nascono solamente al momento in cui il compratore riceve nella potestà la cosa; non già dal momento in cui il venditore ne fa la cessione.

Questi diritti o conseguenze giuridiche sono,

1.º Che solo in forza della tradizione (*Kabbad*) la cosa diviene proprietà del compratore. (a)

2.º Che il comodo e pericolo della cosa da quel momento spettano ad esso, poichè la cosa perisce pel padrone. (1) (b)

3.º Che al solo padrone è lecito di disporre (*tasaruf*) della cosa, quindi prima della tradizione non può rivendersi la cosa comprata (2); Lo che venne proibito dal Profeta onde gli affari non restassero nella incertezza; ed il pericolo e comodo della cosa non fosse contemporaneamente presso più persone, cioè presso il

---

(a) *L. 20 C. De Pactis—Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur—Vedi Arndt. Pandette § 145 (Trad.)*

(1) *Sciarb. I. p. 301—La cosa venduta è da quel momento sotto la sua responsabilità.*

(b) *Inst § De Emptione et vendit «Necessario sciendum est quando perfecta sit emtio; tunc enim sciemus, cujus periculum sit; nam perfecta emtio periculum ad emptorem respicit. (Trad.)*

(2) *Abu Sciodja p. 19—Non si può vendere ciò che si è comprato. avanti di averne ottenuto il possesso.*

venditore ed il compratore che rivendè la cosa; mentre nessuno dei due ne aveva fatta la consegna. (1) (a).

Pur nonostante anche prima della tradizione sono permessi al compratore alcuni atti giuridici intorno alla cosa, i quali non vanno soggetti a quella regola, in vista dei buoni costumi o per causa di umanità. Così non solo è lecito liberare il servo, ma anche manometterlo (*aadh*); non solo è lecito far concubina (*um ualad*) la schiava, ma anche sposarla, oppure darla ad altri (*tasuigh*). Quanto al consacrare a Dio le cose, (*uakf*) vi è dubbio. Vi sono alcuni che in favor della religione preferiscono l'opinione la più benigna. (b) Ma sembra aver prevalso quella del Giureconsulto *Motawelli*, il quale nega che la consacrazione, ogni qualvolta occorra tradizione, possa equipararsi alla vendita, e perciò non l'ammette. In caso contrario si equipara alla manumissione, e gode degli stessi privilegi.

Come al venditore corre l'obbligo di render proprietario della cosa il compratore, così questi deve pagare il prezzo (*tseman*) (c) Ed il pagamento se non vi è un patto in contrario deve farsi

- 
- (1) Il giureconsulto potrebbe dare una migliore ragione di ciò; poichè non è lecito il vendere le altrui cose; e la cosa non peranche consegnata appartiene al venditore.
- (a) Dopo avere osservato come il Diritto Musulmano sia identico al Diritto Romano quanto al bisogno della *tradizione* per acquistare la proprietà delle cose, si noti come esso sia rigoroso nel tirar le conseguenze di quel principio. (*Trad.*)
- (b) Nella L. 23 C. De SS. Ecclesiis molti hanno trovato una eccezione in favor della Chiesa, per la quale non occorre la tradizione della cosa, perchè ne acquisti la proprietà *Arndt. Pandette § 148*. Ciò sarebbe un bel punto di contatto fra il Diritto Giustiniano e quello Musulmano (*Trad.*)
- (c) L. 11 § 2 D. *Emti*—*Emtor autem nummos venditoris facere. L. 11 D. De rer-permitt. L. 7 C. venti. (Trad.)*

immediatamente (*kalaan nakdan*). Lo che però non vuol dire, che il compratore debba aver seco il sacco. Infatti in tal caso si procede con qualche indulgenza, e si ritiene che il prezzo sia presente, qualora ne sia fatto il pagamento entro tre giorni dopo il contratto.

I Giureconsulti Maomettani accordano al venditore il diritto di ritenzione; (a) al quale però non si dà luogo nella permuta, (*mukaida*) e neppure nei contratti di moneta (*si'f*); nei quali è indispensabile, che ambedue i contraenti facciano la tradizione nello stesso momento; giacchè ambedue le cose si ritengono in forza dello stesso diritto. In ciò però non tutte le sette sono concordi, mentre i discepoli di Abu Hanifa e di Maleh sono molto più severi nell'osservanza di queste regole che gli Sciafeiti.

Parimente il gius di ritenzione si perde quando i contraenti hanno stipulato il patto di pagare in un determinato giorno, (*agial*); questo giorno deve esser certo, poichè ogni incertezza (*gharan*) può annullare il contratto; al qual proposito deve aversi presente, che presso gli Arabi il giorno arriva differentemente da quello che avviene presso di noi, che lasciamo all'arbitrio del debitore tutto intero il giorno della scadenza. (b) Dessi invece ritengono che il debitore sia costituito in mora

---

(a) *L. 13 p. 8 D. Emti.*—Offerri pretium ab emtore debet cum ex emto agitur; et ideo etsi pretii partem offerat, non dum est ex emto actio, Venditor enim, quasi pignus, retinere potest eam rem, quam vendidit. *L. 14 p. 1 D. De furtis. L. 23 D. Emti. (Trad.)*

(b) *L. 70 D. De Solut*—Quod certa die promissum est vel statim dari potest; totum enim medium tempus, ad solvendum promissori liberum relinquitur intelligitur. *L. 98 § 4 D. Eod. (Trad.)*

appena è incominciato il giorno fissato nel contratto; e tal mora avviene *ipso jure* senza bisogno d'interpellazione (1).

Se il pagamento vien fissato in parte per un determinato giorno, ed in parte immediatamente, il venditore ha il gius di ritenzione per quella parte della moneta, che doveva pagarsi subito, nè può esser costretto a consegnar la cosa prima che quella porzione sia stata intieramente pagata. Che anzi se il compratore è pronto a dare una caparra (*aarbum*) od un pegno pel pagamento del prezzo, neppure in tal caso il venditore perde il diritto di ritenzione; e vice-versa il compratore non può esser forzato a pagare l'intero prezzo, se il venditore non è pronto a consegnar la cosa. (a)

Ci resta a dir qualcosa dei modi coi quali per Diritto Musulmano si fa la tradizione, essendovi immensa differenza fra la consegna delle cose immobili (*aakar*) (2) e quella delle cose mobili (*mankul*) (3)

La tradizione delle cose immobili (*aakar*) si fa mediante la immissione in possesso (*taklia*) la quale spesse volte è simbolica come p: e: la consegna delle chiavi della casa, o del granaio;

---

(1) La distinzione del Diritto Romano fra la condizione (*sciurut*) ed il giorno (*agial*) non è conosciuta nel Diritto Musulmano, poichè in ambedue il giorno nè cede nè viene prima del tempo convenuto, mentre s'intende che il giorno sia stato stabilito in favore di ambedue i contraenti, e non del debitore soltanto. G. Sian I p. 321—*Non è permesso di farla sotto condizione come quando si dice—allorchè arriverà il primo del mese.*

(a) L. 13 § D. *Emti* Citato super (*Trad.*)

(2) Tali significati debbono aggiungersi nel Dizionario C. f. Hariri I. p. 32. Shorb I. p. 283. Hisn f. 112.

(3) Da Kola—nel qual significato non si trova nel dizionario. Cf. Hisn f. 116 Glov Beladiar.

o la remozione delle mobilie o delle merci dalla casa del venditore (*tafrih*) (1).

La tradizione delle cose mobili (*manhul*) si fa mediante il trasporto (*nakl*) nel luogo indicato, o colla consegna da mano a mano (*tanaul*), quando le cose sono a ciò idonee; oppure mediante la misura od il peso, se si tratta di cose fungibili indeterminate. (*dein*) (a)

La tradizione delle navi avviene nei seguenti modi. Tutte le navi si considerano come cose mobili, ma le sole navi piccole si consegnano mediante il trasporto, a cui deve aggiungersi la loro evacuazione.

Le grandi navi si consegnano come le cose immobili; in esse infatti non occorre il trasporto attesa la gran difficoltà di effettuarlo, ma basta che siano evacuate, e che vi si immetta in possesso il compratore.

Se il compratore era già nel possesso della cosa sia a titolo di pegno (*rahn*) sia di deposito (*uadia*) o per qualsivoglia altro titolo, e quindi la comprò, la tradizione si fa *brevis manu*, cioè il possessore a nome di altri s'intende aver cominciato a possedere in proprio nome dal momento in cui il contratto è divenuto perfetto (2).

---

(1) Sharb I. p. 296 • Per mezzo dell'evacuazione in favore del compratore, in modo che il venditore lo renda padrone della cosa, consegnandogliene la chiave, e togliendo ogni oggetto che non appartenga al compratore conformemente agli usi. —Nota del Traduttore—L. 74 D. De contratempt Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditae sint.

(a) L. 18 § 2. D. De adip: posses: Si venditorem quod emerim deponere in mea domo passerim, possidere me certum est, quamquam id nemo dum attigerit. (Trad.)

(2) Sharb I p. 296. • Se la cosa venduta si trovava nel possesso del compra-

Quantunque per Diritto Musulmano tutti gli affari possano concludersi mediante procuratore, ed anche possa in tal modo acquistarsi il possesso delle cose, non si ammette però il *costituto possessorio*. Infatti se la cosa comprata non vien consegnata al compratore ma resta presso il venditore, ciò non equivale a consegna del possesso, perchè pei Musulmani il possesso è cosa puramente di fatto, ed oltre l'intenzione di possedere richiedono ancora la materiale apprensione. La quale d'altra parte ammettono ogni qualvolta il compratore gode in una qualsiasi maniera della cosa, sebbene materialmente non la detenga; così considerasi come tradizione il fatto, che il compratore del servo preghi il venditore ad impiegarlo in un determinato lavoro. Ugualmente si eguiparano alla tradizione tutti gli atti che il solo padrone ha il diritto di compiere, come p. e. se il compratore guasta (*fat*) oppure distrugge (*atlaf*) la cosa comprata.

Le spese della consegna che ordinariamente consistono in una mercede ai misuratori ecc. ecc. sono a carico del venditore, qualora non sia stato altrimenti convenuto, oppure, secondo i Malekiti, qualora la consuetudine non stabilisca il contrario. (a) È lo stesso vale del prezzo, per quello che riguarda il compratore. Il celebre

---

• tore a titolo di deposito o di pegno, la tradizione si effettua pel  
• contratto stesso. » *Nota del Trad.* Questo passo di Sharbin è la traduzione letterale della L. 9 § 1 D. De Public act. Si quis rem apud se  
• depositam, vel sibi commodatam emerit, vel pignori sibi datam; pro  
• tradita erit accipienda, si post emtionem apud eum remansit. » Dopo tali esempi sarà difficile il non riconoscere, che il Diritto Musulmano altro non è che una copia, informè è vero, ma pure una vera imitazione e copia del Diritto Romano. (Trad.)

(a) L. 13 § 22, D. Emti. — Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, quæ facti sunt in re distracta. L. 16 C. Cod. (Trad).

*Ibn Iunos* sostiene che se la vendita si scioglie per mutuo consenso, tutte le spese debbono pagarsi da colui a cui favore lo scioglimento del contratto vien fatto; che se non può dirsi a favore di chi avvenga, in tal caso deve ognuno sopportare le spese proprie.

#### § 4 Degli oggetti del Contratto (*Al makad*)

Per cosa (*Sciei*) in generale intendesi tutto ciò che esiste; ma in senso giuridico diconsi *cose* quei beni (*mal*) che possono esser l'oggetto di affari giuridici.

Le divisioni delle cose sono di grande importanza pei contratti *do ut des*; giacchè principalmente dipende dal loro oggetto il determinare se siano o no validi. Ecco intanto quali sono le principali divisioni delle cose.

In senso giuridico (*mal*) le cose possono in primo luogo dividersi in due categorie, le cose fungibili (*mal millii*) (1) cioè quelle che possono esser pesate, misurate, e contate, ed esse si compensano colle cose dello stesso genere. E le cose non fungibili (*mal Kimii*) (2), (a) per le quali si ha riguardo non tanto al genere quanto alla specie, ed anche all'individuo, e che se periscono non possono compensarsi

---

(1) Manca nel Dizionario. Cf. Keizer Handh, p. 130. nelle note—Baillie Law. of sale p. XLII.

(2) Lo stesso.

(a) L. 2. § 1. D. *De reb. cred.* Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere numero mensura consistunt, quoniam eorum datione, possumus in creditum ire, quia in genere suo functionem recipiunt per solutionem, magis quam spe ie, nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.

l. 34. D. De Verb Obl. L. 0. pr. D. De rei vend. L. 26. C. De Usuris. Trad.)

con altre cose dello stesso genere, ma di cui deve pagarsi il prezzo (*Kimi.*)

In diritto Musulmano sono una specie di cose fungibili quelle nelle quali si dà luogo all'usura (*riba, da cui mal rebawi*) di cui i Giureconsulti Musulmani si occuparono moltissimo, all'effetto che non s'introducesse negli affari. Lo che più distesamente si spiegherà in seguito nel presente opuscolo, inquantochè il mutuo (*kird*) ri-tiensi come una specie di contratto *do ut des*.

Un'altra divisione delle cose (*mal'*) si è quella di cose determinate (*aehn*) e cose indeterminate (*dein.*)

Sono cose determinate (*aehn*);—1<sup>mo</sup>. Tutte le cose non fungibili, *mal kumii*.—2<sup>do</sup>. Le cose fungibili *mal millii* quando la porzione determinata vien separata dal genere a cui appartengono, ed essa stessa apparisce essere oggetto del contratto.

Che se ciò non avviene, allora dicesi soltanto che sono comprese nell'obbligazione *dein*, perchè il compratore non può coll'azione di compra domandare all'avversario la cosa designata, ma solo il venditore è legalmente tenuto a dare la porzione determinata di una cosa di una specie certa; sicchè l'oggetto del contratto altro non è, che l'obbligazione del venditore.

Debbono però notarsi altri significati giuridici delle parole *aehn* e *dein*; vale a dire la parola *aehn* dinota anche la sostanza della cosa (1), mentre si prende ancora come un saggio, dal quale può riconoscersi una cosa assente qualora sia fungibile. Col vocabolo *dein* spesse volte si designa il debito, ed intorno a ciò va osservato, che è lecito dare una cosa *aehn*, col patto che l'altro contraente in corrispettivo di essa divenga debitore di una cosa non peranche deter-

---

(1) Cf. Sciarb I. p. 301. Il vizio diminuisce la sostanza (o valore della cosa).

minata ma non è lecito la permuta di due obbligazioni di tal natura *dein*; ed io credo sia per questa ragione che il Gius Musulmano impedisce nel modo il più assoluto la vendita delle cose incorporali.

Un'altra divisione delle cose, è di cose principali e accessorie (*tabah*) (a) e quest' ultime dividonsi ancora in due specie;

1° Cose accessorie (*tabah*) che sono parte necessarie di una cosa principale, senza delle quali la cosa stessa non può sussistere, e che gli arabi chiamano diritti (*hacc pl. hukuc*) quasi a significare che sopra di esse il compratore ha un diritto certo.

2° Cose che sebbene non siano parte essenziale della cosa principale pure seguono il diritto che si ha su questa (*marfack pl, marafuk*).

Non può stabilirsi con regole certe, se una data cosa in ogni singolo caso appartiene all'una od all'altra specie, ed il più delle volte ciò costituirà una questione di fatto. Pur tuttavia la distinzione delle due specie è della massima importanza, perchè il compratore insieme colla cosa compra *ipso jure* le accessioni necessarie (*hukuk*): ma se desidera comprare le altre (*marafuk*) è indispensabile che si stipuli con un patto espresso. Così se p. e. qualcuno compra un edificio s'intendono *ipso jure* comprese nella compra i fondamenti con tutti gli affissi. Comprata una stanza da letto (*bet*) s'intende parlare di un solo locale; e nel vocabolo abitazione (*menzil*) non s'includono le costruzioni che esistono al di sopra o dentro, se non si aggiunge il patto con tutti gli annessi. (1) Se invece uno compra una casa (*dar*), in essa si comprendono *ipso jure* tutte le parti murate, ed i giardini, che sono rinchiusi

---

(1) Hedaja II p. 53. Con le cose accessorie necessarie (*hukuc*) e le cose accessorie non necessarie (*marafuk*).

entro un muro addeito alla casa. (a) Nella parola campo, si comprendono gli alberi perchè sono congiunti ad esso nello stesso modo che i fondamenti e le suredificazioni alle case; diversamente però deve dirsi delle raccolte perchè non stanno sul suolo in modo, perpetuo; lo che si applica anche ai frutti pendenti da un albero venduto; perchè essi possano ritenersi come una parte essenziale dell'albero, nè seguitano il suo destino se non vi è il patto espresso. (b) E tuttociò vien basato sopra un detto del Profeta. Finalmente le erbe le di cui radici sono infisse al terreno, s'intendono seguirne il destino, al pari degli alberi, perchè non potrebbero separarsene senza un grave incomodo.

Scendo intanto alla divisione la più importante delle cose dalla quale dipende il sapere se possano o no formare obietto della vendita; delle cose cioè che sono in commercio (*mal*) ed in quelle che sono fuori di commercio.

Sono furono di commercio :

1° Le cose che in nessun modo possono possedersi, sia perchè la loro stessa natura lo impedisce, oppure la legge vi si oppone. La loro natura si oppone a che possono appartenere a qualcuno, quando nè totalmente ne completamente possono occuparsi; come p. e. l'aria, le nubi, il sole, il mare, le bestie selvaggie etc. etc. Di tali cose però se alcuno potrà occuparne (*haz e hiaza*) una parte, ne diviene pro-

---

(a) L. 91. § 3. D. De *Legatis*. 3° « Qui domum possidebat hortum vicinum  
• ædibus comparavit, ac postea domum legavit, si hortum domus causa  
• comparavit, ut antecenorem domum ac salubriorem possideret, aditum-  
• que in eum per domum habuit, et ædium hortus additamentum  
• fuit, domus legatae continebitur L. 3. § 11. D. De pen. legata (Trad).

(b) In ciò il Diritto Musulmano differisce essenzialmente da quello Romano, secondo il quale i frutti pendenti formano parte integrante non solo dell'albero à cui sono attaccati, ma anche del terreno ove trovansi

prietario (1. Lo che vale principalmente per le cose che per legge sono dichiarate comuni come la pastura in un pubblico pascolo • nel deserto; lo che da molti si estende ad ogni genere di pascoli, poichè le parole delle Tradizioni del Profeta, come è facile ad intendere, si riferiscono soltanto al deserto. Alcuni pensano che anche le case della Mœcca siano fuori di commercio (*Biut Mekka*); ritenendo che tutti i feledi abbiano su di esse un certo qual diritto. Tale opinione però non ha prevalso. Di molto maggior rilievo sono quelle specie di cose che son destinate ad uso del pubblico, e quelle consacrate (*wakf*); ambedue le quali specie sono per Legge esenti dalla occupazione, poichè neppure una parte di esse può essere occupata dai privati. (a)

---

piantato l'albero. L. 44. *De rei vind.* « Fructus pendentes pars fundi videntur. Crescenzo op. cit. § 38. (Trad)

(1) *Sh.* — al Isl. p. 154 « Quelle cose a cui tutti i Musulmani hanno un « diritto uguale prima dell'occupazione. » È questa la riproduzione « della L. 2. § 1. *D. De rer. div.* : « Et quidam naturali jure omnium communia sunt illa, aer, aqua profluens et mare et per hoc « litora maris. — C. della L. 14. *D. De acquir. res. dom.* — Sed ut ea, « quæ primum a natura prodita sunt, et in nullius adhuc dominium « pervenerunt, nec dissimilis conditio eorum est, et que piscium et « ferarum, quæ simul atque adprehensæ sunt, sine dubio ejus, in « cuius potestate pervenerunt, dominii fiunt. (Trad.)

(a) *Inst. De rer. div.* § 7 e 8. « Nullius autem sunt res sacræ et religiosæ et sanctæ, quod enim divini juris est et nullius in bonis est « Sacra sunt quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti « aedes sacræ, et dona, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt, « quæ etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus. » Gli Wakf sono i beni consecrati a Dio, e rientrano però fra le cose sacre, che sono fuori di commercio. Infatti Wakf vuol dire *fermato*, *arrestato*, e che non può essere trasferito ad altri per contratto. Vedi la mia Memoria sugli Wakf. (Trad.)

2.° Le cose impure (*naghes*) (a); essendo importantissimo per diritto Musulmano il sapere se una cosa sia pura (*taher*) oppure no. Le cose impure (*naghes*) sono di due sorta: vi sono cose impure per la loro stessa natura (*naghes*), e delle quali è assolutamente vietato il commercio, come gli escrementi, i cadaveri, i maiali ed il vino. La seconda specie abbraccia le cose che in qualche modo possono purgarsi (*taher*) come p. e. mediante una perfetta lavatura, poichè la loro impurità è puramente accidentale, nè proviene dalla loro stessa sostanza (*achin*).

Quale poi sia la regola per determinare se una cosa sia pura o no, ed a qual genere d'impurità appartenga, non si conosce; ed io credo che in tal proposito tutto si basi sulle tradizioni del Profeta, dalle quali deve attingersi il diritto sulle singole cose. Vi è questione tra i Giureconsulti se l'olio e l'adipe quando s'no divenuti impuri (*tanaggus*) possano o no purgarsi; e tal questione è nata da questo, che è tradizione aver detto il Profeta; che il topo morto nel grasso deve gettarsi con esso, quando il grasso si è liquefatto; in caso diverso, deve gettare con la porzione che è intorno ad esso; e su di ciò, cosa incredibile a dirsi, i Giureconsulti hanno scritto molti libri. A noi però sembra, aver prevalso la opinione che sostiene quelle cose non potersi purgare; (1) è lecito però farle obbietto di qualche contratto, come dice il Nawawi, perchè non possiamo farne dimeno.

---

(a) La distinzione fra cose pure e impure non esiste nel Diritto Romano. I Musulmani l'hanno presa evidentemente dal Diritto Mosaiico, secondo il quale per ragione di igiene era vietato il cibarsi di alcuni animali, cioè del cammello, del coniglio, della lepre e del porco. *Salvador*. *Institutions de Moise*. Liv: IX, Chap. I (Trad.)

(1) *Hisui* f. 109 • Possono esse purificarsi? Vi sono in proposito due opinioni, « la più autentica è quella negativa.»

3° Le cose inutili (*ghair manfaa*);—poichè se si permutano con delle cose utili si consumano dei beni con delle cose vane, lo che è vietato dal Diritto Musulmano, interessando che le ricchezze della Repubblica aumentino sempre; l'utilità però che richiedesi, deve essere un utilità legale (*manfaa*). E cosa debba intendersi per utilità legale secondo gli Arabi viene a risultare dai seguenti esempi. Mancano di utilità le cimici, gli scorpioni, le formiche, i serpenti, e tutti gli animali, che non possono mangiarsi, come i lupi e gli elefanti; i quali però gli *Sciiti* ritengono rettamente come cose utili. Vi sono è vero alcuni di tali animali che servono ad un qualche uso, poichè i Re li comprano a gran prezzo e li mantengono nei loro giardini; e gli Elefanti sogliono servire in guerra; ma tale utilità non è legale. Lo stesso vale pei corvi, i quali diconsi inutili, senza aver riguardo all'uso delle loro penne, che separatamente sogliono vendersi. La seconda specie di cose che mancano di utilità, comprende i libri degli infedeli, dei filosofi, dei prestigiatori e degli astrologi, poichè il più accorto dei Profeti condannò questa superstizione, che chiamasi *Matheseos, astrologia*. A tali libri si equiparano le cose, colle quali si gioca, come i dadi e gli istrumenti musicali, perchè allontanano lo spirito dal culto del vero Dio; e non occorre lo aggiungere, che nello stesso modo debbono trattarsi gli Idoli dei Cristiani e dei pagani.

Trattandosi di cose di cui si può fare un doppio uso, l'uno proibito dal Corano, o da qualche tradizione, e l'altro ammesso, allora deve seguirsi questa regola, che si può annullare la vendita, ogni volta che l'attore provi, che si è avuto riguardo all'uso proibito; nel dubbio però vale la presunzione, che i contraenti avessero avuto in mira l'uso giusto.

Del che i Giureconsulti ci danno molti esempi fra i quali mi limi-

terò ad accennare i seguenti. Se si è venduta una schiava cantatrice, devesi provare per annullare la vendita, che la vendita è stata fatta in considerazione del canto; lo che il più delle volte riesce impossibile, qualora i contraenti non si siano valse del patto espresso che essa era cantatrice. Nè è lecito il poter valersi dell'azione redibitoria di fronte al venditore, se tale schiava è ignara della musica; e fuori di un tal caso il contratto è valido. La stessa osservazione deve farsi per gli strumenti di musica adorni di oro od argento, che possono venderli soltanto pel valore dell'oro e dell'argento che gli adornano; come pure per i galli e montoni, di cui la vendita è proibita, se si fa coll'intenzione di servirsene per la lotta, giacchè anche tale specie di giochi è vietata ai buoni Musulmani.

4.<sup>o</sup> Sono fuori di commercio l'uomo libero (*hurr*) l'affrancato (*muddabber*, e *muhatteb*) la concubina (*um ualad*), la quale però secondo gli Sciiti è commerciabile dopo che ha perduto il figlio (1) giacchè disse il Profeta: *il figlio la fece libera* (2); la qual tradizione vien meglio interpretata dagli Ortodossi; secondo i quali essa significherebbe *che il parto la rese libera*.

Vi è controversia nella scuola per il latte della donna, che Sciafei ritiene esser cosa in commercio, e quindi vendibile validamente purchè sia in un vaso, giacchè il latte che è nelle mammelle non può essere oggetto di contratto, non potendo constare della sua quantità (*gharan*); nè può trovarsi a ciò verun altro impedimento, giacchè è cosa pura quanto qualunque altra.

Abu Hanifa invece pensa, che sia del tutto fuori di commercio

---

(1) Sh. al isl. pag. 133. « Fintanto che il suo figlio non è morto. »

(2) Hedaja II. p. n. 27 « Suo figlio l'ha affrancata. »

perchè forma parte dell'uomo; ma il suo discepolo Abu Iusef fa una distinzione fra il latte di una donna libera e quello di una donna schiava; i Malekiti poi non fanno veruna controversia intorno a ciò. Lepidamente poi disse il Profeta, esser fuori di commercio anche il crine dell'uomo, il quale formando parte del suo corpo deve seguirne il destino; la qual proibizione si estende anche all'uso dei capelli, perchè a richiesta del Profeta, Iddio maledisse le donne che allungano i capelli, (*uasela*) e le donne che fanno uso degli altrui capelli (*mustansala*). Lo che mirabilmente concorda coll'editto di un superiore di una Chiesa Cristiana, il quale recentemente pubblicò un'identica proibizione.

Abbiamo veduto ciò che avanti tutto si richiede, onde una cosa in genere possa essere oggetto del contratto. Dobbiamo ora esaminare gli altri requisiti che sebbene secondarii pure non debbono esser negletti, giacchè da essi dipende il sapere se la legge permette o no che una cosa (*muthmin*) sia permutata con un equivalente. (*tsaman*). Primieramente è necessario, che la cosa sia ben determinata (*muthmin*) e conosciuta, onde non avvenga, che alcuno dia degli oggetti senza nulla ricevere, oppure riceva una cosa, (*tsaman*) di molto minor valore. Ciò trova il suo appoggio nella tradizione che sull'autorità del *Moslino* gli arabi esprimono con queste parole; è cosa *illecita* il vendere una cosa d'incerta eventualità, o che non si trova nella nostra disponibilità, (1) poichè ogni incertezza (*Gharan*) è di ostacolo agli

---

(1) Abu Sho'bi, p. 19. « La vendita di ciò che è aleatorio (*gharar*). » Hisni, f. 113. « L'aleatorio (*gharar*) è ciò di cui il risultato è nascosto. » Il significato però che l'Hisni attribuisce alla parola *gharar* vale solo in un senso speciale, poichè ogni incertezza negli affari si designa con quel nome.

affari. (a) Sarebbe però cosa ridicola il pretendere che si avesse della cosa una nozione perfetta sotto ogni rapporto; e ciò è ritenuto anche dai Giureconsulti Arabi; ma basta che essa sia nota per la sua natura (*hain*) la sua quantità (*Kadr*) e qualità (*Sefaa*).

E quei giureconsulti molto si occuparono di tal materia; e con tal sottigliezza prendono in esame i singoli casi, che con difficoltà possiamo aggirarsi nel labirinto dei medesimi.—Prima di tutto fra le cose non ben conosciute, di cui è incerto l'evento, annoverano le cose assenti (*ghaib*) che nessuno dei due contraenti ha vedute; e desse perciò non possono vendersi, se non sono di quelle che si accertano col peso, la numerazione, o la misura, e che non soffrono cambiamento in un breve spazio di tempo; quali cose possono vendersi previa descrizione (*Uasf*) oppure vistonone un saggio (*hinn*) e rammentata la quantità (*Kadr*). Che se insorge controversia, nè può allegarsi la prova testimoniale, per sapere se la cosa abbia o no sofferto un cambiamento, in tal caso la presunzione sta contro il venditore, ed il giudice deve deferire il giuramento (*Iamin*) suppletorio al compratore. Perciocchè per Gius Musulmano quando l'attore non adempie all'onere della prova, non si assolve il reo convenuto, se questi mediante la reli-

---

(a) Da questo principio di Diritto Musulmano deriva, che è impossibile, la vendita della speranza, e della cosa sperata. Lo che è ammesso dal Diritto Romano, il quale riconosce la validità della *emptio rei speratae*. *Crescenzo Diritto Romano* § 368. L. 8. L. 39. § 1. L. 78 § ult. D. De contrah. empt. Il nuovo Codice Egiziano ha voluto attenersi al Diritto Musulmano prescrivendo all'art. 327 che l'oggetto della vendita deve essere certo e determinato, ed all'art. 330 che è nulla la vendita dei frutti e delle raccolte, che non hanno germogliato nè sono sortite dal terreno. (Trad.).

gione del giuramento, non fa piegare in suo favore l'animo del Giudice.

Vi è però un contratto *do ut des* denominato *salm* o *sulaf*, nel quale è lecito di vendere una cosa peranche non esistente, previa peraltro cauzione; ma di esso ci occuperemo a suo luogo.

Ella è cosa tanto evidente che la natura della cosa deve esser conosciuta, che non importa parlarne in modo speciale. Invece dovremo occuparci con qualche latitudine della cognizione della quantità (*Kadr.*)

La quantità è duplice, cioè assoluta e relativa.

La quantità è assoluta, quando p. e. si dice; ti vendo tante moggia di frumento, ed ogni moggio per tanti danari.

È poi relativa quando si dice, ti vendo ogni moggio di questo monte di frumento per tanti danari. *Abu Hanifa* è di opinione che sia illecito questo modo di vendere, perchè non si conosce la giusta quantità della cosa venduta; i suoi discepoli (1) ritengono giustamente che la quantità relativa sia sufficientemente certa, perchè dipende dall'arbitrio di ognuno dei contraenti il renderla assoluta. Ed è questa la opinione anche di *Malek* e di *Sciafei*.

Se la cosa è presente (*muchahad*) è lecito di venderla anche in blocco (*Kharas* o *ghisaf*) e ciò secondo tutte le sette ortodosse; (a) ma in tal caso si richiede, che la quantità sia grande, e che veruno dei contraenti sappia con precisione qual' è la

---

(1) *Mohammed* ed *Abu Jusef*.

(a) Questo principio è del tutto conforme al Diritto Romano che ammette la *emptio per aversionem*. *De contrah. empt.* — *Res in aversione empta, si non dolo venditoris factum sit, ad periculum emptoris pertinebit, etiam si res assignata non sit.* L. 1. § 1. L. 2. § 1. L. 4. § 1. D. *De periculo et comm. rei vendit.* (Trad.).

quantità delle cose; ed inoltre che ambedue le parti siano in grado di apprezzare approssimativamente la quantità delle cose; e che si tratti di cose fungibili, nelle quali, come sarebbe nel grano, alcuni grani di più o di meno non possono influire sul prezzo dell'intero monte. Egli è per questo motivo che non è lecito di vendere in blocco gli uccelli che svolazzano in una gabbia, poichè il movimento celere che hanno non permette di determinarne il numero preciso; in tal caso infatti non si può neppure approssimativamente apprezzarne il numero, ed è illecito il difetto assoluto di apprezzazione. (a) Per la stessa ragione non si possono vendere in blocco dei servi vili, nè le gemme. Imperocchè sebbene colui, che compra un gran numero di servi o di gemme, non abbia il più delle volte l'intenzione di comprare delle cose singole, pure ognuna di esse ha il suo prezzo. Che se avviene che uno dei contraenti abbia conoscenza della vera misura della cosa prima della vendita o della compra in blocco, allora l'altro deve ritenersi come ingannato, ed a sua richiesta può annullarsi il contratto con l'autorità del Giudice.

Per diritto Musulmano la quantità si può accertare in qualsiasi modo, e non è necessario di servirsi delle misure approvate (*ajar, prova*) (1) basta perciò anche una *scodella*, lo che per altro non vale

---

(a) Il Diritto Romano non conosce simili restrizioni alla validità della vendita in blocco. La ragione della differenza fra le due Legislazioni si è, che per Diritto Musulmano ogni specie di alea è vietata nei contratti, mentre per Diritto Romano sono ammessi i contratti aleatori. Egli è per questo che il Diritto Musulmano vuole nel modo il più rigoroso, che la cosa venduta sia determinata ed esistente; mentre per gius Romano ciò non si richiede. (Trad..)

(1) *Ayar* prova pubblica, ed anche *acar* prova della misura mancauo nel dizionario. Ef. Hisni i. 118. Della stessa radice merita di essere notato *mehaiar* modo con cui vendesi qualcosa, cioè misura *kit* e della lunghezza

nella vendita *Salam*, nella quale non è lecito servirsi che di misure precise (1)

Per quello che attiene alla qualità (*safaa*) può darsi secondo gli Sciafeiti e Malekiti stabilirsi in qualsiasi maniera, ed anche mediante descrizione. Gli Hanafiti invece opinano esser più conveniente, secondo il detto del Profeta, di avverarla mediante l'ispezione; lo che se riesce impossibile, come nel contratto *Salam*, in tal caso basta la descrizione. Ed io ho voluto ciò rimarcare per provare che sebbene si ritenga, che gli Hanafiti seguono piuttosto la ragione (*kias*) che le tradizioni divine, pure alla pari di tutti gli altri Mao-

---

*zurah* numero (*adda*), o peso (*uasn*) Ef. Hisni f. 116 *Khahl ibn Isac*; ed *Paris 1855 pag. 127 Gloss ad Beladoor Ibn Qasin p. 94.*

(2) Le misure di cui servono gli Arabi il più delle volte sono, se si tratta di solidi, un peso di cammello (*uasck*) che si equipara a 60 *sah*, che si suddividono in 4 moggi (*mad*), ognuno dei quali contiene quanto un uomo può prendere con le due mani unite, ma aperte. Nell' Hedgiaz però era in uso un'altra divisione. Che se si tratta di liquidi, si servono delle stesse misure, ma allora il moggio (*mad*) muta il suo nome in *mann*. Il vocabolo *rotl* indica anche il peso che contiene 20 *Astar*, che si suddivide in 4  $1\frac{1}{2}$  *Mithkal*. Il *Mithkal* contiene 20 *Kirat*, ed il *Kirat* si dice essere di 4 o 5 grani. Le sole monete che hanno (*nakdan*), e di cui si servono anche come peso, sono il danaro d'oro (*dinar*) che il Califfo Omar stabilì del peso di un *Mithkal*, e del valore di 10 drammi d'argento (*dirhem* che sono  $7\frac{1}{10}$  di *mithkal*). I pesi e le misure variano secondo ogni regione; ma queste divisioni sono usate a Bagdad, ed i Giuristi le seguono il più delle volte. Per le misure di terreno si fa uso specialmente in Egitto del *feddan*, cioè quanto può arare in un giorno un paio di bovi. Si divide in 400 *Cassabas* quadrati, una *casba* è uguale a  $4\frac{1}{5}$  di metro. Per misurare poi le piccole quantità si fa uso del cubito (*ziraa*) e della spanna (*scibr*). Il *giarib* è la quantità di frumento che contiene 4 *Kafiz* cioè 384 *mad*, mentre *Kafiz* si suddivide in *Kabda* manata. Il *giarib* ed il *hafiz* sono anche misure di terreni, ed allora il *Kafiz* è di 144 cubiti. Anche queste divisioni e nomi di misure variano a seconda delle diverse regioni.

mettani, non sono alieni dallo stare attaccati alla superstiziosa interpretazione della lettera delle medesime.

Ispezionata una volta la parte superiore di un monte di grano o di piccole cose, il compratore non può lamentarsi d'avanti al giudice dello errore in cui sia incorso per la qualità; meno che il venditore dolosamente abbia messo del grano di peggior qualità dentro il monte. Lo che non vale quando si tratta di un monte che comprende cose diverse; allora infatti, perchè non vi sia pericolo di errore (*gharan*), è indispensabile lo ispezionarle tutte. Lo stesso dicasi, quando alcuno compra una casa; egli ha il diritto di esplorarne tutte le parti che gl'interessano, come le camere, i tetti, i muri, i bagni: nè il venditore può ricusarvisi. Secondo alcuni trattandosi di uno schiavo, o di una schiava debbonsi ispezionare soltanto il capo, le mani, ed i piedi; secondo altri, ed a ragione, il compratore ha il diritto d'ispezionare tutto il corpo dello schiavo o della schiava. Parimenti trattandosi di un libro possono esaminarsi tutti i fogli del medesimo.

Una seconda specie di cose incerte (*gharan*) l'abbiamo, quando esse non sono in nostro potere, e perciò non possono consegnarsi; come p. e. il servo fuggitivo (*abah*), il cammello girovago (*daal*), ed in generale anche le cose possedute violentemente (*macsub*) (1), e di cui è tolta al padrone la facoltà di far la consegna. Però chi ne è spogliato può venderle allo stesso spogliatore, poichè allora i con-

---

(1) *Macsub* si applica a tutte le cose, che sono sottratte al padrone senza alcun diritto; così con tal vocabolo si designano non solo le cose possedute violentemente, ma anche quelle furtive. *Gasb* si dice il possessore di mala fede in generale, che i Romani chiamano predone. *Ghasab* significa il possesso di mala fede, e la stessa radice *Ghasaba* in senso proprio significa, prese la cosa violentemente. Quali significati eccetto l'ultimo mancano nel dizionario. Cf. i Giuristi a questo luogo.

traenti possono valersi della tradizione *brevi manu* ; qual distinzione mi sembra assurdistima ; poichè in tal guisa non solo si arreca un danno a colui che è stato spogliato, ma inoltre si accorda un vantaggio al possessore di mala fede.

Trattandosi del servo fuggiasco (*abah*) o dell'armento errabondo (*Daal*), ed il compratore dichiara di poterlo riprendere, in tal caso è lecito il venderglielo, poichè trovasi nello stesso caso del possessore violento, il quale non abbisogna della tradizione della cosa. E sebbene in seguito venga a risultare, che il compratore non può riprendere il servo o l'armento, pure la vendita è valida, perchè il compratore deve imputare a se stesso, se la stipulò. Non posso però affermare, che lo stesso debba dirsi di colui, che dichiara di poter prendere al predone la cosa posseduta da questo con violenza ; Egli è vero che vi è una certa somiglianza di casi : ma dubito, che possano stipularsi dei contratti, col patto di valersi del dolo o della forza per poterli portare ad effetto ; imperocchè un tale atto è sempre contro il diritto, sebbene commesso contro il predone, dovendosi ricorrere al giudice per ricuperare le cose proprie.

Per le stesse ragioni non può vendersi l'uccello, che è in aria, od il pesce che è nel fiume o nel mare, o le belve che sono nei boschi ; le quali peraltro possono vendersi quando si trovino in nostro potere, come l'uccello in gabbia, il pesce nella vasca ec. ec. Gli uccelli addomesticati, come i piccioni e le api (giacchè gli Arabi ritengono le api come una specie di uccelli), possono vendersi anche se assenti, mentre sogliono ritornare di notte, e perciò sebbene assenti si ritengono come in nostro potere ; lo che vale anche per il servo che è stato spedito come messaggiere. *Nawawi* però fa osservare, che essi non sono più in nostro potere, quando abbiano perduta l'intenzione di ritornare.

Debbono inoltre annoverarsi fra le cose, che non sono in nostro potere, inquantochè ne è incerto l'esito, il feto nell'utero, il muschio nell'animale, il grano nella spiga, i frutti pendenti prima che incomincino a maturare, i quali secondo gli *Sciafeiti* non possono vendersi senza la condizione, che rimangano sull'albero fino al momento in cui possano staccarsi; ed allora è dovere del venditore di irrigare gli alberi; ma il pericolo e comodo della cosa non lo riguarda, perchè si ritiene che la cosa sia di già in potere del compratore. (1) La quale opinione dello stesso *Imam* si appoggia sopra una tradizione celeberrima; sicchè la consegna si ritiene come della natura del contratto, e che *ipso jure (kaharan)* sia inerente all'affare. Lo stesso poi deve dirsi delle raccolte immature.

Che se i frutti pendenti si vendono insieme coll'albero, si considerano come un accessorio (*taba*) dell'albero stesso; ed allora non è neppure permesso al venditore di stipulare, che restino sull'albero, giacchè questo sarebbe un diminuire il dominio del compratore. (2) Lo che vale anche per le biade vendute insieme col campo; circa alle quali cose peraltro va rammentata la distinzione, che nella vendita del campo s'intendono inclusi *ipso jure (kaharan)* gli alberi, mentre per le biade occorre un'espressa stipulazione, onde il compratore ne divenga proprietario.

La vendita dei frutti è da annoverarsi fra quelle materie, delle quali i Giureconsulti arabi si occuparono in un modo speciale; ma a parer mio la maggior parte di essi fecero opera inutile e sprecata, Infatti è talmente grande la quantità delle questioni, che sollevarono

---

(1) Abu Shodja p. 19 Non è permesso di vendere i frutti in generale, che quando hanno incominciato ad essere maturi» Hisni f. 116 Ed il venditore è al coperto della perdita e dei guasti.

(2) Sharb I p 303 « La proprietà sarebbe interrotta al compratore.»

in materia così semplice, trattandola secondo il loro costume senza ordine, che vi portarono immensa confusione; e debbo confessare di sentirmi incapace a trovare dei principj certi che possano guidarci. Comunque sia esiste una gran controversia fra le diverse scuole: poichè i Malekiti propendono per l'opinione, che i frutti dopo la vendita sopraindicata stiano a rischio del venditore, in quanto che la tradizione (*Kabbad*) non è peranche perfetta; mentre gli Hanafiti sono meno rigorosi circa la condizione del cogliere i frutti. Siccome però ambedue le sette adducono tante tradizioni del Profeta e passi del libro divino (1), così debbo convenire con quel Giureconsulto (2) che pensa, essere Iddio Ottimo l'unico duce in tal materia, dal quale possa implorarsi il lume necessario (*Allah akkam*) per comprenderla.

Il prezzo (*tsaman o auad*) che il compratore da per la cosa comprata (*mitkman*) (3) è soggetto alle regole stesse che abbiamo or ora esposte. I Giureconsulti poco si occupano del prezzo, se è pagato in moneta coniatata (*mahd*); imperciocchè oltre che in molte specie di contratti *do ut des* non ha luogo ciò, che avviene nel mutuo e nella transazione, cioè la contazione della moneta, è anche di gran lunga maggiore il numero di quei negozii, che sebbene si annoverino fra le vendite (*bia* in senso stretto) o le locazioni, pure si fanno mediante permutate, e ciò per il valore incerto e confuso che ha la moneta in Oriente. Che se poi si tratta della vendita nel senso del Diritto Romano, merita di essere osservato; Che il

---

(1) Il Corano

(2) HİSNİ

(3) Il prezzo della cosa nel suo vero significato, cioè come quantità di moneta coniatata, che si da in corrispettivo di una cosa, si chiama in arabo *kimah*, non *taman*.

prezzo (*tsaman* in senso stretto) deve essere certo, quantunque tal certezza possa essere anche relativa; (a). Può vendersi infatti anche al prezzo di piazza; lochè peraltro l'Iman Abu Hanifa dice non esser lecito. Che se poi si dice *per tanti denari*, ciò vale soltanto, quando una sola moneta abbia valore in quella città, o se vi sono diverse specie di moneta dello stesso valore; ed in tal caso può il prezzo essere pagato in quella specie che piace al debitore. Tal clausola può in generale essere aggiunta, se dalla consuetudine apparisce, di quale specie di moneta gli uomini il più delle volte si servono in quella località; ed allora il prezzo deve pagarsi in tale specie. Che se non consta di ciò, la stipulazione generica di danari annulla tutto il Contratto, perchè essa è incerta.

D'altronde io penso, che la confusione che esiste nelle cose monetarie presso tutte le nazioni, che hanno abbracciato il Diritto e la Religione Maomettana, è stata la ragione per cui i Giureconsulti Arabi hanno fin da principio seguito il giusto principio, che la moneta coniatà altro non è che una merce, coll'aiuto della quale si fanno le permutate; in forza di che non hanno avuto bisogno della distinzione fra la vendita e la permuta, che varii fra i moderni legislatori hanno dovuto abbracciare insieme col Romano Diritto.

Oltre le divisioni delle obbligazioni, che danno luogo alle distinzioni sopraesposte circa il subietto, la forma, e l'oggetto delle

---

(a) La certezza del prezzo è richiesta dal Diritto Romano, il quale però non vuole che sia assolutamente determinato, e si contenta che sia determinato relativamente p. e. *quantum pretium in arca habes*. L. § 1.2. L.37 D. De contrahent. Io penso che per Diritto Musulmano questa clausola non sia ammissibile, essendo egli assai più rigoroso nel volere che tanto la cosa, quanto il prezzo siano certi e determinati, onde escludere il più possibile, che uno dei contraenti resti danneggiato nella contrattazione. (Trad).

medesime; avviene un'altra che non possiamo omettere, e che si riferisce al numero delle cose che entrano nell'obbligazione. Ogni volta che dalle due parti contraenti una sola cosa forma l'oggetto dell'obbligazione, questa dicesi *semplice*; se più cose, dicesi *alternativa*. Gli Arabi però non sogliono servirsi di tali vocaboli, ma avuto riguardo alla facoltà di scegliere dicono, che ha l'opzione della determinazione (*kiar el iahibin*) (1) colui, a cui favore si stipula l'obbligazione alternativa. (a). La facoltà di scegliere (*kiar*) può accordarsi a ciascuno dei contraenti, ma ciò vale solo quando le singole cose non hanno un diverso prezzo; poichè allora l'obbligazione non è più alternativa, ma vi sono più contratti, dei quali può scegliersi quello che deve o non ratificarsi.

Secondo alcuni il tempo per scegliere non deve oltrepassare i tre giorni, e le cose da scegliere non possono oltrepassare il numero di tre. Che se si consegnano al compratore le cose, perchè faccia la scelta, e tutte periscono accidentalmente, egli è tenuto a pagare il prezzo solamente di quella che vuole; giacchè tutte le altre si ritengono, come sotto la semplice sua custodia, a titolo di deposito (*amana* (b)). E se avviene che colui, a favore del quale esisteva il diritto di scegliere, muore nel frattempo, quel diritto passa

---

(1) Manca nel Dizionario un tal significato Cf. Hed. II p.14, Inaja III p.41.

(a) Anche per diritto Romano può stabilirsi nel contratto quale delle parti avrà il diritto di scelta. Nel dubbio la scelta dell'oggetto da prestarsi spetta al debitore. L. 25. pr. L. 34. § 6. *De contrahi emt.* L. 93.106.138 § 1. D. *De Verb Obb.* Crescenzi Op. cit. § 318 (Trad).

(b) Le regole che stabilisce il D° Romano circa alle conseguenze della estinzione o perdita delle cose, che formano l'oggetto delle obbligazioni alternative, sono molto più estese e sviluppate che nel Diritto Musulmano. Crescenzi Op = cit = § 318 — La L. 47 53. *De Legatis* contempla precisamente il caso, che tutti gli oggetti della obbligazione siano periti, e vuole che si paghi al creditore il prezzo di uno di essi. (Trad)

nei suoi eredi, i quali però debbono esercitarlo nello stesso modo che il testatore, nè possono rifiutare tutte le cose. (a)

Se alcune di tali cose periscono nelle mani del venditore, mentre il compratore aveva il diritto di scelta, è rimesso all'arbitrio di questo il prendere o no la cosa che rimane; e se non la prende, non ha obbligo veruno di pagarne il prezzo, perchè è facile l'intendere, che per la perdita di una porzione delle cose stipulate il contratto si annulla. (b)

Se tutte le cose periscono accidentalmente presso del compratore, egli deve il prezzo di quella cosa che perì la prima; ma se tutte perirono simultaneamente, in tal caso deve dare la metà di ognuna di esse, se sono due; e se sono tre, ne deve il terzo.

La scelta può esercitarsi anche col fatto. Imperocchè se colui, che ha il diritto di scelta, dispone di una cosa dopo la consegna, s'intende che egli l'abbia voluta scegliere. Il diritto poi di scelta del venditore resta estinto, quando abbia disposto di tutte le cose meno una. Altrimenti il venditore, a favore del quale esiste il diritto di scegliere, potrebbe forzare il compratore a prendere la cosa che volesse, nè questo ultimo avrebbe il diritto di recusarla.

È ugualmente certo, che colui a favore del quale è stato stipulato il diritto di scelta durante il tempo convenuto, può disporre

---

(a) Il diritto di scelta passa agli eredi per Gius. Romano in ordine alla L. 76 De Verb Oblig. (Trad)

(b) Leggansi le L. 34 § 6 De contrah eunt. L. 98 p D De solut, secondo le quali quando i due oggetti dell'obbligazione alternativa sono periti essa cessa totalmente, oppure si converte in obbligazione semplice, qualora uno solo ne rimanga; in tal caso l'oggetto, che rimane sarebbe in *obligatione et in petitione*, ed il creditore non può domandare il prezzo degli altri. (Trad)

di una soltanto fra tutte le cose; l'altra parte poi non ha il diritto di fare affari intorno a veruna di esse.

Non voglio abbandonare la materia di cui mi occupo senza osservare, che i Giureconsulti Arabi l'hanno orribilmente trattata nel Capitolo delle *Ozioni (Kiar)*, colle quali nient'altro ha di comune che il nome. Cosa avvi infatti di più assurdo, che il confondere il dritto che uno dei contraenti ha di scegliere l'oggetto del pagamento, col diritto che ha di scegliere se vuole o nò che il contratto riceva il suo effetto?

## CAPITOLO II

Del contratto *do ut des (baie)*, che manca di effetto (*ghair-lazem*).

### § 1° Dell'ozione necessaria (*Kiar el-meglis*)

Quando un contratto *baie* è stato posto in essere colle condizioni sovresposte chiamasi valido, *sahh*.

Ma può anche avvenire, che desso dopo la scambievole tradizione delle cose, venga rescisso e manchi di effetto per qualche motivo; allora i Giureconsulti Arabi lo chiamano (*bae ghair lazem*). E ciò può avvenire sia per comune consenso delle parti sia per qualche speciale diritto competente ad uno dei contraenti,

Incomincerò dal trattare questo secondo caso, che si denota col nome di Ozione *Kiar*, e di cui debbono bene distinguersi le seguenti specie:

1° Ozione necessaria *Kiar el meglis*, che è il diritto dell' uno e

dell'altro contraente di sciogliere il contratto, finchè non si siano separati. (1)

2° Ozione convenzionale *Kiar el sciart*, allorchè uno dei contraenti ha stipulato, di riservarsi il diritto di rigettare l'oggetto comprato; lo che il più delle volte accade nella vendita fatta col patto della pregustazione.

Queste due specie di ozione, si chiamano comunemente ozione di esame, *Kiar el tarawi* (2).

3°. Ozione d'ispezione *Kiar el ruja*, che è il diritto di restituire la cosa, che essendo lontana si è comprata a saggio *aihn* o dietro descrizione, dopo averla veduta.

4°. Ozione per causa di vizii, *Kiar el aib*, oppure *ennakis*, che è il diritto di restituirlo per i vizii redibitorii. (a)

---

(1) *Kan VI*. — Servirsi scambievolmente dell'ozione come *takayar* devesi aggiungere nel Dizionario C f Sharbi I p 297 · 299 . etc Giuristi passim.

(2) La parola *esaminare* manca nel Dizionario C f Hisni f 113 lda Qasim. p . 91= *Queste due specie si chiamano Khar ettarawi*. (A me sembra che *etterawi* non possa significare esame, giacchè si applica al marito, che prende delle informazioni sulla giovane che vuole sposare, come si vede alla pagina 67 del citato autore. Quindi penso che questo vocabolo possa tradursi più esattamente *informazioni e ricerche*.)

(a) Sebbene il vocabolo *ozione* non si trovi nel Dizionario Italiano, pure ho creduto doverlo usare, perchè la parola *scelta*, con cui si traduce la *optio* dei Latini, non esprime esattamente l'idea, che quest'ultima parola contiene. Vedi *Mannuzzi, Dizionario della Lingua Italiana*. Mentre *optio* significa più specialmente la facoltà di scegliere. *Calepinus Sept. . Ling*. Ora il vocabolo arabo *Kiar* significa appunto la facoltà o diritto di scegliere. Per evitare perifrasi era adunque necessario di servirsi della parola *ozione* come corrispondente all'*optio*. Cosa potrà a ciò rimproverarsi? Di essere caduti in un latinismo. Ma si rifletta che la lingua Italiana altro non è che un composto di latinismi; perchè figlia legittima e primogenita (se non sorella) della Lingua Latina (Trad).

*Prima Specie.*—Se il contratto è perfetto, sia per la riunione de' consensi, che per la reciproca tradizione delle cose, ognuno dei contraenti può rinunciare alla vendita e restituire all'altro la sua cosa, per riprendere la propria, finchè ambedue trovansi tuttora sul luogo (*meglis*), ove hanno stipulato il contratto; o finchè l'uno non abbia detto all'altro, *esercita il tuo diritto di ozione* (*Kiar VIII*). In tal caso infatti egli ha perduto il diritto di optare nello stesso modo che avesse detto; — *intendo di avere ratificato il contratto* — Ed allora rimane integro all'altro il suo diritto di ozione, se ambedue i contraenti non hanno scambievolmente fatto uso della medesima (*Kiar VI*)

Sebbene ci apparisca ridicolo un tal diritto, pure secondo gli Sciafeiti e gli Sciifi. (1) desso è inerente *ipso jure* (*Kakaran*) a tutti i contratti *do ut des* (*bia*), e ciò per il detto Profeta; *i contraenti hanno il diritto di ozione, finchè scambievolmente non si sono separati*— (2).

I seguaci però degli altri Imami sostengono, che tal diritto renderebbe incerti gli affari, essendo contrario alla ragione, che sia lecito all'uomo di ritrattare il consenso già prestato; ed il detto del Profeta non ha altra importanza, che di significare che ognuno dei contraenti dopo la offerta (*igiab*) può dare o non dare il consenso (*Kiar el kabul*) fino a che sono in presenza (*meglis*); sicchè una volta separatisi senza aver prestato il consenso, deve ritenersi che abbiano abbandonato l'affare.

Siccome poi gli abitanti delle nostre Colonie nell'arcipelago

---

(1) Secondo i quali però è inerente solo alle vendite in senso stretto.

(2) Hisni f 113 *I due contraenti hanno la scelta, finchè non si sono separati*. Bocari II . p 18. 43 .

delle Indie Orientali seguono il rito Sciafeita, così sarà utile di occuparsi di tale ozione.

Cosa voglia esprimere nei singoli casi «*prima che si separino (Fi el-meglis)*» non può determinarsi con regole certe; ma deve desumersi dagli usi, ed il più delle volte sarà una quistione di fatto. Per il tempo, i Giureconsulti Arabi talvolta pensano, che possa esser lunghissimo; ed io ho trovato un esempio, di due che facevano un viaggio insieme per molti giorni; e tutto quest'intervallo di tempo si é ritenuto come una continua sessione, perchè non si erano separati; sebbene allora riesca difficile ad intendersi, come non ci si opponga il precetto di *Sciarbin*; che è illecito il discorrere di cose non riguardanti l'affare.

Ho detto, che l'ozione necessaria (*Kiar el-meglis*) è *ipso jure* (*Kakaran*) (1) inerente a tutti i contratti *do ut des* — Peraltro sonovi delle eccezioni a questa regola. Primieramente non è inerente al contratto di nozze (*nikkah*), che con maraviglia qualcuno vedrà annoverare fra i contratti *do ut des* (*bea*).

Ma per diritto Musulmano le nozze non sono altro, che una compra della ragazza fatta dal padre o tutore di essa, in corrispettivo di un certo prezzo (*makr saddaka*) (2).

Ora non è lecito lo sciogliere in tal guisa questo contratto dopo la consegna (*kabbad*) della ragazza, poichè nessuno contrae ma-

---

1 Ed ha una tal forza da non permettere di escluderla anche mediante il patto espresso.

2 Si potrebbe chiamare donazione in vista del matrimonio, o avanti il matrimonio; ed erroneamente nel Dizionario si traduce quel vocabolo *dote*, che si da dal marito alla moglie, lo che è una contradizione in termini. C f i Giuristi citati nel Capitolo della Nozze. In quest'errore è caduto il compilatore dello Statuto Personale in Egitto, ove appunto il *Makr* è stato tradotto *dote*. (Trad).

trimonio, senza aver in precedenza fatta ogni diligente indagine (1).

Neppure il servo (*mukatab*), che ha comprato la libertà dal suo padrone dietro un determinato prezzo, ha il diritto dell'ozione necessaria; all'opposto tale ozione si accorda nella donazione remuneratoria, quantunque il donante (*uakeb*) dia in genere dei beni a titolo di liberalità. Qual donazione per diritto Musulmano si annovera fra i contratti *do ut des*; ed a ragione, perchè ricorrono tutti i requisiti essenziali per poterlo fare.

Vi è dubbio se abbia il diritto di ozione colui, che si vale del diritto di preferenza (*sciufaa*) (a) nella compra di una cosa; ed io credo debba risponderci affermativamente. Si da luogo in-

---

(1) Hisni f 113. *Perchè ciò non ha luogo il più sovente che dopo Tarawi*

(a) Il diritto di *Sciufa* o di preferenza corrisponde al *retrait* delle Legislazioni Europee. Nel nuovo Codice Civile Egiziano si chiama *Preemzione* art. 93 e seg. Nel Codice Francese non si è ritenuto, che il *retrait successorial*; e tutti gli altri *retraits*, che prima esistevano in Francia, sono stati aboliti, cioè il *retrait vicinal*, del comproprietario etc. etc. Questo diritto di prelazione o *sciufaa*, che è ammesso dal Gius Musulmano, è stato attinto dalla Legislazione *Romano-Bizantina*. Nelle Collezioni Giustiniane se ne parla alla L 14 C. De *Contrat Empt*, ove si dice che era stato lungamente in vigore, ma poi abolito. Posteriormente venne di nuovo ristabilito sotto il nome di *Protimesis* dagli Imperatori Bizantini Romano Seniore e Michele Nicefora come può vedersi in Armenopulo lib 3 tit 3 infine. E se si leggono le costituzioni di quelli Imperatori si vedrà come il Diritto Musulmano non abbia fatto che copiarle, mentre accorda lo *sciufa* o prelazione alle stesse persone, cioè ai *vicini*, ai *coeredi*, e comproprietari. Vedasi in proposito ZACHARIAE *Histoire du Droit privé Greco Roman*; § 58; il quale osserva che quel diritto di prelazione ha continuato fino a questi ultimi giorni, sia in Grecia, sia nei principati Danubiani, ov'è stato ed è in vigore il Gius Bizantino. Ci sembra questo un fatto importantissimo per dimostrare, che il Gius Musulmano si è appropriato quello in vigore nei paesi conquistati, che altro non era che il Diritto Romano. (*Trad.*)

fatti al diritto di preferenza (*sciufaa*), quando due o più posseggono prò indiviso la stessa cosa. Ed allora se uno di essi vuol vendere ad un estraneo la sua parte, l'altro comproprietario ha il diritto di comprarla, facendo l'offerta del prezzo, e cost impedendo al terzo di farne l'acquisto.

Anche nella locazione e conduzione (*igiara*) si da luogo a tale ozione, come nella specie chiamata *musakaa*; vale a dire se qualcuno confida ad altri la coltura delle palme, o delle viti in corrispettivo di una porzione del provento; qual convenzione è indubitato che rientra in questa specie di contratto.

Più diffusamente sogliono i Giureconsulti dissertare sul caso, in cui uno dei contraenti immediatamente avanti di separarsi divenga inabile a valersi del diritto di ozione; come quando si è svenuto, oppure è divenuto pazzo. Ed insegnano allora, che quel diritto passa ai suoi eredi (*uareth*) oppure al suo curatore (*uali*).

Del resto molti pochi casi di un tal patto debbono essersi presentati, o possono presentarsi nel breve intervallo di tempo che passa tra la offerta, e la separazione; quantunque desso per gli Arabi possa essere assai lungo. Parimenti deve osservarsi, che se una cosa venne comprata dal curatore di un pazzo, e questi in seguito rinsavì, non è ad esso ma al curatore, che compete il diritto della ozione.

## § 2 Della ozione convenzionale (*Kiar el sciart*)

*Seconda specie* - Di molto maggiore importanza è la seconda specie di ozione, che gli Arabi chiamano *kiar el sciart*. La quale in realtà altro non è, che la vendita previa degustazione. La qual vendita è per noi un contratto, che si stipula sotto

condizione; mentre peron essi è un ctrato che si scioglie sotto una condizione. (a)

Si fonda questa specie di ozione sopra un detto del profeta, ad Habban; il quale trovandosi facilmente ingannato negli affari, ne mosse doglianza al profeta, che gli rispose: *Habban quando vorrai stipulare una compra e vendita, dirai: Non vi sia inganno, ed allora avrai l'ozione per tre giorni* (2)

Quella condizione non è inerente IPSO JURB, come la prima specie di ozione, al contratto di vendita: ma solo quando viene espressamente stipulata (*sciart*). Avvi però gran controversia nelle scuole circa il tempo, pel quale può stipularsi il patto della pre-gustazione; e dessa è nata dalle varie lezioni della rammentata tradizione (b).

La scuola dei Sciafeiti, basandosi sulla lettera di essa, alla quale attribuisce forza limitativa, sostiene che non è lecito stipulare il patto della gustazione per un tempo maggiore di tre

---

(a) Questa specie di ozione corrisponde esattamente alla vendita fatta col patto, che i contraenti possono recedere dal contratto in caso di pentimento e che è detto *pactum displicentiae* L. 31 § 22 *De aedi edict.* « Si quis ita venierit, ut nisi placuerit intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur. » E deve ritenersi, che piuttosto che esser desunta dai detti del Profeta, sia stata attinta da questa Legge Romana, di cui si vede esser la copia (Trad)

(2) HISNI f 114 • *Non usare ingan o mentre hai la scelta per tre notti* • HEDAIA II p 7 *Lungi ogni. inganno; io ho la scelta durante tre giorni* Cf Bocchar II f 71.

(b) Per diritto Romano il tempo per valersi del patto *displicentiae* era di 60 giorni L cit « Si autem de tempore nihil convenerit, in factum actio intra 60 dies utile accomodatur emtori ad redhibendum; ultra non. Si vero convenerit ut in [perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere. (Trad)

giorni, perchè tal condizione è contraria alla natura del Contratto, nè può estendersi. Esser lecito peraltro di ricordare l'opzione per uno spazio di tempo più breve, e ciò inevitabilmente per una benigna interpretazione della Legge; lo che vale anche per una opzione troppo lunga, la quale perciò deve restringersi al tempo stabilito.

Nella scuola Hanafita vi è dissenso fra lo stesso Imam, ed i suoi più esimi discepoli *Abu Juseph* e *Mohamet*. *Abu Hanifa* ha la opinione stessa di Sciafei; con questa differenza però, che la condizione resti nulla, solo per quella parte che eccede i tre giorni. Mentre Sciafei pensa, che tal condizione renda viziato tutto il contratto. Qual differenza produce gravi conseguenze; infatti suppongasi che tu abbia comprato col patto, che il diritto di opzione duri 10 giorni; in tal caso secondo Sciafei tutto il Contratto è nullo, se prima del terzo giorno non hai manifestata la tua volontà; mentre secondo *Abu Hanifa*, lasciando passare i tre giorni, deve ritenersi aver tu confermato il Contratto.

I discepoli invece di *Abu Hanifa* ritenendo come semplicemente enunciative le parole della tradizione, (lo che al certo è più consentaneo alla lezione del libro *Hedaja*) dicono, esser lecito lo stipulare l'opzione per qualsivoglia tempo, purchè non resti incerto. (a) In appoggio di che vi è il grande argomento,

---

(a) Questa opinione degli Hanafiti si avvicina al Diritto Romano, il quale come risulta dalla legge ora citata ritiene i due mesi *sexaginta dies utiles* come il tempo ordinario del *pactum displicentiae*. Se ne discosta in quanto non ammette, che possa stipularsi quel patto in perpetuo, e senza fissazione di termine. Insomma è chiaro, che si è voluto dai Giuristi Hanafiti seguire il Diritto Romano, ma con una leggera modificazione (*Trad*)

che *Ibn Omar* stipulò un Contratto col patto della pregustazione fino per due mesi

I Malekiti finalmente in tal materia differiscono completamente dagli altri. Ritengono cioè, che il tempo dell'ozione convenzionale (*Kiar el sciart*) è intieramente rilasciato all'arbitrio dei contraenti, con questo però, che debba tenersi conto delle consuetudini, e della natura della cosa, in modo che nessuna incertezza (*gharar*) posi sul contratto. Così il tempo per una cosa immobile (*aakar*) è di un mese; pella vendita di un servo può pattuirsi una settimana; trattandosi di animali domestici, tre giorni; per tutte le altre cose deve regolarsi secondo la consuetudine. È lecito ancora stipulare l'ozione dopo che la vendita è perfetta, e perfino dopo il pagamento del prezzo. Lo che è ammesso anche dai discepoli di *Abu Hanifa*, ma non dagli Sciafeiti. Ed a ragione, perchè in forza del patto si froderebbe quella Legge, che secondo essi vieta di prolungare il tempo dell'ozione al di là di tre giorni.

L'Ozione convenzionale (*kiar el sciart*) può accordarsi o ad un solo dei contraenti, o ad ambedue, o rimettersi allo arbitrio di un terzo (*aggnebi*) (1)

Nè è indispensabile che si stabiliscano termini uguali, entro i quali possano valersi dell'ozione. Può infatti accordarsi al compratore il diritto di pregustare per un sol giorno, ed al venditore per due o più giorni. Al che deve anche aggiungersi, che in Diritto Musulmano, come abbiamo già osservato, vale la regola, che ogni affare può stipularsi mediante un procuratore (*wakil*). Ed in tal caso è lecito al procuratore di stipulare un

---

(1) Aggnebe nel senso di terza persona non si trova nel dizionario. El Sharb I p 300 Hisni f 114 Schar el Isla p 113

contratto col patto dell' ozione convenzionale, eccettuati però due casi; cioè che egli non possa accordare il diritto di ozione al terzo, od al solo avversario, se il padrone (*muakkil*) non ha conferito il mandato colla facoltà espressa di potere aggiungere tal clausola al contratto.

Per quello che attiene al dominio (*mulk*) della cosa venduta o comprata col patto della pregustazione, finchè dura il diritto di ozione esso rimane (a) presso colui, a favore del quale l'ozione è stata stipulata (1). Che se ambedue i contraenti l'hanno stipulata (2) a reciproco favore, il dominio (*maukuf*) resta in sospenso, e dopo che si sono valse del diritto di ozione, si finge che colui, a cui fatti i conti rimane la cosa, non abbia giammai perduto il dominio; e quindi il compratore, se il contratto resta fermo; in caso contrario il venditore. Lo stesso deve dirsi della cosa data in compensazione (*aada*) o per un prezzo (*tsaman*); sotto il qual rapporto non vi è veruna differenza fra l'ozione necessaria (*hiar el meglis*) e quella convenzionale (*hiar el sciart*).

Parimente le regole che valgono pel caso, in cui quello a cui favore l'ozione è stata pattuita non può valersene, sono le

---

(a) Ecco cosa dispone il Diritto Romano su tal questione, quando vi è il patto adietto della pregustazione L 1 §. 4 *prin 1 L 13 De act emt.*  
•Quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emtor poterit, et quoad degustaverit periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit, dies enim praestitus meliorem conditionem emtoris facit: L 34 § 3 D. De contrat enit (Trad)

(1) *Sharb I p 300* • A colui che l'ha per lui solo • *Inaya III p. 33* • il diritto di scelta del venditore impedisce che l'oggetto venduto sortia dalla sua proprietà.

(2) A favore cioè del compratore, quanto alla cosa; e quanto al prezzo a favore del venditore. Sarebbe infatti assurdo, che ambedue avessero il diritto di pregustazione sulla cosa medesima.

stesse che quelle esposte secondo il Giureconsulto *Sciarbin* per l'ozione necessaria; sebbene (1) in quella specie di ozione non possano essere di grande importanza. Al qual proposito deve osservarsi, che secondo il rito *Hanafita* l'ozione convenzionale si estingue colla morte dei contraenti, e non passa agli eredi; mentre i *Malekiti* seguono la nostra opinione.

Si estingue il diritto di ozione (*kiar el sciart*)

1° *Espressamente.*

2° *Tacitamente.*

Si estingue colle parole, quando colui a favore del quale vien pattuito, manifestò la sua volontà di sciogliere oppure di confermare il Contratto; quale dichiarazione di volontà non ha veruna influenza sul diritto dell'altra parte, quando ambedue i contraenti stipularono l'ozione.

Tacitamente si estingue, se colui che stipulò l'ozione lasciò passare il tempo dell'ozione, oppure fece tali atti dai quali apparisce, che egli vuole o non vuole sciogliere il contratto. Così è evidente, che vuole ratificare la vendita colui che dispone (*tasarru/*) della cosa comprata come p: e: se la rivende, o se se ne serve in una maniera, di cui solo il padrone può servirsene. All'opposto sono indizi che dimostrano la volontà di sciogliere il contratto, quando il compratore tenne separata la cosa comprata dalle cose proprie, e quindi la rimette al venditore, come pure se negoziò la cosa data da lui in compensazione (*aada*).

Il danno casuale segue il dominio; quindi fa carico a colui

---

(1) *Shart* I p 300 *L'un e l'altro hanno corso nella scelta convenziona e* Il verbo *Agiare* prima forma nel senso di *valere* come anche la IV *fur valere qualcosa* manca nel dizionario Cf *Bochari* II p 96-98 *Hismi* f 100 • Le due opinioni hanno corso • I Giureconsulti passim.

che stipulò l'ozione; e se ambedue i contraenti la stipularono, la legge vuole che il danno resti in sospeso; nel qual caso quasi sempre si scioglie la vendita. Che se poi l'uno rigetta la cosa, sulla quale ha il diritto di pregustazione, e l'altro poi vuol ritenere la cosa data a titolo di prezzo, in tal caso questi deve risarcire il danno al primo; cioè essendo perita completamente la cosa egli deve restituire il prezzo corrente al giorno della tradizione; che se è perita solo in parte è responsabile della diminuzione (*arsch*). Vi sono anche dei giureconsulti che pensano dover egli pagare il maggior valore acquistato dalla cosa nell'intervallo fra la tradizione (*qabdh*) e la perdita (*talaf*).

### § 3 Della Ozione d'ispezione (*Kiar el ruja*)

*Tersa Specie.*—Abbiamo già visto non esser lecito il vendere una cosa non ispezionata, se non a certe determinate condizioni, che escludono la ignoranza (*ghehala*). Non abbiamo però indicato, che secondo il rito degli Hanafiti e degli Sciiti è permesso *ipso jure* al venditore di restituire la cosa al venditore, subito dopo averla ispezionata. (a)

Tal diritto è chiamato da essi d'ispezione (*Kiar el ruja*); in appoggio del quale citano la tradizione concepita nei seguenti termini; — *colui che compra una cosa senza averla veduta ha l'ozione dopo averla ispezionata* (1)

---

(a) Non esiste in Diritto Romano questa specie di ozione. Ma anche fra i Giuristi Musulmani molti la rigettano. Essa del resto non è che la conseguenza del principio rigorosissimo del diritto Musulmano, che nessuna incertezza deve esservi sulla natura e valore delle cose che formano subietto dei contratti (Trad).

(1) Hed II p: 16 • *Colui che ha acquistato una cosa che non ha vista, ha la scelta quando la vede* •

Gli altri Imami non riconoscono un tal diritto, facendo a ragione osservare, che la vendita della cosa assente (*gkaib*), che niuno dei contraenti avrà veduta, è del tutto nulla salve alcune eccezioni, fuori delle quali il patto fin da principio vizioso non può sanarsi in forza della ispezione.

Quantunque però uno solo fra i riti Ortodossi ammetta quel diritto, pure credo di non doverne omettere la trattazione.

Dal principio, che l'opzione d'ispezione compete *ispo jure* (*Kakarān*) al compratore, deriva l'altro, che neppure con un patto espresso può perdersi un tal diritto, prima che la ispezione sia fatta; imperocchè esclusa tale opzione il contratto apparisce immorale; lo che nel rito Sciafeita vale anche per l'opzione necessaria (*Kiar el meglis*), e ciò in forza dell'uso. E sebbene sia certo, che ogni contratto, e perciò anche la vendita della cosa non venduta, può sciogliersi col mutuo consenso delle parti *re integra*; non è lecito però di ratificarla prima che sia vista la cosa venduta, poichè da ciò resulterebbe, che il compratore non avrebbe intiero il diritto di opzione.

Egli è poi evidente, che a questa specie di opzione si dà luogo soltanto nelle vendite delle cose non fungibili (*mal kimii*), fra le quali si annoverano le cose fungibili (*mal millii*), che colla separazione da un cumulo si ritengono come cose determinate (*aehn*). Infatti non sono soggette all'opzione quelle cose, che solo si comprendono nella obbligazione (*dein*); e perciò nel contratto denominato *Salam* non ha luogo. Imperocchè non possono restituirsi a piacimento del venditore quelle cose, che vendonsi dietro un campione (*nehn*), o dietro la loro descrizione (*uasf*), ed in cui non si ha riguardo all'individuo, se non differiscono dalla descrizione o dal campione.

E'insorta grave disputa fra i dottori se tale opzione, alla pari di quella convenzionale (*Kiar el sciart*), valga solo per un tempo deter-

minato. Ma è da preferirsi la opinione secondo la quale tale opzione spetta intiera al compratore, finchè non abbia fatto qualcosa, che non possa coesistere col diritto di opzione; vale a dire finchè non abbia disposto della cosa, o non abbia dichiarato di esserne contento.

Del resto va osservato, che tale opzione non passa agli eredi, sicchè morto il testatore, l'erede (*uareth*) non può valersi del diritto di opzione.

Finalmente si da luogo all'opzione d'ispezione, quando alcuno comprò una cosa, che antecedentemente aveva veduto, od almeno ne aveva visto un campione, se la cosa è di quelle che spesso vanno soggette a mutazioni in quell'intervallo di tempo, oppure se il compratore ignorava di averla vista antecedentemente.

Colui che compra una cosa mediante un'invio (*rasul*) ha l'opzione d'ispezione; non però il mandante (*uakil*), che fece tal contratto mediante un procuratore (*uakil*). Poichè l'ispezione fatta dal procuratore si equipara a quella fatta dal padrone stesso; ed a ragione, mentre i Giureconsulti Arabi fanno rettamente distinzione fra l'invio, il quale altro non è che un mezzo di manifestare la volontà, e perciò si equipara ad una lettera, ed il procuratore, il quale rappresenta la volontà stessa del mandante.

#### § 4 Della redibizione per vizii (*Kiar ankis*, oppure *Kiar allaheib*).

*Quarta Specie.* L'opzione per i vizii (*Kiar allaheib*), la quale è inerente *ispo jure* a tutti i Contratti *do ut des*, quantunque possa escludersi con un patto espresso, è il diritto che ha il compratore di restituire (*rad*) (1) la cosa, che può provare avere avuto prima della

---

(1) *Rad* nel senso giuridico di *redibere* non trovasi nel dizionario Cf; i Giur

consegna dei vizi, dai quali resti affetta la sua sostanza (*aehn*), e che se avesse conosciuti, o non l'avrebbe in verun modo comprata, o l'avrebbe fatto a condizioni diverse.

Allorchè il compratore non è in grado di restituire la cosa (1) sia per esser perita (*tataf*), sia per esser sortita dal commercio (*uakf*), si può valere dell'azione *quanti minoris*, colla quale otterrà dal venditore quella parte del prezzo (*arsc*), che eccede il vero e giusto prezzo. Dal che apparisce, che per Diritto Musulmano quest'azione non è del tutto uguale a quella ammessa dal Diritto Romano, secondo il quale il compratore può a suo piacere valersi dell'una o dell'altra azione, mentre gli Arabi non danno luogo all'azione *quanti minoris*, che sussidiariamente ed in mancanza dell'azione redibitoria. (a)

Non accade però lo stesso, quando il compratore non è in grado di restituire la cosa viziosa per averla già venduta ad altri, nel qual caso non gli compete nè l'azione redibitoria, nè l'azione *quanti minoris* contro del venditore, giacchè tali azioni sono state introdotte per evitare un danno, e non già per fare un guadagno. Il compratore deve attendere che la cosa venga a lui restituita, ed allora ha il regresso contro il primo venditore.

---

(1) Ciò che in questo paragrafo dicesi del compratore si riferisce anche al venditore, il quale ha il diritto di *redibere* il prezzo (*tsa nan*) per i vizi.

(a) Sebbene vi siano delle differenze fra il Diritto Romano e quello Musulmano circa alla redibizione per i vizi occulti della cosa comprata, è indubitato però, che essi combaciano quanto all'idea fondamentale su questa materia, che cioè si dà luogo alla rescissione del contratto, se la cosa ha dei vizi occulti che ne diminuiscono il valore. Sicchè possiamo dire senza tema di errare, che l'azione per vizi altro non è che la riproduzione dell'Editto Curale Romano circa alla *redibitoria per difetti occulti*. L. 1 § 1 6, 8. L. 14 § 10. L. 10 § 2. L. 12 § 1. L. 48 § 8 D. De Edili. Et et redhibet et quanti minoris ed il Cod. de Aedil action (Trad)

Neppure è lecito restituire parzialmente la cosa per vizii; ma siccome allora tutto l'affare resta annullato, così i contraenti ritornano nel loro primitivo stato, in modo tale che il venditore riacquista la sua roba viziosa, ed al venditore si restituisce il prezzo (*tsaman*, oppure *auad*) pagato per la medesima. (a)

Affinchè un vizio sia redibitorio, richiedesi:

1°. Che da esso resti affetta la sostanza (*achn*) (1) della cosa; cioè che sia un vizio permanente e non transitorio, e di tal gravità, che secondo l'uso comune la cosa affetta da esso si ritenga come non sana, e che sia stata comprata in modo, che il compratore non avrebbe pagato il prezzo stabilito per averla. (2)

Quindi non si ritiene come vizio la cicatrice, che un servo abbia nel corpo, oppure le traccie di un cauterio, lo che costituirebbe un vizio per una schiava. Parimenti gli Arabi citano in esempio quel servo a cui puzza il fiato, lo che ritienesi per vizio, solo quando deriva dallo stomaco, al che essi fanno moltissima attenzione.

Invece si ritengono come vizi, la tendenza del servo al furto, alla fuga, e se egli è prestigiatore, astrologo, o dedito al gioco, o se pubblicamente ingiuria le matrone. Si hanno per vizii nel cavallo e nell'asino, se sono restii o mordaci; nel fondo (*aakar*) se è tributario (*karag* tributo), o se è soggetto ad una servitù a fa-

---

(a) *L. 43 § 8 D. De Edili. Edict.* « Jubent aediles restitui et quod venditor  
• accepit, et si quas accessiones ipse prestiterit, ut uterque resoluta emptione  
• nihil amplius consequatur, quam non haberit si venditio facta non  
• esset (Trad)

(1) *Sharb I p. 301* « Il vizio diminuisce la sostanza stessa della cosa ».

(2) *Hisni f 116* « Perchè il compratore non ha pagato il prezzo che per avere  
• in cambio una cosa in buono stato ».

vore di un fondo vicino; (1) ai quali esempi molti altri potrebbero aggiungersene, che in gran numero veggonsi citati dai Giureconsulti, ed in specie relativamente ai vizi delle donzelle, che sebbene siano degni a sapersi per coloro che son curiosi di tali cose, pure non credo meritevoli di essere qui trascritti, (a).

2°. Che la cosa non sia fornita di quelle qualità, (safa) che sono state stipulate col compratore; oppure quando non si è fatto menzione di esse, si ha per vizio quello che secondo il solito non trovasi nella cosa (2) (b). Perciò non si ha per vizio nel servo, l'aver i capelli bianchi quando è vecchio, oppure l'aver perduto i denti.

3°. Che il compratore non conoscesse il vizio; poichè se comprò nonostante l'aver cognizione di esso, oppure quando poteva facilmente conoscerlo, in tal caso egli doveva tenerlo a calcolo nell'offrire il prezzo, nè va soggetto ad un danno, dovendolo a se stesso imputare.

4°. Che il vizio sia nato finchè la cosa sta a rischio del venditore, cioè avanti la tradizione (*Kabbad*) (3); poichè dopo di essa il pericolo e il comodo della cosa stanno a carico del compratore.

---

(1) Infatti ogni dominio si presume libero.

(a) Queste regole sono esattamente conformi al Diritto Romano il quale vuole, che i vizi siano rilevanti, onde possano dar luogo alla redibizione « L. 65 D: « *De Aedilici aedicto* » Idem Pomponius ait, quamvis non valde sapientem servum venditor praestare debeat, tamen si ita fatuum vel morionem venderit, ut in eo usus nullus sit, videri restitui. L 1 § 9. 11. L 2. 3. 4. pr = L 11. 45 D. Eod Tit (Trad)

(2) Hisn; f 114

(b) L 13. pr. D. *De Aedl. Edict* » Si quid venditor de mancipio affirmaverit, idque non ita esse emtor et queratur, aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanti minoris, iudicio agere potest (Trad)

(3) Sharb I p 301

Lo che però merita una distinzione; poichè il vizio nato dopo che la tradizione (*Kabbad*) è avvenuta, va a danno del venditore: ogni qualvolta il compratore può provare, che la causa diretta del medesimo esisteva anche quando la cosa trovavasi presso del venditore. Così p: e: se in forza di sentenza del giudice si taglia la mano al servo comprato, ciò si ritiene come un vizio redibitorio, allorchè l'amputazione è stata ordinata per un furto commesso avanti la tradizione; e se il servo in forza della legge del taglione viene ucciso per una causa consimile, il compratore ricupera tutto il prezzo (*arsc*), sebbene non possa restituire l'uomo.

Non vale però lo stesso quando il servo muore per malattia, di cui esisteva la causa prima della tradizione, poichè allora il compratore non ricupera tutto il prezzo, ma ha solo diritto ad una diminuzione (*arsc*) proporzionata al minor prezzo, che aveva il servo a causa della malattia al momento della tradizione; Imperocchè egli non può provare che quel servo non sarebbe morto anche senza la malattia, e neppure è lecito il provarlo secondo i principii dei Maomettani; giacchè la morte dipende interamente dall'arbitrio di Dio. È facile poi l'intendere, che il compratore non ha diritto a veruna remissione (*arsc*) del prezzo, quando il venditore possa provare che egli conosceva la malattia, quantunque questa in seguito si mostrasse più grave, poichè se conosceva la malattia, poteva ben prevedere il pericolo della morte.

Se nasce disputa intorno ai vizii della cosa, il compratore deve subito in presenza di testimoni portar la cosa dinanzi al giudice; lo che può fare anche il suo procuratore senza espresso mandato, quando il padrone è assente, oppure gli Eredi, se nel frattempo egli è morto; poichè tal diritto di ozione passa in essi, nè può ritenersi

come temporaneo, quanto al conoscere i vizi della cosa. Se il compratore non è in grado di provare le sue asserzioni, il venditore nel foro Islamico non si assolve, che dietro prestazione del giuramento. Gli aumenti poi che si sono verificati nella cosa restituita profittano al venditore (a), se non possono annoverarsi fra quelle accessioni che non derivano direttamente dalla cosa, e che possono separarsi dalla medesima. Nè a ciò osta, che dalla cosa colla percezione dei frutti si sia ottenuto tanto quanto corrisponda al prezzo pagato; poichè deve aversi riguardo al momento della tradizione, e fingere che la cosa non sia giammai sortita dal dominio del venditore.

Il diritto di redibitoria si perde,

1°. In forza del patto adietto al contratto, che il compratore prenda sopra di se il pericolo dei vizi della cosa. (1) Qual patto però secondo il Califfo Otman vale solo quando il venditore fù ignaro dei vizi della cosa; (2) poichè è contrario alla Legge, il non voler esser responsabile del dolo. Sebbene alcuni Dottori Hanafiti ritengano, che il venditore non è responsabile di quei vizi, quando si aggiunga al contratto la condizione, che il compratore assuma sopra di se i vizi qualunque essi sieno: Qual principio le altre scuole con ragione restringono ai soli vizi

---

(a) L. 43 § 8 D. D. *aedilibt edicto*. Jubent Aediles restitui et quod venditioni  
« accessit et si quas accessiones ipse praestiterit, ut recteque resoluta emp-  
« tione, nihil amplius consequatur, quod non haberit si venditio facta non  
« esset. (Trad)

(1) Questo patto si chiama *baraa*, mentre fare ciò si chiama *bara* V. Quali significati come anche u-a *tabari* non sono bene indicati nel dizionario. Cf *Giuristi* a queste loc. Shor el Islan p. 165

(2) Il celare i vizi delle merci con dolo si chiama *dallasa* II

interni (*baten*, o *khazi*), ed esterni (*Jahen*) di cui il venditore fu ignaro (a)

Che se si esclude l'obbligo alla prestazione pei vizii per una parte soltanto, devesi osservare quanto appresso. Allorchè è stato stipulato, che il venditore non presterà i vizii accidentali (*ael lah*), quello che deve intendersi compreso nella parola *accidentali* risulta da questo, che nella vendita del servo si considera come accidentale, se egli è dedito alla fuga, oppure di cattiva indole. Nella stipulazione che esclude i denti neri, si comprendono ancora i rossi ed i gialli. La cicatrice in generale significa ogni traccia di ferita, non però di un cauterio; mentre le fratture non si estendono alle ferite, che danno sangue, se da esse non sia affetto od un osso, o la bocca, od il cranio. La remissione dei vizii in un occhio non libera il venditore se il servo è losco; e quella dei vizii in una mano, se manca completamente la mano; mentre la perdita di uno o più diti rientra in quel patto.

2°. Colla ratifica (*agazah*), dopo che il vizio è stato conosciuto. Intorno a ciò va però osservato, che se alcuno dopo avere scoperto un vizio, dichiara, che ciò nonostante egli è contento della cosa, egli perderà il diritto di redibire la cosa per questo vizio soltanto; ma ciò non potrà influire sul diritto a restituire la cosa per altri vizii, che in seguito venissero a manifestarsi, e dei quali allora era ignaro. E ciò vale anche per gli altri casi, nei quali perdesi il diritto dell'ozione per vizii.

---

a) L. 31, D. De pactis., Pacisci contra Edictum Aeditium omni modo licet, « sive in ipse negotio venditionis gerendo convenisset, sive postea. Quanto al venditore che conosceva i vizi e non li manifestava vedasi la L. 14 § 9 D. De Aedilict Edict « Remittentibus enim actiones suas non est regressus « dandus, nisi sciens venditor morbum consulto reticuit, tunc enim dandus esse de dolo malo replicationem. (Trad)

3°. Colla dilazione (*taahir*) (a). L'ozione pei vizii non è temporaria per se stessa. Quindi scoperto un vizio, il compratore ha sempre il regresso contro del venditore, sebbene passasse un lungo intervallo di tempo fra la tradizione e la scoperta del vizio. Appena però egli avrà cognizione del vizio deve subito valersi della redibitoria. Intorno a ciò peraltro deve aversi riguardo agli usi ed all'equità. Quindi il compratore quando conoscerà il vizio di notte, non è subito tenuto a mettersi in viaggio per andare a trovare il venditore, ma può aspettare che sorga l'aurora. E lo stesso deve dirsi se si trova nel bagno, oppure alla preghiera, oppure se si trova in pellegrinaggio; poichè allora neppure è necessario che torni presto al suo paese.

4°. Col disporre della cosa (*tasarruf*). È evidente che ogni atto con cui si disponga della cosa dopo che è stato scoperto il vizio toglie il diritto alla redibitoria. Bisogna però distinguere da esso tutti gli altri atti, che è indispensabile il porre in essere, e che sono diretti piuttosto a disporre della cosa che a conservarla. Sicchè da essi non può derivarne nessun pregiudizio al diritto di redibirla. In ciò il diritto Musulmano è molto rigoroso; che se qualcuno compra un'animale, che apparisce avere avuto una ferita, non è lecito di lasciare quella ferita, poichè ciò si considera come una ratifica; come pure se alcuno cavalcò un cavallo vizioso, oppure si servì del servo per servigi, od anche pose all'animale la sella ed il basto.

---

(a) Per diritto Romano l'azione redibitoria è temporanea e si estingue in un anno utile, cioè incomincia a decorrere dalla stipulazione del contratto. Se però il vizio si scopra più tardi, purchè non vi sia negligenza, il tempo dell'azione incomincia dal giorno in cui è stato scoperto il vizio. *L. 19 § net. L. 30 pr. L. 48 § 2. L. 55. D. De Aedil Edict.* (Trad.)

Non si ritiene invece come atto di disponibilità se p. e. condusse il gregge ad abbeverarsi, od al pascolo, oppure il curare il servo ammalato per principio di umanità.

A ragione poi *Hisni* sostiene, che in ciò deve procedersi con molta dolcezza ed equità a riguardo dei rustici e dei beduini (*badden*); perchè sarebbe eccessivo il pretendere da essi le cognizioni del diritto, le quali bene spesso sfuggono ai migliori fra i giureconsulti.

Qui intanto dobbiamo osservare, che vi sono alcune vendite nelle quali non si dà luogo alla ozione per vizii, cioè quando un uomo libero (*hurr*) o liberto (*muhattib*) compra uno dei suoi genitori per dargli la libertà; in tal caso egli non può ricusarlo per qualunque vizio che abbia; e lo stesso accade quando alcuno compra la sua concubina. Parimente le regole sovraesposte vanno soggette a molte eccezioni nel contratto di matrimonio (*nikkah*), che sono state introdotte per motivi di umanità, o di buon costume.

In secondo luogo è utile il dire alcun che intorno all'ufficio del giudice (*adab el cadi*), al quale vien sottomessa la questione dei vizii redibitori.

Egli è universalmente ammesso, che il giudice deve vedere il da farsi, qualora si tratti di vizio esterno (*Zaher*), di cui si distinguono le seguenti specie.

La prima specie contiene quei vizii, che indubitanente non possono esser sopravvenuti dopo la tradizione, come un dito di più, od i segni di antiche malattie. Se il giudice si convince, che si tratta di questa specie di vizii deve subito pronunziare la sua sentenza a favore dell'attore; nè può dare ascolto al suo avversario se questi non dia la eccezione della ratifica, o altre simili.

La seconda specie abbraccia quei vizii, dalle vestigia dei quali non risulta con certezza, che siano sopravvenuti dopo la tradizione; fra i quali prima di tutto si annoverano le ferite. Ed in tal caso debbono sentirsi ambedue le parti, onde diano le prove delle loro asserzioni.

Alla terza specie appartengono i vizi, che per loro natura non possono esser sopravvenuti che dopo la tradizione; in tal caso il giudice respinge l'azione, e subito assolve il venditore.

Quando trattasi di vizii latenti (*baian o hhazy*) il giudice non ha molto da fare. Infatti questi vizii d'ordinario sono tali che non possono conoscersi con segni sicuri; nè il giudice è tanto esperto nell' arte medica, da potere autorevolmente stabilire a quale specie ogni vizio appartenga. Quindi in tal caso il giudice o deve rimettersi all'arbitrio di due uomini di fede integra, e di scienza; oppure ascoltare e pesare le prove addotte dalle parti. Ed allora si tratta di lite nel vero senso della parola; mentre quando avvi controversia per dei vizii apparenti (*Zaher*), il giudice pronunzia più secondo la propria conoscenza, che per quello che le parti allegarono in un regolare giudizio.

Per i giureconsulti Arabi però l'ozione pei vizii (*Kiar allaeib*) è molto più estesa che presso di noi, che riteniamo come vizi solo quelli, in forza dei quali manca alla cosa ciò che o per gli usi, o per le espresse dichiarazioni del venditore, doveva trovarsi nella medesima. Invece per gli Arabi si dà luogo a questa ozione, quando mancano quelle qualità, che per un inganno qualunque il venditore fece supporre al compratore che si trovassero nella cosa, onde ottenere un prezzo maggiore, quantunque senza di esse la cosa possa ritenersi come sana. Così per essi si dà luogo all'ozione per vizii, quando alcuno non munse con dolo (*tasria*)

la cammella nello scopo di far credere al compratore, che era solita dar molto latte, o se tinse di nero i diti del servo, o gli pose in mano la penna, perchè si credesse perito nell'arte di scrivere, mentre era illetterato.

Senza dubbio il circonvenuto ha il diritto di chiedere al giudice lo scioglimento del contratto; ma a nostro avviso non a causa dei vizii, ma per la mancanza del libero consenso atteso il dolo. E vi è gran differenza fra l'uno e l'altro caso; poichè se manca il libero consenso, il contratto è assolutamente nullo; mentre al contrario in forza della ozione il contratto non è annullato, ma solo manca di effetto.

Del che tanto meno può rendersi ragione, che si collocano giustamente altri impedimenti al consenso nel trattato della vendita viziosa. (*Fasid*)

E ciò forse può spiegarsi in questo modo, che è stile dei Giureconsulti Arabi il trattare una materia in quella parte dell'opera in cui nessun infedele credesse di poterla trovare.

### § 5. Dello scioglimento per comune consenso (*igala*)

Fin quì abbiamo trattato dei diritti in forza dei quali l'uno e l'altro dei contraenti può rendere senza effetto il contratto; ora dobbiamo parlare della vendita che si scioglie per comune consenso delle parti (*gál* alla quarta forma.) Tale scioglimento (*igala*) a vero dire altro non è, che una nuova vendita che avviene fra le stesse parti e per la stessa cosa, e noi in ciò ci troviamo d'accordo coi Giureconsulti Musulmani. Infatti i due contraenti in forza della tradizione hanno acquistato il dominio della cosa; quindi se dopo di nuovo permutano le cose ciò non può chiamarsi che un nuovo contratto *do ut des* (*bea*), del quale ricorrono tutti i

requisiti essenziali. Mi maraviglio perciò che in una materia così chiara la setta Hanafita abbia tanto discusso, quanto apparisce dai suoi libri. Lo stesso Imam sostiene che lo scioglimento (*igala*) del contratto è una nuova vendita solo dirimpetto dei terzi (*agnebi*); quale assurda opinione confuta con chiarissimi argomenti il suo discepolo *Abu Juseph*, in special modo ribattendo la conseguenza, che il suo maestro ne trae, che cioè è necessario che sempre si restituiscano dalle due parti le stesse cose e nella stessa quantità; chè altrimenti non può parlarsi di scioglimento.

Noi pensiamo, che Abu Hanifa sia caduto in quell'errore, perchè non distinse sufficientemente tra lo scioglimento che avviene per mutuo consenso, prima che le reciproche prestazioni abbiano avuto luogo, da quello che si fa dopo di esse, e quando è avvenuta la tradizione reciproca delle cose, e così il contratto ha ricevuto il suo pieno effetto; mentre nel primo caso non può rigorosamente parlarsi di scioglimento (*igala*), perchè è piuttosto una dichiarazione di volontà delle parti, che non si è potuta perfezionare. La qual distinzione gli altri Giureconsulti, ed in specie i Malekiti rispettano benissimo, osservando che un affare incominciato non può rompersi, se non si rendono tutte le cose nella stessa quantità; ma dopo, e quando si vuole che il primo contratto manchi di effetto, le condizioni di un tal fatto sono intieramente rimesse all'arbitrio dei contraenti, l'uno dei quali può anche regalare all'altro la cosa comprata. Solo questo deve osservare, di non permettere che in tal guisa con delle vendite simulate i contraenti agiscano in frode della Legge che vieta l'usura (*riba*).

Lo scioglimento del contratto si fonda su questo detto del

Profeta ; — *colui che, quando l'altro contraente si è pentito della vendita, gli restituisce la cosa e scioglie il contratto, avrà da Dio la remissione dei peccati nel giorno della resurrezione* (1)

Dalle cose dette apparisce che lo scioglimento del Contratto (*igala*) va soggetto alle stesse regole, che la stipulazione di esso, e quindi richiedesi il concorso dei contraenti, il loro consenso, e delle cose che legalmente possano venderci. Non è però necessario che la cosa sia vista e descritta, come nella prima vendita; poichè si presume che la cosa sia intieramente conosciuta al nuovo compratore; lo che per altro non vale, quando nella cosa si è verificata nel frattempo una mutazione.

Concorrono inoltre le altre conseguenze essenziali della vendita, come l'opzione per vizii (*hi'r allaheib*), e l'opzione necessaria (*hi'r el meglis*, la quale non può escludersi, mentre è lecito di stipulare tutti gli altri patti, che non viziano lo stesso contratto. In nessun modo poi restano lesi dallo scioglimento i diritti che il terzo abbia acquistati in forza del primo contratto, perchè fosse perfetto; così il sensale (*dallal*) (2) ha il diritto al salario pattuito, perchè per quello che lo riguarda lo scioglimento si considera come cosa avvenuta fra altri; essendo che il suo diritto è nato appenachè il consenso dei contraenti si è riunito.

I contraenti possono anche stipulare lo scioglimento (*igala*) in modo che dipenda dalla volontà del venditore; il qual patto noi chiamiamo di *retrovendita*. Senonchè esso rende nullo (*batal*) tutto il contratto, quando si provi che è stato stipulato

---

(1) Hedaya II p. 40

(2) Nel dizionario questo vocabolo non è bene spiegato. Cf Shar Al Isl pag. 168. I Giu

in vista dell'usura ; perchè ha più valore quello che si fa, che quello che si dichiara simulatamente ; ed in questo caso perchè quello che si ha in mira è illecito, mentre non si è tenuto conto di quello che era lecito. (1) (a)

---

### CAPITOLO III.

#### Dei Contratti viziosi. (*Fasid*)

---

##### § 1. Dei Contratti irriti. (*bea batel*).

Abbiamo sin qui indicato ciò che richiedesi perchè il contratto *do ut des* (*bea*) sia valido (*sahih*); quindi abbiamo trattato con quali modi se ne facciano cessare gli effetti (*ghair-lazem*); ora dobbiamo investigare i principii del Diritto Musulmano secondo i quali quel contratto si ritiene come vizioso (*fasid*). Notando, che quanto dicesi dei contratti, fatte le debite mutazioni, abbraccia ogni sorta di negozi.

- 
- (1) Se si stipula la vendita col patto della retrovendita, ma in realtà s'intende dare un pegno, i Giureconsulti arabi chiamano questo contratto *bea bilifeva* e di esso si valgono tanto i negozianti orientali quanto i nostri. In tal caso i principali Giuristi pensano, che debbano applicarsi le leggi sul pegno (*rahn*), perchè è causa dell'obbligazione la dazione del pegno.
- (a) È questa la vendita a *re-néré* o col patto di riscatto che si pratica nell'Impero Ottomano, ove non esiste un vero e proprio sistema ipotecario. Questa vendita è simulata e si chiama *baie-bel-feva*. Vedi *Gatteschi, Manuale pag. 447. Belin de la Propriété pag. 220* (Trad).

È prima di tutto faremo osservare, che colla parola vizioso (*fasid*) intendesi esprimere in generale, tutto quello che in qualche modo può essere annullato, sia perchè sia irrito, sia perchè possa rompersi, sia perchè venga soltanto proibito dai precetti della religione; fra le quali diverse specie di annullamento esiste una gran differenza quanto alle conseguenze. Da quelle specie poi va scelto il genere.

Una vendita può anzitutto chiamarsi irrita (*batel*), quando il vizio sia tale che al contratto manchino i suoi requisiti essenziali; (1) oppure se uno o più di essi resti nella sostanza affetto da quel vizio. (2)

La seconda specie si chiama non valida (*Fasid*) in senso stretto (3) e può equipararsi alla nullità relativa (4) del diritto Romano e moderno. Infatti la vendita diviene invalida (*fasid*) quando vi è apposta una condizione, che non può stipularsi, oppure quando è viziosa una delle sue qualità essenziali; al quale effetto non richiedesi, come nella vendita irrita (*batel*), che il vizio sia nella sostanza, ma basta per modo di esprimerci che sia di diritto civile; mentre i vizii che rendono irrito il contratto possono piuttosto chiamarsi di diritto delle genti. Lo che apparirà dall'esempio seguente.

È irrita la vendita del sangue o del cadavere, perchè non pos-

- 
- (1) *Hedaja* II p. 26. = *Perchè manca la condizione essenziale della vendita.*  
(2) *Hedaja* II p. 26 = *Se l'uno dei due equivalenti o tutt'edue sono delle cose proibite.* • *Inaja* III p. 88 — *Ciò che non è lecito sotto il rapporto della qualificazione, ed in principio* •  
(3) Ogni qualvolta faremo uso in seguito del vocabolo *fasid* dovrà intendersi in questo senso.  
(4) Se qualcuno trova la parola *nullità* come poco latina sappia, che ho seguito l'autorità del *Vöet ad Pandectas* (49.8), il quale se avesse potuto trovare un vocabolo più latino di questo, se ne sarebbe di certo servito.

sono considerarsi come beni patrimoniali (*mal*) (1) ; lo che vale non non solo per gius civile Mussulmano, ma in generale per il diritto di tutti i popoli, mentre nessun popolo del mondo tali cose (*sciai*) ritiene come beni (*mal*), o le ammette come oggetto dei contratti, in quanto che ogni negozio intorno alle medesime è contrario alla natura stessa dell'uomo. All'opposto il vino è fuori di commercio soltanto pei Musulmani ; giacchè quasi tutti gli altri popoli ne fanno uso. Perciò la proibizione di far affari intorno ad esso è di puro diritto civile, nè può costituire una nullità assoluta.

Una proibizione però di diritto civile rende assolutamente irrito il contratto, cioè quella relativa alle usure (*riba*) (a), per le quali il Profeta mostrò un tale abborrimento, che volle che colui che le stipulasse fosse reo di peccato capitale. (2)

La terza specie di nullità riguarda i contratti proibiti (*mahrüh*) e contiene tutti quei contratti, i quali per diritto non possono annullarsi nel fòro esterno, ma dai quali secondo il parere di Maometto i pii Musulmani debbono astenersi, perchè contrari alla religione. Sono perciò proibiti piuttosto dal costume che dalla Legge, ed una volta perfezionati hanno la stessa forza che tutti gli altri, quantunque ritengasi che Iddio ne terrà conto nel giorno del finale giudizio.

Prima però di addentrarmi maggiormente a trattare della vendita irrita (*batel*) non voglio lasciar di osservare, che la divisione or

---

(1) Cadavere *maita* presso i Giureconsulti significa, ogni essere che perisce di morte naturale. *Inaja* III p. 88 « È quello che è morto naturalmente »

(a) La proibizione dell'interesse della moneta, ossia dell'usura, è stata dai Musulmani attinta dalla Legge Mosaica, come tante altre massime di morale ed anche di diritto. L'Islamismo infatti non è che un miscuglio d'idee mosaiche e cristiane corrotte con delle idee pagane. *Trad*)

(2) *Ibn Qasim*. p. 90.

ora esposta non trovasi fatta dai Giureconsulti Musulmani (1) ; giacchè ogni scuola ha un sistema particolare.

Noi abbiamo seguito specialmente il sistema degli Hanafiti ; perchè i suoi autori si sono in modo particolare dati a trattare questa materia, e gli Sciafeiti spesso concordano con essi. All'opposto vi è gran dissenso fra i Malekiti, essendovene alcuni che ritengono come una sola ed identica la prima e la seconda specie, e la chiamano viziosa per diritto umano (*hacc adamin*) ; mentre chiamano la terza specie viziosa per diritto Divino. (*hacc allah*)

Altri poi distinguono non meno di sei specie di contratti nulli. Così l'Autore del commentario del *Madavana*, ammette cinque specie che si riferiscono alla natura ed essenza del Contratto, ed una sesta relativa alle cause estrinseche, per le quali il contratto diviene vizioso ; vale a dire le condizioni e modi illeciti (*sciurut*) adietti al medesimo.

Ogni qual volta trattasi di vendita irrita (*batel*) dessa non può produrre effetti, perchè nulla si è posto in essere (*batel*). Quindi in affari di tal genere non trapassa nè la facoltà di disporre della cosa comprata (*milk tasarruf*), nè il dominio (*milk el rakab*) ed ogni utile e pericolo della cosa venduta rimane presso del venditore ; perchè ritiensi la cosa sia sempre nel suo patrimonio, quantunque a titolo di deposito (*amana*) essa trovisi presso di un'altra persona ; poichè non esiste che la sola intenzione di trasferirne il possesso, e la volontà di trasferire il dominio sia affetta da vizio. Altri Giureconsulti però procedono con meno

---

(1) Così il Profeta stesso chiama qualche volta nulli (*batel*) quelli che noi abbiamo messo fra i contratti invalidi.

rigore; ma a parer nostro, sono ignari della vera dottrina Maomettana, che specialmente l'autore dell'*Hedaja* ha così bene interpretata.

Da tal nullità è colpito il contratto a cui manca uno dei suoi requisiti essenziali (*rukn*); perciò non può concludersi veruna vendita se mancano i contraenti; perchè è nullo il consenso quando non vi siano più persone. Lo stesso deve dirsi quando l'uno di essi od ambedue non hanno la facoltà di obbligarsi (*ittlak ittasaruf*); oppure se il consenso libero (*icktiar*) resta escluso dal dolo o dal timore, od anche dall'errore, se questo è di grande importanza; non essendo verosimile che i contraenti avrebbero concluso l'affare, se tale errore non fosse intervenuto, o sivero lo avrebbero concluso a condizioni differenti.

Parimenti irrito (*batel*) dicesi il contratto quando manca il consenso espresso nelle forme volute; così nel contratto *Salam* è indispensabile l'istrumento (*Zimma*), nelle altre vendite basta la nuda obbligazione (*igiab*) seguita dall'accettazione (*kabul*); ma se ciò avviene tacitamente il contratto non è valido (*Fasid*) per quelli che non riconoscono tal modo di esprimere la volontà.

È anche irrito quando i contraenti, od almeno uno di essi non è in grado di tenere la promessa per mancanza della facoltà naturale (*hassin*) di far la tradizione (*hadrat attaslim*) della cosa; giacchè, il difetto della facoltà legale (*sciaray*) di consegnare la cosa vizia il contratto in modo da impedirne la validità (*Fasid*) in specie; ed a ragione perchè quando manca la facoltà fisica, manca una condizione essenziale compresa nella stessa definizione del contratto.

(1). Infatti nessuno può dare una cosa, quando gli manca il potere

---

(1) Il dare una cosa per recuperarne un'altra (*dare una cosa per riceverne un'altra corrispondente.*)

almeno naturale di consegnarla, che gli Arabi distinguono benissimo dalle cause che escludono la facoltà legale; le quali più che dalla ragione naturale sono state introdotte dal diritto Civile. Quindi è assolutamente nulla la vendita di una cosa che non si trova in nostro potere (*gharar*) come il servo fuggiasco, il cammello vagante, il pesce nell'acqua, se questo non è in una vasca (*birkhe*); poichè in generale sono soggette alle stesse regole di diritto tutte le cose che abbiamo annoverate nella seconda specie, e che sono esposte a qualche pericolo (*gharar*), mentre per la loro natura non può farsene la tradizione.

Per quello che attiene agli obietti del contratto è irrita (*batel*) la vendita di quelle cose che per diritto delle genti sono fuori di commercio; vale a dire per diritto di tutti quei popoli che ammettono la religione rivelata (*diun*)(1) Le cose poi che sono fuori di commercio per diritto civile rendono assolutamente nullo il contratto *do ut des* (*bea*), sebbene ciò sia assurdisimo, ogni qualvolta il contratto sia di quella specie, che noi chiamiamo vendita (*bea*) nel senso proprio della parola, cioè la dazione della cosa in corrispettivo della moneta conziata; mentre il contratto è soltanto non valido (*Fasid*) in specie, ogni qualvolta si faccia in via di permuta (*mucayadha*). La qual distinzione è talmente contraria allo spirito del diritto Musulmano, che per provarla sono costretto a citare il passo dell'*Hedaja* (II p 27) nel quale l'autore ragiona nel modo seguente.

Il motivo della distinzione fra la vendita di un cadavere e la vendita del vino e del maiale si è, che il cadavere giammai può annoverarsi fra i beni patrimoniali; mentre le altre due cose in senso giuridico possono considerarsi come beni, ma sono di nessun valore,

---

(1) Inaya III p. 88 • *Quelli che hanno una religione celeste.* »

perchè la legge comanda ai Musulmani di disprezzarli, e loro si attribuirebbe un valore (*ihzaz*) (1), quando si acquistassero mediante contratto, lo che è illecito. Che se si danno in corrispettivo della moneta, o di altre cose di simil genere, l'acquisto avviene da una parte soltanto, perchè i danari non sono beni (*mal*) nel senso proprio della parola, mentre nessuno gli desidera per loro stessi, ma solo in quanto che per loro mezzo si acquistano (*uasila*) altre cose. Dal che deriva che in tal negozio la cosa, che per diritto civile è impura, diviene oggetto del contratto; e siccome è illecita ogni determinazione (*tahaum*) (2) del prezzo della medesima, così tutto l'affare riesce irritato. Che se poi si dà il vino in cambio di un'altra cosa (*mal*) come p. e. di una veste, in tal caso uno dei contraenti ha voluto comprare quella veste, e perciò può dirsi a ragione che si è attribuito un valore alla veste, e non già al vino; e così essa sola è stata oggetto del contratto, che allora assume il nome di permuta (*mucaijadha*) di cui l'effetto si è, che passi solamente il dominio della cosa che è in commercio.

Simili argomenti non possono seriamente confutarsi; egli è poi incredibile che lo scrittore dell'*Hedaja* indotto da uno spirito singolare di equità, ed insieme con esso i suoi commentatori che sono esimii scrittori, abbia ardito pronunciare tali sciocchezze. E la sua spiegazione che io credo poter dare è la seguente; l'assurdissima distinzione tra la vendita e permuta e gli altri contratti *do ut des* (*bea*) che è così contraria alla retta ragione, e specialmente al Diritto

---

(1) Il vocabolo *aez* come valutare manca nei dizionario. C f *Hedaja* p. 27. *Ed Calcut* p. 105. Vi è la stima della veste ad esclusione del vino. *Inaja III* p. 90.

(2) *Kam V* definire o stabilire il prezzo (*Kima*) manca nel dizionario.

Semitico, non può essere stata introdotta che dalla cognizione di un gius straniero. Dal quale come abbiamo veduto, ed ancor vedremo in appresso, trovansi tracce presso i Giureconsulti posteriori; e queste massime di giurisprudenza, come conseguenza di una dottrina avventizia possono considerarsi come piante esotiche, e talmente differiscono da tutte le altre, che ognuno è in grado di vedervi subito una origine straniera.

Passiamo ora ad esaminare quali sono le cose fuori di commercio tanto per diritto delle genti, che per diritto civile. Nella prima categoria debbono porsi le cose comuni, le pubbliche e le sacre, poichè di esse nessuno è padrone, sia in quanto per loro natura non possono entrare nel patrimonio di veruno, sia in quanto per il gius di cui servono tutti i popoli sono fuori del commercio degli uomini.

Circa alle cose impure basterà il rammentare soltanto la prima specie; giacchè le cose che sono suscettibili di essere purificate, possono essere regolarmente oggetto di vendita. Per le cose poi, di cui dicesi impura (*achn*) la natura, devesi far la distinzione; se la cosa sia da annoverarsi fra le impure per diritto delle genti, oppure no; ma per ciò non possono stabilirsi regole certe, poichè trattasi di questione di fatto.

Lo stesso dicasi, fatte le debite restrizioni delle cose che mancano di utilità; le cimici, e le bestie feroci che non possono mangiarsi sono per diritto delle genti fuori di commercio: ed è facile l'intendere come i Giureconsulti Musulmani abbiano stabilito un tal principio, quando si rifletta che anche presso di noi gli economisti hanno loro negato ogni valore giuridico.

All'opposto le cantanti ed i libri di matematica mancano di utilità soltanto pei pii e sinceri Musulmani; sebbene come si esprime

qualche Giureconsulto, vi siano popoli presso dei quali tali cose sono apprezzate.

Nè in modo veruno possono vendersi le cose incorporali (*hacc*) separate dalla cosa principale, ogni qual volta sono di tal genere, che non possono sussistere per se stesse; in caso diverso esse possono vendersi regolarmente come il diritto di prender l'acqua (*sciurb*), poichè desso contiene una porzione di acqua, che può essere utile anche ad altri fondi, e non solamente a quello a favore del quale tal diritto si stabilisce.

È parimenti irrita la vendita dell'uomo libero (*hur*), del manomesso (*mudabbar* oppure *muhatteb*), e della concubina (*um ualat*); ma non può dirsi irrita per analogia la vendita dei capelli dell'uomo. (1) E che questa non sia contraria al Gius delle Genti gli Europei debbono facilmente ritenerlo.

Or passiamo ad un altro motivo di nullità (*batel*), cioè all'usura (*riba*) (2). Onde poi s'intenda il perchè trattiamo di essa a proposito della vendita (*béa*), dobbiamo rammentare ciò che premettevamo intorno alla natura di questo contratto; e metter da parte tutti i principii del nostro diritto, avendo soltanto avanti gli occhi, che sotto il nome di vendita (*béa*) si comprendono tutti i contratti, di cui lo scopo è di dare qualche cosa coll'intenzione, che l'altro contraente ci dia una cosa di uguale importanza. Qual principio di diritto Semitico è sottile e buono, e molto migliore della nostra distinzione; la quale fa sì che le Leggi sul mutuo possono facilmente eludersi, mutando l'essenza della vendita con un patto simulato di retrovendita.

---

(1) La vendita dei quali è soltanto non valida (*fasid*).

(2) Nel Korano ed altrove trovasi anche il vocabolo *rubuan*.

Per usura (*riba* dalla radice *riba*) i Musulmani intendono ogni lucro, che qualcuno ottiene nei contratti *do ut des*, che la legge indica per certe determinate cose. Sebbene infatti sia da biasimare chi contratta delle cose utili senza compenso (*auar*), e sia un'opera grata a Dio il dare a mutuo ai poveri, pure i Giureconsulti Arabi ben compresero, che l'uso di una cosa merita qualche compenso, e perciò stabilirono, che sia illecito stipulare usure solo per quelle cose che sono designate (*rubui*) da una espressa disposizione di Legge (1)

Quest'antica massima delle genti Semitiche trova per diritto Musulmano la sua sanzione,

1° Nel Corano ove dicesi: « Dio ha permesso la mercatura ma ha proibito l'usura. (2)

2° Nelle Tradizioni, le più innumerevoli. (3)

3° Nel consenso dei Giureconsulti. Poichè non ne ho trovato uno solo, che non abbia in grandissimo odio l'usura, e non tratti tal materia con grandissima soddisfazione. (4)

---

(1) Manca nel dizionario. Cf Hisni f. 116, 119 e Gti passim.

(2) Mos V 23.20. *Non impresterai ad usura nè denaro nè grano nè qualsiasi altra cosa al tuo fratello.* Le usure che ricavansi dal denaro dato a mutuo chiamansi *nesceh*, quelle dalle altre cose fungibili hanno in ebraico un altro nome, imperocchè gli Ebrei giustamente ritennero che potessero stipularsi le usure anche per gli alimenti, perchè possono darsi anche esse a mutuo, e vale la stessa ragione, cioè la compassione verso i poveri tanto per la moneta che per essi Ef Sualschütz, *Mos recht* p. 857.

(3) Cor: 2,276 = *Dio ha permesso la vendita*, ha proibito l'usura. Cf il Corano anche. 2: 277.278 = 3.125. = 4.159 = 30.38.

(4) Del numero immenso di Giuristi ci limiteremo a citare *Hedaja* II p. 47. *Grano per grano, quantità per quantità, con la consegna immediata, ogni di più è usura, Ibn Gazin* p. 90 — *Dio ha maledetto colui che profitta dell'usura, colui che serve da sensale in questo guadagno, lo scrivano, ed il testimone, S f Boccardi* II p. 12. 13. 43.

I requisiti poi dell'usura presso gli Arabi secondo il Corano, e le Tradizioni sono,

1° Che ambedue gli oggetti del contratto siano dello stesso, genere e precisamente di quello nel quale è illecito far lucro.

2° Che si permutino con una quantità disuguale (*tafadshol in opposizione a tamatsol uguaglianza*) da ambedue le parti.

La differenza della qualità se non è grandissima, non ha importanza per l'usura.

L'uguaglianza (*tamatsol*) della quantità si determina mediante il peso (*uasn*) o la misura (*hel*). Ma vi sono Giureconsulti che sostengono determinarsi anche col numero. Ci serviamo del peso e della misura secondo che la cosa consta dell'uno o dell'altro; intorno al che bisogna aver riguardo alla consuetudine degli abitanti dell'*Hedjaz*, al tempo del Profeta; perchè dessa ritensi come base delle di lui opinioni, quando non vien fatta una eccezione con parole espresse; perchè è illecito determinare la quantità di una cosa mediante il peso, quando essa dipende dalla misura. Che se lo stato (*meajar*) della cosa a quel tempo vi è ignoto, deve riferirsi alla consuetudine del luogo in cui si fa il contratto. Qual consuetudine *Abu Jusef* opina doversi sempre seguire dai contraenti; ma tale opinione non ha prevalso.

Finalmente è condizione della usura che vi sia una qualche dilazione per la tradizione (*habbad*) della cosa. Che se l'affare si stipula colle cose in presenza delle parti, gli Arabi si servono del nome di moneta pronta (*nahd* o *gala*) oppure della espressione; *da mano a mano* (*jaddan biad*). (a)

---

(a) I principi sulla usura sono stati attinti dai Musulmani dalla Legge Mosaica, e non già dal Diritto Romano il quale la permetteva. In questa parte adunque è inutile il far confronti fra il Gius Musulmano e quello Romano (Trad)

Siccome la teoria dell'usura viene estesa dagli arabi più che presso tutti gli altri popoli del mondo. così dividesi in molte specie le principali delle quali sono,

1° *Riba al Faddel*, cioè quando taluno dà una cosa per riceverne un'altra di maggior valore ; come ad esempio se qualcuno da una misura (*soa*) di frumento per riceverne un'altra dello stesso genere, o dell'argento a titolo di guadagno.

2° *Riba al jad* quando manca la tradizione da mano a mano; mentre la dilazione è illecita.

3° *Itiba nisah* (1) quando alcuno stipula un giorno pel pagamento di una o di ambedue le cose che sono l'oggetto del contratto. Qual sia la distinzione in ogni caso fra questa e la precedente specie non lo so vedere ; pure *Ibn Qasim* dice, che sono specie differenti.

4° *Riba el herd* (2) che noi designiamo col vero nome di usura, cioè quando alcuno dando a mutuo stipula una mercede (*nefaa*) per l'uso della moneta.

Dissentono le scuole circa le cose per le quali ha luogo la proibizione dell'usura (3). È certo però che l'oro e l'argento va annoverato fra esse, perchè non possono procurarsi con del metallo dello stesso genere, se ciò non avviene da mano a mano, ed in peso identico (4).

Nella permuta però dell'oro coll'argento non richiedesi l'uguaglianza, perchè sono di genere diverso ; però è necessaria la tradizione da mano a mano, lo che nelle altre permutate di cose fungibili di genere diverso non è stabilito dall'uso; e se ne intende facilmente, la ragione; perchè l'oro e l'argento si ritengono ambedue per moneta,

---

(1) *Nisah* mora, oppure dilazione, si chiama anche *nasiuh*. *Boccari* II p 31

(2) *Kerd* mutuo.

(3) *Rebuvvi mal*

(4) C T *Boccari* II p: 31 segg.

e perciò vanno esenti da molte regole del diritto; nè interessa, che l'oro o l'argento sia coniato. A quella proibizione però talora si derogava, ogni qualvolta si comprano cose ornate con quei metalli, essendo equo che l'arte degli orefici abbia il suo premio conveniente.

Intorno alle altre cose vi è dissenso fra gli Imami. Sciaffî, fondandosi sulle parole stesse della tradizione, pensa che oltre l'oro (*Zahab*) e l'argento (*Fadda*) solo i cibi siano soggetti all'usura (1); vale a dire le cose che si mangiano, di cui si fa uso per le cene, e quelle di cui i medici si servono; non però di quelle cose che sono atte pei soli animali, come il fieno e lo strame, oppure pei genii, come le ossa, e gli aromi. (2).

Il rito Malekita restringe assai più il significato delle cose atte a mangiarsi (3); poichè esclude gli erbaggi verdi ed i medicamenti. Ammette invece due sole specie di usura; *riba el Faddel* che ha luogo nell'oro, nell'argento, e nei cibi, e *riba el nisah*, a cui non si dà luogo pei cibi. Per i quali onde possa verificarsi l'usura (*taan rubuy*) richiedesi, che possano conservarsi per qualche tempo, che siano necessari pel sostentamento della vita, oppure condimenti come il pepe, il sale, la senapa, le cipolle ec ec., e secondo alcuni anche che siano dello stesso genere, e di cui l'uso sia tanto comune, che quasi tutti gli uomini se ne servano.

---

(1) Abu Sbodja p 19. Vi è usura per l'oro, l'argento e le sostanze alimentari.

(2) Non so tradurre in modo differente. Ibn Qasim p 90. *L'usura non ha luogo nelle altre cose, come la paglia destinata agli animali, o gli aromi destinati ai dgin* • Sciarbin I p. 293 • *Neppure ciò che è speciale ai dgin, come le osse.*

(3) Khalit ibn Isay p. 124. *L'usura è interdetta nella moneta e nelle sostanze* • Vedi Perron IV pag 344.

Gli Hanafiti invece danno una grande estensione all'usura, che ritengono illecita in tutte le cose fungibili (*mal millî*) (1); non però nelle vendite di piccola quantità, che non sorpassano una sola misura; poichè l'uguaglianza assoluta non può stabilirsi dagli uomini. Lo che opinano anche i dottori delle altre scuole, i quali procedono con poco rigore, quando si tratta di quantità che si avvicina all'uguaglianza.

È indubitato che vanno soggette alla proibizione dell'usura (*riba*) solamente le cose dello stesso genere; ed anche in questo si ritiene come lucro onesto il farvi un guadagno per mezzo della mercatura. È interessante peraltro il vedere ciò che gli Arabi intendono per lo stesso genere, e per un genere diverso. Già vedemmo da un esempio altrove riportato, quale sia la loro capacità nel distinguere i varii generi di animali, mentre ritengono le api come una specie di uccelli; ed ora osserverò che dessi collocano nello stesso genere i pesci cogli anfibi; come p. e. i cocodrilli e le testuggini.

Sonovi diversi generi di granelli, come pure di frutti da cui si estrae l'olio, ed ogni olio ha il suo genere. All'incontro le specie del latte sono dello stesso genere, come le specie del miele, alle quali appartiene anche la specie degli zuccheri. Gli Hanafiti pensano che il latte si divida in più specie alla pari della lana, perchè ne differisce l'uso secondo l'animale da cui proviene.

Gli animali viventi non sono cose suscettibili di usura (*ribuy*), ma lo divengono appenachè sono stati uccisi. Quindi non è lecito il permutare l'animale vivente colla carne dell'animale dello stesso genere. Invece ciò si ha come lecito dagli Hanafiti, secondo lo

---

(1) *Hedaja* II p. 47 • *L'usura ha luogo in ogni cosa che può misurarsi, o pesarsi, venduta in cambio di una cosa della sua specie.*

stesso Imam, ed il suo discepolo Abu Iusef. Ma secondo Mohamed è lecito solo quando si da più carne di quello che si trova nell'animale, perchè contiene delle porzioni che sebbene non siano carne, pure possono valutarsi, e per le quali è giusto che si dia qualche cosa,

In alcuni casi il patto dell'usura non vizia il contratto; cost è permesso al padrone di stipulare l'usura col servo, a cui diè la libera amministrazione del peculio (*aabd mazun*) (1) se dopo non non sia oppresso dai debiti; poichè allora quel patto contiene una certa frode verso i suoi creditori, che basandosi su quel peculio fecero affari col servo.

Lo stesso deve dirsi a cagione dell'unità dei beni fra il padrone e l'affrancato che chiamasi *mudabber*, oppure la concubina (*um-ualad*). Non però fra il Padrone e lo affrancato che chiamasi *mukatteb*. Esso infatti possiede legittimamente i beni separati dai diritti del padrone, e solo deve con essi pagare il prezzo che promise per la sua libertà.

Neppure la proibizione dell'usura ha forza fra socii (*sciarik*) nella permuta delle cose sociali (*sciarik*); ma vale il contrario ogni qual volta sono oggetti del contratto cose differenti.

È un antica regola semitica (2) che rammentasi anche nell'antico Testamento, che non è proibita l'usura coi nemici nel loro

---

(1) Radice *azan*, nel senso che promise al servo la libera amministrazione del peculio manca nel Dizionario. Cf Lhar el Islam p. 177 Lané Lex. Tal servo si chiama *mazim*, e la libera amministrazione del peculio, *tigara*.

(2) Mos V 23.20 (Deuteronomio) Ma allo straniero Impresterai ad usura al tuo fratello poi impresterai senza usura quello che bisogna.

territorio (1). Questa opinione incontra un potente avversario nell'autorità di Sciafei e di Abu Jusef; la opinione dei quali certamente meglio si adatta alle parole stesse del Corano, mentre l'altra opinione si appoggia soltanto sulla tradizione. Il grande Imam (*el Imam el azam*) Abu Hanifa invece permette l'usura in terra nemica fra il Maomettano e l'infedele, che si converte allo Islamismo, se già non si è rifuggito nei confini dell'Impero Islamico. Tale assurda opinione però confutarono i suoi discepoli, e nessun altro Giureconsulto ha avuto l'ardire di sostenerla.

## § 2. Dei contratti invalidi (*Fasid* in specie).

Si chiama invalida (*Fasid*) la vendita, quando è affetta da un vizio il quale non attiene alle basi del contratto, ma che per

---

(1) I Maomettani sogliono dividere il mondo in tre parti:

1° *Dar el Islam* cioè quella parte che si converte all'Islamismo, ed ove vale il Gius Musulmano. 2° *Dar el sulh*, cioè i popoli che sebbene non ammettano il Gius e la religione del Profeta, pure sono soggetti all'Impero dei Musulmani, e coi quali è stato convenuto, che possono conservare l'antico stato, ma a condizione di pagare i tributi e le imposte. 3° *Dar el Garb*, cioè gli infedeli che combatterono le armi e la religione dei Musulmani, che chiamansi nemici, e si ritiene che siano in guerra continua coi Musulmani. È proibito di far pace con essi, e non s'interrompe la guerra sacra (*gehad*) con questi infedeli, che con delle tregue temporarie. Il gius internazionale dei Musulmani non si estende in realtà oltre i regni ed i popoli della prima parte del mondo. *Nota del Trad.* È una conseguenza di questi principj che fino a quest'ultimi tempi i Musulmani non facevano dei veri trattati colla Potenze Cristiane, ma stipulavano delle semplici *Capitolazioni*, le quali secondo il loro modo di vedere, non erano che delle semplici concessioni da parte del principe Musulmano. Oggi la Porta, che è entrata nel concerto politico Europeo, ha abbandonato questo antico diritto Musulmano, e fa dei veri e propri Trattati di pace e di commercio con tutti gli stati Cristiani. Vedi *Gatteschi, Manuale di diritto Pubblico e Privato Ottomano. Introduzione.*

un Gius speciale dei Musulmani da luogo all'azione rescissoria ; lo che gli Arabi chiamano vizio nella qualità (1), ed il contratto affetto da esso si contrappone alla vendita irrita (*batel*), che si dice affetta da un vizio nella sostanza.

È sorta grave disputa nelle scuole circa gli effetti di tali vendite. Sciafei opina, che desse non producono nessun'effetto ; perchè molte di esse sono proibite dalle parole espresse del Corano o della Tradizione. Sicchè per esso la distinzione fra i contratti irriti (*batel*) ed invalidi (*Fasid*) è puramente dottrinale, e non può avere nessuna conseguenza nel commercio degli uomini. Che anzi vi sono dei passi negli scritti dei suoi seguaci, nei quali promiscuamente si fa uso della parola irrita (*batel*) ed invalido (*Fasid*).

La setta di Abu Hanifa con ragione sostiene, che i contraenti in tal contratto scambievolmente acquistano il dominio in forza della tradizione (*qabd*), e perciò che la cosa venduta sta a rischio del compratore, il quale una volta che sia attaccato coll'azione rescissoria deve restituire la cosa, oppure allorchè è perita il suo valore (*kinah*) (2).

In appoggio di ciò adducono, che il vizio si verifica soltanto nelle qualità adiette ; mentre si è adempiuto a tutti i requisiti essenziali del contratto, il cui fine si è il dare ; lo che avviene in esso ; nella specie invece dei contratti irriti (*batel*), o non si dà nulla, oppure si danno cose, che non possono esser consegnate.

Che se alcuno compra qualcosa con un contratto invalido, egli

---

(1) Inaja II p. 88. « Ciò che non è permesso avuto riguardo alla qualificazione »

(2) Che se la cosa è deteriorata, gli Arabi la chiamano *fat na fuat* nella causa per la quale una cosa divien peggiore. Manca nel Dizionario Ef Modar. M. S. p. 220 f. 2 et segg.

può benissimo disporre della medesima. Ma se si vale di un tale diritto, perde quello d'intentare l'azione rescissoria. La quale azione in generale compete ad ognuno dei contraenti, eccetto il caso che il vizio sia nato da una condizione (*sciart*) proibita, giacchè allora il diritto di rompere il contratto resta solo per chi ha stipulato tal condizione. (1) Ed allora nè il compratore nè il venditore potrà essere ascoltato, se prima non avrà depositata la cosa od il prezzo ricevuto presso del Giudice.

Il lucro che qualcuno avrà ritirato da una cosa comprata invalidamente, dedotte le spese, sarà destinato (*tasaddak*) ad oggetti pii, allorchè viene acquisito da una cosa determinata (*Aehn*); che altrimenti non può sapersi qual lucro egli abbia ottenuto dalla cosa. Per esempio, se la moneta è stata confusa coi beni del venditore, nessuno potrà distinguere qual lucro avrà prodotto ogni pezzo di moneta. Quali principj sono intieramente conformi alla opinione di Malek, il quale differisce da Abu Hanifa solo in questo, che egli pensa che il lucro ottenuto dalla cosa sia sempre di colui, a rischio del quale sta la cosa, e che non sia necessario di darlo ai poveri.

Che se la cosa ha ricevuto un aumento in forza di accessione devesi distinguere, quando ciò avvenga pel fatto del compratore, nel qual caso esso ha il diritto di staccare l'aumento; e non potendo valersene, il venditore è tenuto a dare un compenso per tutte le spese necessarie, utili, e voluttuose. Gli aumenti poi che sono conseguenza della cosa *ipso jure* vanno a profitto del venditore.

Passiamo intanto ad osservare quali vendite vengono chiamate invalide (*Fasid*) dai Giureconsulti.

---

(1) Hedaja II p. 37 » Questo diritto appartiene a colui in favore del quale è stata stipulata la condizibne, ad esclusione della parte con'raria.

Primieramente deve annoverarsi tra esse la vendita delle cose, che per una disposizione di diritto civile sono fuori di commercio, ogni qual volta che il contratto si fa in via di permuta (*muqayada*), vale a dire non per della moneta coniatà, di che indicammo superiormente il motivo. Lo stesso deve dirsi quando si vendono cose, che per legge non possono venir consegnate (*kuhlat attaslim sceria*) come le cose date in pegno, oppure le cose indefinite (*gharar*), qual sarebbe la compra e vendita della speranza, e del getto della rete ecc. ecc. Quali cose tutte per ragione naturale possono benissimo esser vendute, ma delle quali è proibito il commercio soltanto in forza di una speciale disposizione del Diritto Musulmano.

Così la vendita della cosa altrui è nulla relativamente, ma per gli Sciafeiti soltanto, mentre neppure è proibita da tutti i Maomettani; e lo stesso dicasi della vendita a cui il consenso viene dato tacitamente, per quelle scuole che reputano ciò lecito; oppure se uno dei contraenti non è Musulmano, quando richiedesi una tal condizione.

È stato poi stabilito per umanità, che non sia lecito nelle vendite separare le schiave dai loro figli, se sono giunti a quella età, nella quale non possono far di meno delle cure materne; e si ritiene il più delle volte che siano giunti a tali età quando tocchino il settimo anno. Vi sono alcuni che opinano esser sufficiente, che i fanciulli non abbiano più bisogno del latte della madre (*estagnaa an elredaa*); ma tale opinione non è stata accettata. Presso gli Sciiti però tali vendite sogliono ordinariamente annoverarsi fra quelle proibite soltanto (1).

---

(1) *Shar el Islam* p 177 • È un peccato (*maharram*) il separare i figli dalle loro madri, avanti che possano far di meno di esse; alcuni giuristi

Neppure è lecito il permutare due cose non determinate (*dein*); perchè altrimenti potrebbe facilmente violarsi la legge sulle usure. Lo che però non ha tal forza da vietare, che non si possa fare uso delle delegazioni; perchè nessun popolo può far di meno di questo genere d'affari, e gli Arabi se ne occupano distesamente nel trattato del trasferimento dei debiti (*heuala*).

Inoltre il Profeta proibì quanto alla forma alcuni modi, coi quali al tempo del paganesimo (*giaakilia*) gli Arabi solevano indicare, che il contratto era irrevocabile, e che ora è facile di stipulare solo col tocco (*safka*) delle mani. Ed a parer mio l'unica ragione di ciò è, che quei tali modi hanno in se qualche cosa d'incerto (*gharar*).

Così è lecito il dire ratificata la vendita, quando io ti getterò (*bea bil munabada*) questa cosa; oppure quando io toccherò questa veste (*bea bil malamassa*), ovvero allor che ti getterò questa pietra (*bea bilka al hadgiar*). Esiste però un grave conflitto di opinioni tra i dottori per sapere, se l'ultimo modo da noi indicato possa ritenersi come una vendita.

Alcuni sostengono che non ne ha la forza; perchè è illecito il vendere un campo colla seguente indicazione soltanto; quanto cioè ne contenga una gettata di pietra. All'opposto altri dicono, essere illecito il vendere una cosa, nella quale sia caduto un sasso scagliatovi. Ed altri ritengono essere illecito il vendere una cosa per tanti denari, quanti corrispondono ai frammenti di un sasso scagliato. E finalmente altri sostengono, essere illecito il fare una vendita, della quale la ratifica o non ratifica dipende dal

---

• riguardano ciò solo come un'atto detestabile. (*makrouh*) ed è questa  
• l'interpettazione la più semplice •.

getto di una pietra. E quest'ultima interpretazione più di ogni altra ci piace, quantunque anche per altre si trovino validi argomenti nel *Modawana*. (1)

Le condizioni, che non è lecito di aggiungere ad un contratto, lo viziano per intero secondo il Gius Musulmano; e non lo rendono soltanto irritato (*batei*), poichè si ritengono come cause solo estrinsecamente adiette.

Secondo i riti Sciafeita e Sciita possono aggiungersi ai contratti tutte le condizioni, che non sono contrarie alla Legge ed alla Religione, come p: e: le condizioni impossibili, oppure contrarie ai buoni costumi, o che abbiano in se qualche cosa d'incerto, sia nell' oggetto, sia nelle modalità, come il giorno incerto (2). I Malekiti inoltre riprovano ogni condizione che sia di ostacolo al dominio ed al diritto di disporre; la qual condizione la scuola Sciafeita riprova solo quando manca di utilità. I Malekiti però ammettono questa eccezione in favore della libertà; quando perciò alcuno ha venduto un servo ed ha stipulato che il compratore dovrà manometterlo (*aeik*), tal condizione è valida, ma ciò riguarda soltanto la monomissione in senso stretto; mentre non è lecito stipulare, che il compratore faccia stato libero (*modabber*) oppure *mukatleb* il servo, poichè ciò che è stabilito contro ai principii di diritto, non può trarsi a conseguenza. (3) Annullata però la condizione viziosa, il contratto produce tutti i suoi effetti giuridici. (4)

---

(1) Cf Boccari II pag 25 seg

(2) Cf nota T p. 44.

(3) Hedaja II p. 40 » *Perchè la tradizione è da preferirsi all'analogia e bisogna attenersi a quanto essa prescrive* »

(4) *Al Ibn Isac* p 128 » *La cosa è valida quando si sopprime la condizione coll'affrancamento postumo* »

La setta Hanafita aborre le condizioni, appoggiandosi a questa tradizione del Profeta; *esser illecito il vender sotto condizione*. (1)

La qual tradizione però secondo l'autore dell'Inaja deve ammettersi con discrezione; Imperocchè esso distingue nel contratto le condizioni essenziali o naturali da quelle inutili, che nè la Legge sancì, nè la natura del contratto ed il commercio degli uomini richiede; come quando alcuno vende un servo colla condizione, che il compratore lo manometta, oppure che sia permesso al venditore di servirsene (2). Secondo l'Imam stesso, la condizione illecita si ritiene come valida quando i contraenti spontaneamente la eseguirono; ma ambedue i suoi discepoli (3) lo confutano, perchè ciò che fin da principio è vizioso non può sanarsi colla ratifica o col tempo. (4)

Finalmente è invalido il contratto, quando alcuno vende per congettura (*kirsan*) dei datteri tuttora pendenti, come separati dall'albero; lo che chiamasi *muzabana*; oppure vende la biada per del frumento dello stesso genere (*muhakala*), quando la sua quantità sorpassa il peso di 5 Cammelli (*uisk*, peso del cammello); perchè il Profeta permise tal quantità nel contratto denominato *aaraja*; vale a dire quando alcuno diè a coltivare ad un povero le sue palme, per perciperne i frutti; perchè in tal caso se dopo il padrone si pente di aver introdotto un estraneo nel suo campo,

---

(1) Hedaja II p. 33 • Il Profeta (che Dio lo benedica e lo salvi) ha proibito ogni vendita accompagnata da una condizione.

(2) Inaja III p. 113 • Come quando si vende uno schiavo sotto condizione che il venditore potrà impiegarlo al suo servizio durante qualche tempo: il contratto sarà viziato •

(3) Abu Jusuf e Mohamed.

(4) Hedaja II p. 33 • Perchè la vendita è stata viziosa (*fasid*) non può adunque cambiarsi in lecita (*dgiaiz*).

ha il diritto di licenziare quel povero per la quantità dei datteri separati, qual congettura si equipara al numero dei frutti pendenti, purchè non oltrepassi il peso di 5 Cammelli.

Gli Hanafti sostengono, che Sciafei col far tal distinzione ha confusi insieme due contratti; perchè *aaraja* differisce completamente dai contratti *do ut des (bea)*. Infatti desso è una specie di donazione, colla quale alcuno si riserva il diritto di sostituire alla cosa dovuta un'altra cosa di ugual valore. Della quale opinione io penso potersi assai meglio dar ragione; e quindi essere illecito lo stipulare i contratti *muzabana*, e *mohakala*, perchè alle vendite congetturali può darsi luogo, solo quando si vende in blocco; mentre qui si tratta solo del pericolo (*gharar*), che non s'incorra nell'usura. (*riba*).

### § 3. Dei Contratti Vietati (*makruh*).

Il contratto *do ut des (bea)* proibito (*makruh*) è quello, che non è contrario di sua natura nè per le sue accidentalità alla legge, ma pure è tale che per riguardo alla religione val meglio il non porlo in essere, sebbene una volta stipulato non possa in nessun modo venir rescisso nel foro, nè mancar di effetto. Quindi ciò che saremo per dire in questo paragrafo riguarda più il buon costume che lo stretto diritto, ma però era necessario l'espore brevemente le regole che riguardano simili contratti, perchè non sono ben determinati presso gli Arabi i confini, che separano il diritto dalla religione.

Il Profeta vietò la promessa fatta senza l'intenzione di comprare, ed al solo scopo d'incitare altri ad offrire un prezzo maggiore, lo che chiamasi *neghisc*; nel qual nome si contiene anche il

patto stipulato fra due o più persone nelle vendite all'asta, in forza del quale si obbligano a non farsi concorrenza all'effetto che la cosa abbassi di prezzo, sebbene la offerta all'incanto per se stessa non sia vietata dal buon costume. In generale poi ognuno deve astenersi da tutte le jattanze, di cui fanno uso i mercanti onde vendere a prezzo migliore (1).

Parimente è vietato ai buoni Musulmani di andare incontro alle carovane dei mercanti, i quali ignari dei prezzi delle grasce nella città, con facilità possono venire ingannati; nel qual caso comprando una cosa a vil prezzo può ritrarsene un lucro vistoso. Per lo stesso motivo si riprova quell'abitante della città (*hadar*), il quale comprate tutte le raccolte dai contadini (*baden*), cerca di farne rialzare il prezzo. E tali disposizioni può dirsi che non siano ignote neppure ai legislatori degli Infedeli. Che se un tal modo di agire si ripetesse, allora si commetterebbe un delitto, che dovrebbe raffrenarsi dal giudice con una pena arbitraria (*taazir*).

Il trattare affari nel giorno di venerdì (*judel el giumah*) dopochè è stato fatto l'invito alla preghiera (*azan*), si ritiene come cosa grandemente empia, perchè in tal guisa si allontanano gli uomini dalla devozione; e Dio stesso consigliò di astenersi da simili atti, perchè ne deriva chiaramente, che si trascuri un'opera sempre necessaria, qual è la preghiera (2)

---

(1) Shar el Isl p. 136 = *E biasimevole pel venditore di lodare ciò che vuol vendere, e pel compratore di apprezzare ciò che vuol comprare.*

Così non è lecito di arrecare un danno agli altri mercanti cercando di sciogliere le vendite già in trattativa (*bai ala bai akhike*) !

(2) Corano 62—9 — O Credenti ! quando siete chiamati alla preghiera del giorno della riunione (cioè il Venerdì), affrettatevi di occuparvi di Dio. Tralasciate gli affari, ciò vi sarà più utile se lo sapete !.

Vi sono di quelli che opinano esser soltanto proibita (*makruh*) ma non invalida (*Jasid*) la vendita, con la quale si separano i figli piccoli dalla loro madre, prima che siano giunti all'età di poter far dimeno delle sue cure. Secondo poi tutti i dottori si ha come vietata (*makruh*) la separazione dei piccoli ragazzi dalla stessa madre, perchè si dice esistere una tradizione che lo vieta, essendo nella natura delle cose che da tal separazione essi risentono gravissimi danni; qual tradizione è così concepita « chiunque non è misericordioso verso i fanciulli, nè soccorre i vecchi, non è dei nostri. » (1) Questa proibizione è di diritto stretto, e non può estendersi al caso, che uno dei figli avendo commesso un delitto debba consegnarsi a titolo di *noxa*, o che il padrone sia costretto a venderlo per procurarsi il vitto. *Abu Jusef* ritiene tutte queste vendite come nulle (*fasid*); e certamente un grave argomento a suo favore trovasi nelle parole della tradizione; la sua opinione però non ha prevalso. (2)

---

## CAPITOLO IV

### Delle diverse specie del Contratto *do ut des* (*bea*.)

---

#### § 1° Compra e Vendita.—Permuta.

Abbiamo sin qui trattato delle regole alle quali è soggetto in genere il contratto *do ut des* (*bea*); mi resta solamente a indicare

- 
- (1) *Inaya III p. 136* » Colui che non compatisce i bambini e non rispetta i vecchi, egli non è dei nostri.
- (2) Ci siamo limitati a dare gli esempi citati perchè sufficienti ad indicare ciò che gli Arabi ritengono per vendita proibita. Potrebbe per altro addursene molti altri, non essendovi altra regola in proposito che le tradizioni del Profeta.

in questo capitolo le sue diverse specie; nel che fare però userò della massima brevità per la ragione, che desse sono tutte della stessa natura. Mi basterà adunque accennare come identici principj valgano per dei contratti tra loro diversi, ed i quali sono del tutto differenti da quelli ammessi dal nostro diritto e da quello Romano.

E prima di tutto devesi fra questi annoverare la compra e vendita(*bea* nel senso più stretto), dalla quale i Giureconsulti Arabi sogliono incominciare il libro dei negozi giuridici; perchè non solo desso è il principale dei contratti *do ut des* (*bea*); ma anche perchè nessun'altro più di esso da tanta occasione di trattare le regole delle obbligazioni in genere, delle quali nessun Giureconsulto Arabo pensò, nè potè pensare di darci una teoria generale. Lo che del resto è avvenuto anche presso i Giureconsulti dell'Impero Romano.

Ed io seguendo il loro esempio ho tenuto sempre presente nelle precedenti osservazioni la compra e vendita, sicchè ora ben poco mi resterà a dire delle sue singole specie.

Distinguono infatti gli Arabi fra il commercio, che si fa con guadagno, che essi designano col vocabolo *murabbakha*, e quello che si fa per lo stesso prezzo, pel quale il venditore aveva precedentemente comprato una cosa; ed a tal modo di negoziare si dà il nome di *taulia*; ed infine il caso in cui il compratore è costretto a vendere la cosa, e che chiamano *muadaa*. (1)

Esiste un ingente copia di precetti per tutte queste diverse

---

(1) N. A. III da *wadia*, nel qual significato manca nel Dizionario. Cf. *Inaya* III p. 2 Shar el Islam p. 168 nello stesso senso si prende il vocabolo *wadiah*.

specie di affari; ma noi non li esamineremo perchè gli scrittori Arabi con un numero grandissimo di *circonlocuzioni* e di molte fatti-specie altro non si son proposti che di dimostrare, che non è da biasimare quel Commercio che si fa in vista di un lucro (*ribali*). Esser però illecito che tal lucro resti incerto, o che il venditore dichiararsi di vendere allo stesso prezzo, pel quale aveva comprata (*taulia*), la cosa mentre realtà ne chiede uno maggiore; imperocchè in tal caso colui che da tale asserzione è rimasto ingannato, ha il diritto di aver la cosa pel vero prezzo della medesima, di cui sia venuto in cognizione.

Del qual principio peraltro le conseguenze pratiche sono di ben poco momento, poichè il più delle volte l'onesto commerciante nell' offerirti una cosa dice: — *vuoi tu comprare a tal prezzo, e non già io la ho comprata a questo prezzo; ma per esserti gradito te la voglio vendere per il medesimo prezzo, perchè non voglio guadagnare teo.* E gli Arabi pensano che una simile impostura meriti di esser punita.

Per quello che attiene alla permuta (*mukaida*) l'antico Diritto Orientale si valeva indubitatamente delle stesse regole, che per la compra e vendita; in seguito però come presso tutti gli altri popoli i Giureconsulti Arabi finsero una qualche distinzione; ed in special modo gli Hanafiti; qual distinzione spieghiamo ampiamente altrove; come anche la mancanza del Gius di ritenzione, che suol concedersi al venditore nelle compre e vendite. E ci fermammo a quel punto, ove un tal Giureconsulto opina, che quando si tratti di cose per Diritto Civile fuori di commercio, nel caso di vendita il contratto rimane talmente viziato da tal circostanza, che desso deve ritenersi come *irrito* (*batel*), mentre nel caso di permuta è solamente invalido (*fasid*).

Al che può anche aggiungersi quello che segue. Apparisce dalla natura stessa delle cose che ogni dissoluzione (*ikala*) è impossibile ogni qual volta la cosa comprata perì, o divenne fuori di commercio; qualora non si tratti di cosa fungibile. Nella permuta (*mukaida*) però di due cose non fungibili niente osta alla dissoluzione del contratto, che una delle due cose cessi di esistere; imperocchè finchè rimane l'altra cosa, che può permutarsi col prezzo della cosa perduta, può forse interessare ad uno dei contraenti che il contratto si sciolga, lo che non può avvenire nella compra e vendita, nella quale ammessa una volta la dissoluzione del contratto ciò sarebbe assurdisimo; poichè dovrebbe darsi il prezzo della cosa perduta per quello pagato antecedentemente.

La qual distinzione fatta dai Giureconsulti Arabi con sottigliezza ammirabile, che non trovasi presso gl'infedeli, mi sembra esser la sola tanto nel Diritto Orientale come pure nel Diritto Occidentale di cui possa rendersi ragione. Forse altri troverà altre differenze, ma a me non se ne presentarono oltre quelle indicate.

## § 2. Del Cambio di Moneta (*sirf*).

Il cambio della moneta (*sirf*) consiste nella permuta (*mukaida*) di quelle cose con cui suole stabilirsi il prezzo delle merci, al qual contratto sono proprie delle regole speciali, oltre quelle da noi indicate nella permuta in generale. E la ragione di ciò si è, che i metalli preziosi hanno un duplice ufficio nel commercio degli uomini.

Infatti sono al tempo stesso e beni (*mal*) ed istrumento (*uasila*), coll'aiuto del quale si stabilisce il prezzo dei beni, e con cui questi

vengono acquistati (1). Ed è per questo solo motivo che essi sono stati sottoposti alla legge sulla usura. Del resto i Giureconsulti nel fissare le regole seguenti non si proposero altro scopo, che di evitare il perico'lo delle usure. Imperocchè tutti si riducono a questo principio; esser cosa illecita il far guadagno in simili cose.

Dapprima è da notare che l'oro e l'argento non possono permutarsi se la tradizione (*tanaal*) non avviene vicendevolmente nella stessa seduta (*meglis*).

Quindi non basta che i contraenti scambievolmente si facciano la consegna della cosa; ma occorre inoltre, che sbedue ricevano la cosa mediante un apprensione corporea (*habbad*).

Ed è per questo che delle ozioni solo quella per vizii (*kiar allaheib*) e quella necessaria (*kiar el meglis*) sono inerenti a questo contratto; giacchè in nessun affare gli uomini possono farne di meno; all'opposto l'ozione convenzionale (*kiarl el sciart*) è del tutto vietata, come pure l'ozione d'ispezione (*kiar el ruja*), mentre nella prima facilmente potrebbe incorrersi nell'usura; e quanto all'altra essa non si ammette, perchè tali cose non vendonsi regolarmente a saggio, in cambio di altre cose dello stesso genere, giacchè in tal guisa si renderebbe impossibile la tradizione contestuale.

L'unico caso in cui la tradizione non richiedesi dalle due parti è stabilito dall'uso, quando si danno danari ad uno a cui si deve una quantità uguale, od anche maggiore; imperocchè allora in forza della compensazione (*mukassa*) (2) vien diminuito *ipso jure* ciò che si deve da quella somma. Parimenti si da luogo all'ozione

---

(1) In questo modo credo doversi tradurre il passo del Hedaja II p. 27 = perchè esso è un intermediario. =

(2) Manca nel Dizionario C. F. Inaja III p. 108 Chalil et Islan p. 163.

quando non si tratta di moneta conziata, mentre le regole sul cambio della moneta valgono anche per l'oro e l'argento non coniato, come per le cose ornate con questi metalli (1). Imperocchè le proibizioni di Dio e del Profeta meritano di esser osservate anche nelle cose di minore importauza, Peraltro per una benigna interpretazione di diritto le condizioni viziose non viziano il contratto di cambio di moneta, se i contraenti per mutuo consenso non le osservano; invece se l'obietto del contratto non trovasi presente, il contratto è assolutamente irrito (*batal*).

Altra condizione di tal contratto si è, che le cose vicendevolmente permutate siano dello stesso peso; lo che vale solo quando il metallo è dello stesso genere, come p. e. se si da oro per oro; non quando si da oro per argento; lo che sarebbe assurdisimo, mentre è lecito il permutare in blocco oro per argento, ed argento per oro, quando concorrono le condizioni (*sciurut*) che lo rendono lecito in generale. (2)

Ma nelle permutate dei metalli più preziosi contro metalli dello stesso genere i Giureconsulti procedono più rigorosamente quanto all'uguaglianza; Infatti devesi sempre osservare il peso, ed ogni incertezza intorno a ciò annulla assolutamente (*batal*) l'affare (3). Così non è lecito il vendere polvere (*turab*) di oro sia naturale sia degli orefci, poichè non può constare della quantità dell'oro; quan-

---

(1) Parimente la proibizione della vendita, visto il saggio, vale solo per le monete, non per le altre cose fungibili che si fanno con questi metalli.

(2) *Hedaja III p. 71* • È permesso di vendere dell'oro per dell'argento in blocco, perchè l'uguaglianza non è una delle condizioni necessarie per questa vendita.

(3) *Hisni f. 116* = L'ignoranza dell'uguaglianza è la stessa cosa come se esistesse realmente una differenza in più =

tunque altri riconoscano essere impossibile il definirsi umanamente la uguaglianza assoluta; lo che specialmente avviene nelle cose ornate d'oro e di argento, che vendonsi in corrispettivo di metalli dello stesso genere, e nelle quali l'arte dell'orefice merita una mercede; e solo è illecito un eccessivo guadagno. Così vi è chi opina, che tali regole per le monete debbano applicarsi con discernimento. Distinguono invece le monete in tre specie; di cui la prima contiene quelle, in cui esiste più di oro e d'argento, che di mistura di altri metalli, e diconsi monete giuste (*sahih*); la seconda specie abbraccia quelle, in cui esiste ugual quantità di metallo prezioso e di mistura (*nabahavay* oppure *zeif pl. ziaf e ziuif*) (1); nella terza specie poi si comprendono quelle monete in cui prevale la mistura (*satuh*).

Le monete della medesima specie legittimamente possono tra loro permutarsi, sebbene esista fra esse qualche leggera differenza; Viene invece proibito il permutare monete di specie diverse, e di peso uguale; poichè allora esiste troppa differenza nella quantità del metallo puro. Quanto poi alle monete di bronzo (*filz, pl. filcy*) è questione nelle scuole, se siano o no soggette alle regole del cambio della moneta (*sirf*).

Gli Hanafiti, i quali opinano, che tutte le cose fungibili sono soggette all'usura, ammettono per conseguenza, che la usura possa avvenire anche nelle monete di bronzo; I seguaci però delle altre scuole sono in grave dubbio su ciò; poichè non si dà luogo all'usura nel *rame*, ma una volta che sia coniato, anche con esso può esercitarsi l'usura, e perciò la ragione legale (*hias*) richiede, che anche tali monete siano soggette alle regole relative al cambio. Tale

---

(1) *Alliage-Mistura.*

opinione però non ha prevalso, e gli Sciafeiti e Malekiti rilasciano le permutate di esse all'intero arbitrio dei contraenti (1).

Finalmente devesi osservare, che cessano le restrizioni sul cambio delle monete, ogniqualvolta che l'usura non è proibita, sia in vista delle persone, che avuto riguardo al paese in cui si conclude l'affare. (2)

### § 3. Della Transazione (*sulh*).

La transazione (*sulh*) è un contratto, col quale le parti vicendevolmente condonandosi alcun che dei loro diritti, prevengono una lite, oppure la compongono se sia contestata. (3)

Ella è poi cosa immensamente grata a Dio lo agire in tal guisa, (4) e siccome uno dei requisiti essenziali di tal contratto si è, che da ambedue le parti si dia o si condoni qualcosa, che si equipara alla dazione, così per gli Arabi non solo è bilaterale (*moauada*) ma anche un contratto *do ut des*. Vi è però qualche differenza fra la transazione (*sulh*) presso gli Arabi e la nostra, quanto alla lite che con essa si transige; deve infatti constare, che vi è o che vi è stato un debito; nè è lecito per Gius Musulmano a colui che altri ha attaccato con una lite, di entrare per essa in transazione quando neghi tutto l'affare. (5) Qual distinzione è assurdistima; poichè è oltremodo naturale, che alcuno così attaccato

---

(1) Hisni f. 113.

(2) Il cambio monete viene chiamato *Saraf* oppure *sirafi*.

(3) *Hisni f.* 133 » *È un contratto col quale si pone fine ad una controversia.*

(4) *Corano* .4.127 = *La transazione è una buona opera.*

(5) *Abu Sciudja* p. 21—*La transazione è permessa quando vi è la confessione nelle cose* ⇒ alle quali parole Sciarbiu I p. 319 aggiunge « *che sono costatate nell'istrumento.* »

preferisca il transigere piuttosto che assumersi i rischi di una lite.

Dividesi la transazione in due specie.

1°. Transazione di liberazione (*elhatita*, o *sulh al-ebraa*) a cui si da luogo, quando il venditore condona una porzione del debito al suo debitore, che è restio a pagare; lo che però devesi piuttosto ritenere una donazione, che un contratto *do ut des* (*bea*); e che è lecito il farlo sotto una condizione (*sciart*).

2°. Transazione di un equivalente (*sulh el mohauda*) vale a dire se il creditore consente di ricevere un'altra cosa (*al musalaha aleh*) in vece di quella, che avrebbe potuto pretendere giudizialmente. (1)

Così quando alcuno che ha pattuito un dato servo in grazia del debitore acconsente a ricevere un altro servo oppure un animale.

Questo contratto è intieramente soggetto alle stesse regole della vendita (2); quindi vi sono ammesse tutte le ozioni, e tutte le condizioni da cui dipende la validità del Contratto.

Simile transazione può anche stipularsi sotto condizione, ed a termine; che anzi può riceversi invece della cosa dovuta anche l'uso di un'altra cosa, ed allora debbono osservarsi le regole, che valgono per la locazione e conduzione.

In queste due specie contengono tutte le transazioni secondo i Giureconsulti Arabi; i quali a nostro avviso non si sono occupati di tal contratto con quella cura, che hanno posta negli altri, nè possiamo intendere, come quei principi possono essor sufficienti al bisogno. Lo che vale in special modo per la prima

---

(1) Tal cosa chiamasi *al musalaha aena*.

(2) Hisni f. 123= È soggetto a tutte le regole della vendita.

specie, in cui la proibizione delle condizioni è di un ostacolo grandissimo; e parimenti non possiamo renderci ragione della distinzione fra il caso, in cui il reo convenuto voglia usare della negazione assoluta nel foro, e quello in cui valendosi di propri diritti tenti di respingere l'attore con delle eccezioni.

#### 4 Della Locazione e conduzione (*igara*).

Di molta maggior importanza di tutti gli altri contratti di cui sin quì ci siamo occupati è il contratto il cui scopo si è di accordare l'uso di una cosa (*manfaa*) per riceverne un'altra (1) qual contratto suol designarsi col nome di locazione *igiara*.

Anche nel Diritto Romrno vien riconosciuto che tal contratto si avvicina alla compra e vendita; ma solo nel diritto Musulmano sono immense le conseguenze che traggonsi da questo principio. Prima però di entrare nella trattazione speciale di questo contratto vogliamo avvertire, che i Giureconsulti hanno riscontrato in esso qualcosa d'incerto, (*gnarar*) e perciò dicono, che il Profeta non lo ha ammesso, che quasi forzato dalla necessità; in quantochè non può farsene di meno nel commercio degli uomini. Se ne trova però la sanzione tanto nel Corano (2) che nelle Tradizioni, e quindi non può dubitarsi, che sia giusto e conforme alla religione.

---

(1) *Sciarbin I p 463* La Locazione secondo la giurisprudenza significa render proprietario dell'uso di una cosa in vista di un compenso.

(2) *Corano. 65. 6* Se esse hanno allattato i vostri figli date loro il salario *Hedaya II p 242*. L'analogia si opporrebbe a ciò: perchè l'obietto del contratto è l'utilità della cosa ed essa non esiste; di più riunire la proprietà ad una cosa, che non si troverà non è valido; pure l'abbiamo permesso a causa del bisogno che ne hanno gli uomini, e le tradizioni ne confermano cor'

La Locazione e conduzione è duplice; poichè distinguesi in conduzione e locazione di cose oppure di opere a cui si da il nome speciale di *igiara*; ed in locazione e conduzione di un operai (*giaalaa estimao*) quando ha per scopo la esecuzione di un dato lavoro (1).

La prima specie ha le stesse qualità essenziali della compra e vendita; cioè richieggonsi due contraenti, il locatore (*muagghen*) il quale non da la cosa (*manfaa*) ma la consegna oppure presta la sua industria, affinchè il conduttore *mustaghar* (2) gli paghi il prezzo della conduzione (*ugerao*); Dal che deriva che possono locarsi anche le cose altrui, perchè non è necessaria la dazione (*tambich*), mentre la cosa rimane a rischio del locatore, ed il conduttore oitre il dolo, e la colpa deve prestare

---

(1) Nel Dizionario manca completamente la forma X di *sanah* Cf Ballie *Lavvof Sale* p. 297.

(2) Sembra che il vocabolo *adgir* significhi anche il conduttore; qual significato manca nel Dizionario Cf Abu Stodia p 24 il *locatario* (*adgier*) non è responsabile che per trasgressione—ove lo Sciarbin II p 366 aggiunge—*Della perdita di quello che ha nelle mani, perchè egli è sorvegliante (amin) della cosa presa in locazione giacchè ne è come depositario. Se adunque egli aveva preso in locazione una bestia da soma, di cui non ha ritirato nessuna utilità, ed ella perisce, non sarebbe responsabile, sia che il locatario (adgie) l'avesse o no nel suo possesso (belap).*

*Ibn Qusim* dopo le parole per *trasgressione* mette in nota quanto segue « *Là dentro è compresa l'azione del battere la bestia al di là dell'uso.* Nonostante *Hisni* in questo passaggio si serve della parola *adgier* nel senso soltanto d'*individuo salariato* dice che locatore (*mustadgier*) è sottomesso allo stesso diritto quanto alla cosa presa in conduzione, Ma i passi sovraccitati tanto di *Abu Shodhia* che di *Sciarbin* dimostrano chiaramente il doppio significato della parola *adgier*, e di ciò abbiamo anche un'altra prova nella nota marginale a questo passo di *Sciarbin* « *Un mezzo per l'adgier nel senso di mustadgier.*»

anche la custodia. Il Locatore è tenuto a prestare tutto ciò che secondo l'uso è necessario per poter servirsi della cosa (*manfaa*), e parimente deve conservare la cosa in quello stato che l'uso richiede: così la casa deve potersi abitare, le spese però che sono necessarie per procurarsi quell'uso sono a carico del conduttore: Egli è peraltro difficile il determinare in ogni singolo caso a quale genere appartengono tali spese, e ciò vale specialmente per la vuotatura dei pozzi e dei bottini, che una parte dei Giureconsulti ritiene che sono a carico del conduttore, ma tale opinione non mi sembra retta.

Per quello che attiene alla forma di esprimere il consenso i contraenti possono ugualmente valersi delle parole *vendo o compro l'uso* oppure *do in locazione o prendo in conduzione* (1) perchè è valida tanto l'una che l'altra locazione.

Non possono locarsi le cose che sono fuori di commercio ed inoltre l'uso di esse deve essere di tal natura, che nè la legge nè i costumi vi si oppongano.

Lo che primieramente deve essere osservato nella locazione e conduzione di opera (2); sebbene la cosa sia molto meno importante in Oriente che presso di noi, mentre vi è quasi intieramente ignota la locazione e conduzione dei domestici, avendo gli Orientali gli schiavi che ne tengono le veci.

Viceversa tutti i modi di guadagno spettano a quella specie di locazione, e vale per essi la stessa divisione di assolutamente illeciti ed illeciti per diritto civile o soltanto proibiti dai costumi; Al

---

(1) *Ahar* locare *Iktara* condurre.

(2) Nella locazione e conduzione di opere, il locatore si chiama (*Agir*) mercenario.

qual proposito debbono osservarsi gli stessi principij, che valgano per le varie specie di vendite viziose; mentre per la validità del Contratto richiedesi, che l'uso sia permesso (*manfaa mubacha*) dalla Legge o dalla consuetudine. Tra i guadagni che poi sono proibiti debbono annoverarsi quelli dei prestigiatori e dei suonatori di flauto; parimenté gli astroligi ed i tenitori di scimmie ed altre bestie si hanno come uomini impuri, e molti altri esempi potrebbero citarsi.

Il conduttore ha l'uso totale della cosa, che da essa può percepirsi se non viene escluso da una stipulazione espressa, o se da esso non derivi una eccessiva deteriorazione della cosa, poichè il diritto di abuso della medesima non appartiene che al proprietario; così dopo che gli è stata consegnata la cosa può a suo rischio e pericolo locarla ad altri, o in tutto od in parte nè il padrone può proibirglielo, eccetto il caso in cui ciò venga stabilito dal contratto. Se la cosa perisce per l'uso, il danno viene sopportato dal locatore se di ciò non è stata causa il conduttore per avere abusato della cosa; come se trattandosi di un animale lo abbia caricato al di là delle forze; ed anche di ciò egli non sarà responsabile, qualora il locatore od espressamente o tacitamente glielo abbia permesso.

Tutte le *azioni* sono ammesse in questo contratto meno quella convenzionale (*kiar el sciant*) di cui appena può indovinarsi la ragione.

I vizi pei quali può rompersi il contratto debbono essere di tal natura non tanto da toccare alla sostanza della cosa, quanto è più specialmente da impedirne (*hagiar*) l'uso; nè è necessario che siano nati avanti la tradizione; poichè ogni qualvolta si sarà manifestato qualche impedimento all'uso della cosa, il conduttore ha il diritto da quel momento di ottenere la rescissione del

contratto, pagando il prezzo della locazione in proporzione de tempo in cui ha potuto godere integralmente della cosa.

Non può peraltro obbligarsi il locatore ad una remissione del prezzo a ragione di calamità; e di ciò non vedesi al certo la necessità, poichè il conduttore può ottenere un soddisfacente risarcimento del danno col valersi del diritto di *ozione* a causa dei vizi

Come nella vendita anche nella conduzione intendonsi incluse tutte le parti della cosa (*hacc*) non però le cose accessorie che sussistono per se stesse (*murfakc*) se non vi è la clausola espressa, *con ogni accessorio* e ciò secondo le distinzioni che superiormente abbiamo indicate, quando abbiamo parlato del contratto *do ut des* in genere (1)

Per le accessioni che sopravvennero alla cosa durante la conduzione, esse vanno a beneficio del padrone, sia che provengano dalla natura stessa della cosa, sia che dal fatto del conduttore il quale però ha il diritto di toglierle, purchè non ne derivi danno alla cosa, ma giammai potrà costringere il locatore alla refusione delle spese fatte in essa,

Il prezzo della conduzione (*ugera*) deve esser certo (2) ma non importa, che consista in moneta coniata, poichè può darsi in corrispettivo (*aada*) dell'uso (*munfaa*) ogni sorta di cose, od anche

---

(1) *Hisni* f. 142— «Quando qualcuno prende in locazione una cosa, e vi è un pozzo gli è permesso di fare uso dell'acqua che contiene, e ciò accessoriamente.

(2) Quanto a quel che debba intendersi per prezzo certo esiste qualche disputa fra le scuole. Gli sciafeti pensano, che esso possa esser determinato secondo la consuetudine, lo chè dagli altri viene negato. Parimenti vi è qualche lieve discussione circa il tempo del pagamento.

l'uso di un'altra cosa, oppure una parte dei frutti, se si tratta di colonia parziaria. Il prezzo della conduzione deve pagarsi nel termine in cui può esigersi, secondo la consuetudine (*fi makallu*) e se questa è ignota, il pagamento deve farsi subito, qualora i contraenti non abbiano convenuto altrimenti. Che se è fissato un termine, devesi osservare quante dicemmo superiormente circa la mora, poichè il termine, a differenza di quelle che avvengono presso di noi, è rimesso all'arbitrio del debitore.

Spirato una volta il contratto, devesi restituire la cosa locata lo che deve avvenire appena passato il tempo convenuto, oppure compiuto l'uso od il lavoro promesso. Si scioglie il contratto sia per la distruzione della cosa, sia in forza dell'ozione per vizi, o se uno dei contraenti non adempie all'assunta obbligazione; Non si scioglie peraltro per la morte, (1) poichè tutte le obbligazioni passano agli eredi, se la locazione non è di tal natura, che debba prestarsi da un determinato individuo.

Neppure per la vendita si scioglie la locazione, e ciò a parer mio per la stessa ragione per cui può locarsi una cosa altrui. Infatti tal contratto è meramente temporario, e poco interesse vi ha il proprietario della cosa, mentre ve ne ha moltissimo il conduttore.

Da ciò consegue, che il compratore, il quale, ignaro della locazione, compra una cosa, ha la scelta, sia di restituire, sia di ritenere la cosa, imperocchè nel primo caso la locazione si considera come un vizio della cosa.

I Giureconsulti sono in dubbio quanto alle due specie di locazione e conduzione, (2) se debbano considerarsi come locazione di

---

(1) *Abu Shodia p 24. Essa non è annullata per la morte d'uno dei due contraenti.*

(2) Cioè *Musahaa* se trattasi dell'uva o delle palme, *muzaraa* quando trattasi degli altri terreni dati a coltura.

cose oppure di opere; cioè quando il padrone (*rab el mal*) dà un suo campo al colono (*aamel*) in corresponsività di una porzione dei frutti; Ed io credo, che vi è molto da dire tanto per l'una opinione che per l'altra.

Infatti in tal caso l'uso della cosa profitta tanto al padrone che al colono parziario, mentre la differenza fra la locazione di cose e di opere consiste in questo, che nella prima l'uso della cosa profitta al solo conduttore, nella seconda poi l'opera si compie solo a beneficio del locatore.

Intorno alla quale ultima specie devesi osservare, che è del tutto regolata cogli stessi principi che la prima, ed é anche permesso di promettere il premio (*gioal*) per un'opera d'incerta riuscita; così alcuno può locare l'opera di ricondurre un Cammello errabondo, od un servo fuggiasco.

È anche lecito al conduttore (*aamel*) di fare a suo piacimento l'opera commessa, se però renunzia al prezzo convenuto; invece non lo è al locatore (*sakel el aamel*) se prima non paga ciò che deve in proporzione del lavoro eseguito; e se ciò non può stabilirsi devesi pagare il prezzo intiero (*gioal*).

Finito il lavoro, il pagamento si fa immediatamente, mentre presso gli Hanafiti il locatore ha il diritto d'ispezione (*hiar el ruja*) *ipso jure*; presso le altre scuole però deve esser stipulata la prova del lavoro (*hiar el fciart*.) Se il lavoro presenta dei vizi il locatore è al sicuro coll'azione redibitoria (*hiar alluheib*), Che se avviene, che il conduttore abbia somministrata anche la materia del lavoro, il contratto si avvicina alla compra e vendita; e per analogia (*Kias*) non è lecito di stipularlo in tal guisa, perchè non è permesso di vendere una cosa assente (*ghaib*) che niuno dei contraenti ha veduto; ma per necessità è am-

messa la più benigna interpretazione della legge per tutte quelle cose, che la consuetudine ammette possono venderci in tal guisa.

### § 5. Della vendita col prezzo anticipato

(*salm* oppure *salaf*) (1)

Si chiama vendita col prezzo anticipato (*salm*) quel contratto in forza del quale il compratore (*atmul o rab el salr*) da un prezzo certo (*raas el mal*) onde l'altro contraente (*el musallim ileh*) sia verso di lui debitore entro un termine (*agial*) della cosa (*el musallim fi*) descritta nell'istrumento (*zimma*) del contratto. Imperocchè in questo contratto come nel matrimonio il solo consenso delle parti non basta, ma occorre una forza speciale (2); E di ciò è facile il render ragione; perchè la vendita col prezzo anticipato espone grandemente al pericolo dell'incerto, (*gharar*) e sebbene la legge per causa di necessità la permetta (3), pure i Giureconsulti si sono sforzati di diminuire per quanto era possibile un tal pericolo, col dettare alcune regole in proposito.

---

(1) I giureconsulti servonsi indistintamente di questi vocaboli; *salm* però è preso dal dialetto dell'Hedjaz mentre *salaf* si usa più specialmente dagli scrittori dell'Irak. Questo contratto è del tutto ignoto presso gli Sciafeuti di Giava. Vi è chi sostiene che di tal contratto si servissero dapprima in Oriente gli abitanti delle provincie vessati dai Governatori per poter pagare il tributo.

(2) *Sciarbin* p. 307. *Noi non abbiamo altro contratto che esiga una forma speciale se non questo ed il matrimonio.*

(3) *Corano*. 2. 282. Quando contraete un debito pagabile ad in epoca fissa mettelo per scritto e ove *Ibn Abbas* dice che le parole *dain ila adgial* significano la vendita col prezzo anticipato (*Salam*) La tradizione si legge nell'Hedaja II p 58 in questi termini « *Che quello tra voi che farà una vendita salam lo fuccia per una misura determinata con peso certo, ed un termine fisso* Vedi *Buccari* II p 44 e segg.

Esiste però una grave controversia intorno a questo contratto fra Sciafeï e gli altri Imam; mentre gli Sciafeïti sostengono, che il contratto di *Salm*; non solo è una vendita a termine, con anticipazione del prezzo, ma anche potersi conchiudere in presenza (*halaan*) (1); che anzi se in genere dicesi contrarsi il contratto *Salm*, si ritiene aversi riguardo alla *Salam* presente. In qual modo però possa chiamarsi un tal contratto altrimenti che una compra e vendita, confesso che non posso comprenderlo, poichè non ho potuto ricavar gran luce su di ciò dai commentari di diritto. I Dottori di questa scuola si servano di questo argomento se è permesso il contratto a termine (*agial*) in cui vi è molta incertezza, per la stessa ragione deve esser lecito di far tal contratto in presenza della cosa, poichè sebbene tale affare non venga rammentato nella Legge vale sempre la regola, che il meno è compreso nel più, mentre le parole della Legge non debbono prendersi in senso limitativo ma in quello enunciativo.

In generale poi vuolsi avvertire, che questo contratto deve intieramente avere tutti i requisiti essenziali e naturali alla vendita semplice, mentre le qualità eccezionali che vi si riscontrano sono state originate dal bisogno di diminuire per quanto era possibile l'incerto.

Intanto la prima condizione è che il prezzo (*ros el mol*) venga pagato subito; intorno al che però una scuola è molto più severa dell'altra. Gli Hanafiti e la nostra scuola ritengono irritato tutto il contratto, se il prezzo non si paga contestualmente (*meglis*) alla

---

(1) Abu Shodja p. 20—*La vendita salam è valida quando è fatta sia immediatamente sia a termine*»

stipulazione del contratto (1). I Malekiti invece ritengono come subito pagato il prezzo, se ciò avviene nei tre giorni successivi; per il qual tempo dicono, che è anche lecito stipulare l'opzione mentre gli altri escludono ogni opzione convenzionale da questo Contratto (2) (*kiar el sciart*).

Qual regola è facile a comprendersi, se ci ricordiamo, che non è lecito il permutare due cose non peranche determinate (*dein*) ora la cosa venduta (*el musalhin fi*) con anticipazione di prezzo è sempre non peranche determinata, e perciò deve evitarsi che la stessa incertezza esista nel prezzo. Per lo stesso motivo a quanto sembra, richiedesi la tradizione naturale del prezzo, come nel cambio delle monete (*saraf*); nè basta per esso dare una lettera di cambio (*heuala*) (3) e neppure fare un pagamento parziale; poichè quando i contraenti trasgrediscono la legge fanno un atto nullo (*batel*); egli è poi appena necessario l'osservare, che può farsi la tradizione anche ad un procuratore regolarmente incaricato. Ricevuto una volta il prezzo, il venditore ne diviene proprietario, e con esso può fare [qualunque affare; su di che si fonda la proibizione della opzione convenzionale, come quella che tiene in sospeso il dominio delle cose; lo che produce che

---

(1) *Hedaja II p 62* « La vendita salam non è valida che quando il prezzo « (ras el mal) è toccato avanti la separazione dei contraenti. »

(2) Non però l'opzione necessaria (*Hiar el Meglis*) secondo gli Sciafiti, e neppure quella per vizi (*Hiar alla keib*).

(3) *Hal IV*, dare ad alcuno una lettera di cambio sopra altri per qualche prezzo ecc. *auly* prezzo *heuala* lettera di cambio, *mokhal* colui che tiene una lettera di cambio, *mukhil* colui che la dà; *Hal VIII* dicesi di colui a cui pagasi la lettera di cambio. Tutte le quali significazioni non vengano bene indicate nel Dizionario. Cf. *Sharb I p 310 Hisni f. 119*. I Giti a questo loco.

ne manchi la libera disponibilità (*tasaruf*); E neppure è certo che non si ammetta la permuta di due cose non peranche determinate (*dein*); lo che un Giureconsulto ha espresso con questa sentenza; che deve del tutto constare del contratto prima della separazione delle parti (1).

In secondo luogo devesi accuratamente definire il tempo, in cui la cosa (*el musallim fi*) dovrà consegnarsi. Quindi sarà bene l'indagare ciò che per gli arabi si ritiene come tempo definito.

Il tempo è indefinito quando la consegna si promette in un qualche giorno del mese (*sciahr*) di Rabi; oppure al principiare, od al terminare dell'anno; o quando si dice, allorchè Said verrà od allorchè io sarò ricco. Circa però quest'ultima condizione vi è dissenso fra i Giuristi, perchè secondo la tradizione, il profeta essendo povero comprò una veste, e promise di pagarla quando fosse divenuto ricco. Qual tradizione però molti di essi ritengono, ed a ragione, che si riferisca alla ventita fatta col patto del pagamento a termine, e non già alla vendita con anticipazione del prezzo; perchè è contro ragione, e perciò di stretta interpretazione.

Si chiama poi tempo definito (che i Malekiti dicano poter anche constare tacitamente per consuetudine) allorchè si dice p. e. nel mese di Rabi; nel qual caso per quello che abbiamo già detto il termine viene il primo giorno del primo mese di tal nome; (2) Oppure quando si dice, al tempo della messe, od al ritorno

---

(1) *Abu Shodia* fr. 20 *Che il contratto di Salam sia regolato definitivamente alle quali parole Ibn Qasim aggiunge p 94 « Cioè immediatamente stipulato. »*

(2) Imperocchè due sono i mesi che portano il nome di Rabi presso i Musulmani.

di coloro che fanno il pellegrinaggio (*hagga*) se dessi sono soliti ritornare in un tempo fisso nel luogo ove si stipula il contratto.

Parimente il tempo deve esser noto agli uomini, come i mesi degli arabi, dei Persiani, o dei Romani, ed anche le feste degli Infedeli se sono note ai Musulmani, come p. e. il primo giorno dell'anno dei Persiani, che si chiama *neirus*; la qual festa è sempre lecito il rammentare, se ambedue i contraenti sono infedeli, Se poi in generale (*mutlach*) si pattuisce lo spazio di un anno o di un mese, devesi intendere l'anno ed il mese lunare, perchè questo soltanto vien riconosciuto della Legge. (1)

Allorchè trattasi delle feste Maomettane, sempre s'intende la più prossima festa di questo nome; e qualora manchi il nome, si ha riguardo a quello che più si approssima alle feste, sebbene, l'adempimento del digiuno nel mese di Ramadan si consideri come una festa.

Quando il venditore portò la cosa nel luogo stabilito prima del termine, secondo la nostra scuola, il compratore è tenuto a riceverla, e se non vi è, nè ha lasciato un procuratore, se ne fa la offerta ed il deposito presso il Giudice, ed il debitore resta liberato se non venga provato dal compratore, che egli ha agito con dolo, oppure che la offerta era inopportuna; come se in quel momento le escursioni del nemico o qualche altra calamità rendevano la terra inutile; o se dallo stesso contratto apparisce, che il termine venne apposto anche nell'interesse del compratore; come p. e.

---

(1) Corano. 2. 183. T'interrogheranno sulle nuove lune, Dirai loro sono questi i tempi stabiliti per la utilità degli uomini, e per stabilire la epoca del pellegrinaggio della Mecca.

se qualcuno stipulò dei frutti freschi o della carne, oppure un monte di grano, che non può trasportarsi senza grave molestia ; poichè allora il compratore ha il diritto di ricusare. Nelle altre scuole ed in specie presso i Malekiti si ritiene, che lo stipulatore in nessun modo può forzarsi a ricever la cosa prima del termine; imperocchè, questo come tale s'intende apposto nell'interesse di ambedue i contraenti; ed invece una volta fissato il giorno, la cosa, per consenso di tutti, non può ricusarsi; ed allorchè è assente il compratore od un suo procuratore, dessa deve depositarsi presso il giudice.

Se la vendita Sallam si fa in presenza, non è necessario indicare il luogo della consegna; se invece si fa a termine, debbono le parti indicarlo nel contratto, se il luogo non apparisca o dalla consuetudine, o dall'affare stesso; che altrimenti deve consegnarsi nel luogo in cui si è fatto il contratto, quantunque sia incomodo. Ciò però viene impugnato da *Abu Hanifa*, il quale dice che tutto il contratto è nullo (*batel*) se non è stato espressamente indicato, ove debba farsi la tradizione; ma i suoi due discepoli inclinano per la opinione del nostro Imam Sciafei.

Il luogo resta sufficientemente indicato, quando si rammenta la città, se la città non sia troppo grande; come Bagdad e Bascora, giacchè basta che si trasporti la cosa nella città, od in un quartiere, od in una via della città, non però fino alla casa del compratore, purchè ciò non sia stata espressamente promesso.

Il motivo poi pel quale si agisce meno rigorosamente, quando il luogo è incerto che quando è incerto il tempo, a me sembra come pure a *Sciarbin*, non essere altro che questo; che ogni lieve intervallo di tempo muta le intenzioni dei mercanti; mentre

all'opposto non è di grande importanza, che la cosa sia un poco più o poco meno distante; purchè la distanza non sia troppo grande, o non produca un troppo grave incomodo.

La cosa di cui è stato anticipato il prezzo (*el musallam Fi*) costituisce sempre un debito (*dein*); Quindi sebbene il venditore (*el musalleim ilah*) abbia la libera disposizione del prezzo, il compratore invece non può punto disporre della cosa, poichè a ciò si oppone la regola, che non è lecito di vendere la cosa comprata prima di averne ricevuta la consegna. Parimente appena occorre il rammentare, che colui, il quale comprò una cosa non peranche vista, non ha secondo gli Hanafiti la scelta dopo l'ispezione (*Kur el rija*), perchè la cosa comprata, che non è peranche determinata (*dein*), non può esser soggetta a tale scelta.

Oltre i requisiti necessari per gli obietti di tutti i contratti *do ul des (bea)*, vi sono alcune cose, che non possono venderci col prezzo anticipato. Fra le quali anzitutto debbono annoverarsi le cose, che secondo il loro genere non sono fungibili; perocchè in questo contratto si tratta sempre di cose non peranche determinate (*din*). Parimenti non è lecito in tal vendita, che la cosa ed il prezzo siano dello stesso genere, quando si tratti di genere usurario (*rebuie*); giacchè altrimenti il contratto dovrebbe evidentemente annoverarsi fra quelli usurari; Che anzi *Abu Hanifa* sostiene, esser del tutto illecito che la cosa (*el musellim fi*) sia moneta coniatà, oppure degli animali, o della carne; ma a ciò è spinto da una singolare equità, giacchè siccome la usura viene stabilita per ogni sorta di cose fungibili, così dovrebbesi dire per la stessa ragione vietato tutto il contratto. Dietro la quale osservazione ambedue i suoi discepoli affermano, che almeno la carne può venderci con anticipazione del prezzo; nel che però non sono a se stessi con-

sentanei, mentre per le altre regole non ardiscono di allontanarsi dall'opinione dell'Imam. È molto migliore però la nostra opinione di quella di Malek; secondo la quale il contratto di *Salm* è sempre lecito, in qualunque modo si faccia, purchè non si dia oro od argento, oppure cibi in corrispettività di cose dello stesso genere, poichè allora è necessaria la tradizione da mano a mano.

Siccome la vendita con anticipazione di prezzo (*salm*) non può farsi che delle cose descritte nell'istrumento (1), così richiedesi che quelle cose siano di tal genere da poter essere descritte, e ciò all'effetto di togliere per quanto è possibile ogni incertezza (*Gharar*) (2).

Deve perciò anzitutto descriversi la qualità, la quale deve constare da misure usitate, e non può parlarsi in questo contratto di misure non riconosciute, come p. e. di questa lapide; ed in ciò tutte le scuole sono concordi. Delle qualità (*safaa*) debbono descriversi tutte quelle, da cui dipende il prezzo della cosa, e dalle quali può essere mutata l'intenzione del compratore; talchè sono *ipso jure* inette a questo contratto quelle cose, nella compra delle quali si ha riguardo all'individuo, come p. e. le cose immobili (*ankar*) e le cose mobili (*mankul*) preziose; come una cosa, un fondo, le grosse gemme; mentre le piccole possono vendersi con anticipazione del prezzo. Ma non possono descriversi le cose, della qualità delle quali non costa, come sarebbero quelle miste ad altre, o che vennero talmente danneggiate dal fuoco da vederne mutata la sostanza.

---

(1) *Abu Chodgia* p. 19. *La vendita di una cosa qualificata nell'istrumento*

(2) *Hisni* f. 116. « *Se la cosa (el musulam fikh) è bene fissata, sia che il genere ne sia concordato, oppure che essa sia stata costata.*

Non però quando solamente si è fatto uso del fuoco per liquefarle secondo il *Navawi*. Tutto questo peraltro non viene osservato dai *Malekiti* (1).

Finalmente è necessario che la cosa (*musallim fi*) sia tale, che possa trovarsi presente a quel momento, in cui nasce nel compratore il diritto ad averla (*hak*) (2); cioè al momento della tradizione; mentre gli *Hanafiti* opinano, che la cosa deve essere presente anche al momento in cui si stipulò il contratto; A torto però, perchè ciò è contrario all'uso di questo modo di vendita; imperocchè i coloni se ne valgono, essendo costretti dal bisogno di vendere i frutti non peranche esistenti, onde poter soddisfare i loro creditori, e pagare le imposte. Qual regola ha questa forza, che non è lecito vendere con anticipazione del prezzo cose, di cui non si sa con certezza, se esisteranno o no al momento della tradizione; come è illecito promettere frutti freschi da consegnarsi in inverno, oppure i frutti di un suo orticello, od i parti di un dato animale, poichè è incerto se esisteranno. È lecito però promettere in genere frutti, parti. ec. perchè il genere non perisce; perciò se non è certo, è però verosimile, che si potranno consegnare nel tempo convenuto. Che se però avviene, che per una grande ed improvvisa calamità, resti diminuito in guisa il genere da divenir raro, il contratto, secondo la migliore opinione, non è viziato *ipso jure*,

---

1 *Chalil ibn Isaq* p. 142 « Il *salam* è permesso nelle sostanze alimentari, che sono state sottoposte alla cozzion; nelle perle, nell'ambra e le pietre preziose.

(2) *Hak X* si dice quando è nato un qualche diritto, cioè se il giorno scade e viene. Cf. *Hisni* f. 118—*Sharh* I p. 319—*Ibn Qasim* p. 93—*Inaja* III p. 96,99 tutte le quali espressioni mancano nel dizionario.

ma il compratore (*rab el mal*) ha la scelta o di aspettare tempi migliori, oppure farsi restituire la moneta; mentre che il venditore (*el musallim ileh*) ha ugualmente il diritto di licenziare il compratore, restituendogli la moneta che ha pagata in anticipazione.

### § Del mutuo (*Kard*)

Al Contratto *salm* si avvicina il mutuo (*Kard*) (1); vale a dire quando il creditore (*mukred*) dà al debitore (*muhr tared*) (2) una certa quantità di cose fungibili (*mal mittli*), per riceverne della stessa quantità e qualità entro un determinato tempo.

E siccome per diritto Musulmano è illecito ogni lucro (*nefaa*), che colui che impresta (*mukred*) può ritirare da simile contratto, così questo è nullo (*batal*) ogni qual volta si stipula senza l'intenzione di farlo in grazia del debitore (*muktared*). Ed intorno a ciò i Giureconsulti sono cotanto scrupolosi, che le loro regole e distinzioni ci appaiono perfino ridicole; Lo che d'altronde si spiega coll'osservare, che in Oriente si ritiene, che la proibizione della usura (*riba*) è di origine divina. Così il contratto è intieramente viziato, quando il creditore stipula a suo favore qualche vantaggio; come p. e. se si fa promettere una cosa di migliore qualità, oppure gli si fa un dono; a meno che i contraenti non siano soliti di farsi mutue donazioni, oppure la donazione non abbia un'altra causa; come sarebbe nel matrimonio.

---

(1) *Katil ibn Ishaq* p. 142— Tutti gli oggetti che è permesso di vendere a termine con anticipazione del prezzo, sono i soli che è permesso di prestare; eccettuata tuttavia la donna schiava, con la quale colui che la prende ad prestito potrebbe lecitamente copulare.

(2). Oppure *mustagrad*.

Vi sono però dei Giuristi che procedono in tal rapporto con minor severità, e che ritengono tali donazioni esser soltanto proibite (*makruh*); erroneamente peraltro, giacchè sebbene si riconosca il diritto di donare, pure in questo caso si offrirebbe una facile occasione di frodare la legge.

Espresso una volta il consenso dalle due parti, è dovere del creditore di rendere il debitore padrone (*tamelick*) della cosa data a mutuo, mediante la tradizione della medesima; la quale non deve esser restituita, che in ordine alla clausola del contratto od alla consuetudine.

Intorno alle cose date deve anco osservarsi, che esse si danno quando si accertano mediante il peso, la misura, o la numerazione; e le regole relative debbono strettamente applicarsi, poichè in caso contrario l'affare riesce intieramente irritato.

Se si danno monete a mutuo, e desse cessano in seguito di aver corso, avvi l'opinione, che debbano darsene in compenso della medesima specie.

È migliore però l'altra opinione, che al creditore debba pagarsi soltanto la stessa quantità di oro e di argento colle nuove monete. Quindi il debitore dovrà corrispondere il valore, che le monete avevano nel giorno del mutuo, o secondo altri nell'ultimo giorno in cui avevano corso.

Passato il tempo stabilito, il debitore deve pagare nel luogo convenuto, e mancando ogni convenzione in proposito, deve pagare nel luogo del contratto: meno il caso che si tratti di moneta coniatata, poichè allora, se nulla è stato convenuto intorno al luogo del pagamento, si può ripetere dovunque si trovi il debitore a piacimento del creditore, giacchè la moneta è cosa che si trova dappertutto.

Del resto il mutuo (*hard*) è soggetto quasi alle stesse regole della compra e vendita; previa però l'osservanza dei principi relativi all'usura: Hanno lungo perciò tutte le *ozioni* oltre quella d'ispezione (*Kiar elruja*); perchè il contratto non può avere per oggetto che le cose fungibili: Tutte le altre condizioni però sia naturali che essenziali di quel contratto sono inerenti indubitabilmente anche a questo.

### § 7. Del contratto di Matrimonio (*Nikkah*)

Quantunque il matrimonio presso gli arabi altro non sia che un contratto *do ut des*, pure in grandissima parte riguarda il diritto delle persone.

E quindi non occorrerà che ne trattiamo distesamente; ma brevemente dimostreremo il perchè lo abbiamo collocato in questo Capitolo; mentre per Gius nostro è soggetto a leggi di gran lunga differenti.

Per quello che riguarda i subietti del contratto è certo, che può stipularlo ognuno che abbia la libera disponibilità dei beni.

Quelli poi che sono interdetti possono stipulare gli sponsali per mezzo del loro tutore od avo, finchè sono minori (*sahir*); se poi sono maggiori (*balge*) ricevono le mogli dai loro curatori, quando il concorso di questi è necessario; lo che anche riguarda l'ufficio del giudice.

I servi vengono collocati in contubernio dal padrone, in guisa tale però che intervenga anche il loro consenso.

La donna si colloca in matrimonio dal padre, dall'avo o dal tutore, anche senza il suo consenso, mentre è vergine (*bahr*); in caso diverso essa deve prestare il suo consenso espressamente. Peraltro le donne non si maritano giammai senza l'intervento del loro tutore, o curatore. Da ciò deriva, che la padrona non può maritare la schiava a suo piacere, ma è necessario che si rivolga al suo curatore, onde intervenga.

I futuri conjugi possono contrarre matrimonio, ed anche il

tutore e coratore, mediante procuratore. Non è lecito però che il tutore o curatore faccia da procuratore per ambedue, eccetto l'avo il quale può unire in matrimonio il nipote e la nipote.

Sebbene alcune persone possano porre in essere ogni altro genere di affari, pure sono inabili a contrarre giuste nozze, come i parenti (1) in linea retta od in linea trasversale fino al terzo grado; come pure quelli che sono in pellegrinaggio (*muhherim*) gli apostati *Murtad*, gli ermafroditi (*Kunsaa*) ed anche gl'infedeli, che non seguono la religione rivelata.

Quindi richiedesi, che i contraenti siano uguali in posizione (*Kufh*) sia per la bellezza, la famiglia, la religione ecc. ecc. ; senza di che nessun tutore può fare le nozze, e nessuna donzella può esser costretta a contrarle. Se peraltro manca il consenso di uno di loro, e nonostante la ragazza contrae simili nozze, i Giuristi discordano tra loro circa la validità di tal matrimonio ; giacchè alcuni dicono il contratto irritato, ed altri sostengono esser proibito soltanto.

La forma del matrimonio consiste nell'offerta (*igiab*) e nell'accettazione (*Habul*) fatta d'avanti due testimonii d'integra fama. Il consenso può anche prestarsi sotto condizioni, che non siano contro i buoni costumi ; Ma per gli Arabi i buoni costumi differiscono essenzialmente da quello che noi intendiamo.

Quanto alle *ozioni* è inerente al contratto solo quella per vizi (*Kiar-el-aib keib*) ; ed i vizi sono quelli stessi, di cui già parlammo, quando trattammo della vendita dei servi. Tutte le altre *ozioni* invece sono interamente escluse.

Nel contratto di matrimonio il marito deve fare alla moglie una donazione *propter nuptias* (*sadaka, makr*), e questa il più delle volte si stabilisce avanti il matrimonio (*al makr el mussamma*) ; ma può anche stabilirsi dopo ; in tal caso però non trovandosi d'ac-

---

(1) Cognato e cognata si dicono *Assaba* plur—*Assabat*.

cordo le parti il giudice deve fissarla, avuto riguardo alle danazioni che ricevertero le parenti *assabat* della moglie (*el makr el mill*); Non vi è però un massimo od un minimo per questa donazione *propter nuptias*, la quale deve darsi in ragione della condizione delle parti. (1)

Questa donazione (*Makr*) può consistere in un regalo, una obbligazione, oppure una liberazione contratta sia puramente, sia a termine, o sotto condizione. Il dominio della cosa donata si acquista della sposa appena che è stata promessa; Di che è impossibile dir la ragione, mentre il diritto di disporne nasce (*tasarruf*) solo al momento della tradizione *kabbad*; Nelle donazioni poi avanti le nozze il diritto della sposa diviene solo irrevocabile, quando il matrimonio sia accaduto, oppure il marito sia morto in precedenza. Se il marito vuol licenziare la sposa prima delle nozze deve rilasciarle la metà della donazione; la sposa può allontanarsi dallo sposo quando renunzi intieramente alla donazione.

Le cose procedono diversamente dopo il matrimonio; allora il marito può sempre repudiare la moglie. La quale invece non può senza il consenso del marito ottenere il divorzio (*Keulu*) se prima non offre un dono (*Eruad*). Se ambedue i conjugi hanno la libera disposizione dei loro beni, possono liberamente concludere un tale affare; in caso diverso occorre l'intervento del curatore, che però non deve consigliarlo.

**FINE.**

---

(1) *Makr* e *Sadaka* hanno lo stesso significato; e la sola differenza è che il primo trovasi nella tradizione (*sunnu*), e l'altro nel Corano. Non è necessario il confutare la traduzione assurda che se ne dà nel Dizionario, ove si chiama dote. Mentre la dote è quella che si dà da parte della moglie al marito per sostenere gli oneri matrimoniali, ed invece il *makr* è la donazione che fa il marito in compenso dell'uso della ragazza.















HARVARD LAW LIBRARY  
Digitized by Google

