



diritto & religioni

Semestrale
Anno VII - n. 1-2012
gennaio-giugno

ISSN 1970-5301

13



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno VII - n. 1-2012
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, P. Consorti, G. Dammacco, F. Di Donato, P. Di Marzio, F. Falchi, M. C. Folliero, A. Fuccillo, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, A. Zanotti, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, F. Facchini
A. Bettetini, G. Lo Castro
P. Colella, A. Vincenzo
M. Jasonni, L. Musselli
G.J. Kaczyński
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile

Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
L. Barbieri, Raffaele Santoro,
Roberta Santoro
F. Balsamo
S. Testa Bappenheim
F. Falanga
A. Guarino

Parte III

SETTORI

Lecture, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

Comitato dei referees

Prof. Andrea Bettetini - Prof.ssa Geraldina Boni - Prof. Salvatore Bordonali - Prof. Orazio Condorelli - Prof. Pierluigi Consorti - Prof. Raffaele Coppola - Prof. Pasquale De Sena - Prof. Saverio Di Bella - Prof. Francesco Di Donato - Prof. Olivier Echappè - Prof. Nicola Fiorita - Prof. Antonio Fucillo - Prof. Federico Aznar Gil - Prof. Iván Ibán - Prof. Pietro Lo Iacono - Prof. Dario Luongo - Prof. Agustin Motilla - Prof. Salvatore Prisco - Prof. Patrick Valdrini - Prof. Gian Battista Varnier - Prof. Carmela Ventrella - Prof. Marco Ventura

Cultural offences *nel diritto islamico*

VASCO FRONZONI

Per il giurista, le dinamiche della globalizzazione, degli scambi economici, dei flussi migratori e delle osmosi culturali che delineano l'epoca contemporanea, sul piano del diritto sono caratterizzate dalla fioritura degli studi comparatistici, non tanto dal punto di vista del modello di riferimento quanto, soprattutto, per ciò che attiene i punti comuni e le specifiche similitudini. L'approfondimento tuttavia, deve essere sempre fatto in corrispondenza biunivoca e mai parziale. Dal momento che, con la tendenza verso il "villaggio globale", le nuove tecnologie hanno di fatto abbattuto ogni sorta di confine geo-politico, di culture e di mercati, e risulta quindi imprescindibile conoscere e comprendere questo nuovo e dinamico universo sociologico, tale esigenza è strettamente collegata alla necessità di interagire con un mondo così strutturato, nella duplice direzione della reciproca integrazione socio-giuridica, oltre che sul piano economico, dell'imprenditoria e del commercio. Difatti, in questo particolare momento storico, che vede in crescita le tensioni internazionali e la pericolosa contrapposizione tra "blocchi di civiltà", ed in un periodo di crisi economica contingente ed universale, le tendenze verso gli scambi e le relazioni interculturali rischiano di essere svilite ed annullate. Per scongiurare questa incognita, il rafforzamento della consapevolezza reciproca, da un lato sotto l'aspetto delle conferenze interculturali e, dall'altro, mediante la convergenza degli indirizzi giuridici e delle politiche criminali, si rende come detto necessario, poiché solo la conoscenza è in grado di abbattere la diffidenza e di consentire l'integrazione.

L'oggetto di questo breve saggio nasce dalla riflessione attorno ad una lacuna nella ricerca, mancanza assai poco culturalmente e politicamente corretta: in tema di comparazione giuridica tra sistemi penali islamico e di tipo occidentale, l'attenzione della dottrina degli addetti ai lavori si rivolge in maniera crescente a verificare le ricadute della motivazione culturale "islamica" negli ordinamenti giuridici di tipo occidentale, in maniera tuttavia unidirezionale, senza che nessun autore si sia attivato, se non altro per bi-

lanciare i piatti comparativi contrapposti, a sondare la portata delle *cultural offences* nella sfera giuridica musulmana. Il presente studio si indirizza quindi ad approfondire i risvolti dei rapporti tra credenti e non credenti sul piano della giurisdizione islamica, soprattutto in riferimento a quelle fattispecie che, per la loro strutturazione ontologica, più specificamente (e frequentemente) si prestano ad essere integrate dai non musulmani.

A tutta prima, la dissertazione potrebbe apparire teorica e poco foriera di aspetti concreti o di connotati di attualità. Tuttavia, le situazioni in esame possono senza difficoltà emergere dalla nebbia del medioevo islamico e ben modularsi alla realtà dei nostri giorni, in cui il contrasto sociale, interno ed esterno, innescato dal catalizzatore delle società multiculturali e pluriconfessionali, monta fino a raggiungere livelli di guardia.

La coesistenza di culture diverse sul territorio di un medesimo Stato pone, come è noto, problemi di convivenza a livello sociale che si ripercuotono inevitabilmente sulla sfera giuridica, e quindi anche sul piano penale. Proprio in ambito penale, anzi, la difficoltà di conciliare concezioni della vita e del bene differenti si manifesta in forma più marcata, in quanto al sistema penale è generalmente riconosciuta la funzione di sanzionare specificamente (ed esclusivamente) le violazioni dei beni giuridici ritenuti fondamentali ed irrinunciabili (ad esempio la vita, l'integrità fisica, o la libertà individuale) ed imprescindibili per una convivenza pacifica. Per riferirsi ai condizionamenti di carattere culturale che possono caratterizzare reati commessi da persone appartenenti a mondi diversi da quello che informa il sistema penale dello Stato nel quale vivono, in dottrina si fa ricorso alla categoria dei "reati culturali" (*cultural offences*), detti anche "reati culturalmente orientati", o con espressione meno ambigua "reati culturalmente motivati" ovvero, quando ci si riferisce alle attenuanti e/o scriminanti, si ricorre alla "eccezione etnica". Una chiara identificazione e una brillante delimitazione di ambito, porta a dire che "*...con una formula sintetica, che vale nei limiti generali in cui vanno sempre accolte definizioni con pretese macro-esplicative, ci si trova in particolare a confrontare un humus ideale che identifica (...) diritti ritenuti coesenziali alla persona singola come tale con altri approcci sistematico-ricostruttivi della tematica, che fanno piuttosto dipendere i diritti dell'appartenenza a gruppi*".¹ Tra i reati culturalmente motivati non rientra qualunque reato commesso da

¹ Così, SALVATORE PRISCO, *I modelli istituzionali di integrazione musulmana in Europa e il caso dell' "Islam italiano"*, in AGOSTINO CILARDO, *La tutela dei minori di cultura islamica nell'area mediterranea. Aspetti sociali, giuridici e medici*, E.S.I., Napoli, 2011, p. 75, saggio cui si rinvia per interessanti approfondimenti.

persone che appartengono a gruppi la cui estrazione culturale si differenzia da quella dominante che modella il sistema penale dello Stato. Possono qualificarsi come culturalmente motivate soltanto quelle fattispecie concrete nelle quali l'agente abbia infranto la legge penale proprio per la convinzione di aver agito conformemente alle norme giuridiche, alle tradizioni sociali o ai precetti morali del proprio gruppo culturale d'appartenenza. Quindi, perché un reato possa dirsi culturalmente motivato, è necessario che la condotta delittuosa risulti giuridicamente, socialmente e moralmente lecita per la matrice culturale di appartenenza del soggetto, e che quest'ultimo abbia in effetti commesso il reato a causa dei condizionamenti esercitati dalla propria cultura.²

La maggior parte dei moderni Stati nazionali, soprattutto in occidente, si basano su un diffuso concetto di laicità, inteso non quale aprioristico rifiuto di ogni valenza attribuita all'ambito culturale, quanto piuttosto come paritetico atteggiamento nei confronti di ogni confessione religiosa riconosciuta come tale, come istanza di uguale rispetto, da parte dei pubblici poteri, delle diverse opzioni spirituali che convivono in una democrazia pluralistica matura, il che implica al tempo stesso attenzione ai nuovi profili della libertà di coscienza individuale.³ Partendo da questa premessa, ed occupandoci di qui a poco delle fattispecie di sangue e di quelle contro la morale nel diritto islamico, risulta ben evidente come il valore aggiunto della motivazione culturale certamente si innesta nelle violazioni della morale islamica, laddove in un sistema giuridico

² Si vedano, tra gli altri ed anche in chiave comparativa: FABIO BASILE, *Immigrazione e reati culturalmente motivati*, Giuffrè, Milano, 2010; ALESSANDRO BERNARDI, "Minoranze culturali e diritto penale", in *Diritto penale e processo*, X (2005), pp. 1193-1201; ALESSANDRO BERNARDI, *Modelli penali e società multiculturali*, Giappichelli, Torino, 2006; ALESSANDRO BERNARDI, "L'ondivaga rilevanza penale del «fattore culturale» in *Politica del diritto*, XXXVIII (2007), n. 1, pp. 3-48; MARTIN GOLDING, "The Cultural Defense", in *Ratio Juris*, XV (2002), n. 2, pp. 146-158; MARIE CLAIRE FLOBETS, "Les délits culturels: de la répercussion des conflits de culture sur la conduite délinquante. Réflexions sur l'apport de l'anthropologie du droit à un débat contemporain", in *Droit et Culture*, XXXV (1998), pp. 195-222; DORIANE LAMBELET COLEMAN, "Individualizing Justice through Multiculturalism: the Liberals' Dilemma", in *Columbia Law Review*, V (1996), pp. 1093-1167; LUCA MONTICELLI, "Le «cultural defense» (esimenti culturali) e i reati «culturalmente orientati». Possibili divergenze tra pluralismo culturale e sistema penale", in *Indice penale*, VI (2003), n. 2, pp. 535-585; BALDASSARE PASTORE, "Multiculturalismo e processo penale", in *Cassazione penale*, IX (2006), pp. 3030-3046; ANNE PHILLIPS, "When Culture Means Gender: Issue of Cultural Defence in the English Courts", in *The Modern Law Review*, LXVI (2003), pp. 510-531; DAMIAN SIKORA, "Differing Cultures, Differing Culpabilities? A Sensible Alternative: Using Cultural Circumstances as a Mitigating Factor in Sentencing", in *Ohio State Law Journal*, LXII (2001) pp. 1695-1738; LETI VOLPP, *Cultural Defenses in the Criminal legal System*, consultabile alla URL www.vawnet.org/Assoc_Files_VAWnet/Volpp.pdf; JEROEN VAN BROECK, "Cultural Defence and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)", in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, IX (2001), pp. 1-32;

³ Così SALVATORE PRISCO, "Il principio di laicità nella recente giurisprudenza", in *Diritto e Religioni*, II (2007), n. 2, p. 250

diverso ed in riferimento alle condotte di omicidio e lesioni, può non essere sempre presente.

Il principio di uguaglianza è fortemente sentito nell'islām. La legislazione islamica è interamente fondata sul principio della promozione della giustizia e repressione dell'ingiustizia,⁴ che si ritrova trasversalmente in tutta la *šarī'a*; questo principio è posto come fondamento di ogni azione umana e viene concepito come un dovere collettivo di ogni credente. Anche il capo dello Stato o gli ufficiali governativi sono ugualmente responsabili, come tutti gli altri credenti, di fronte alla legge e non vi è spazio per l'arbitrio o per le prerogative ed i privilegi di singoli o gruppi. L'indipendenza del *qāḍī* rispetto all'*imām* anche in questo caso è sintomo di garanzia per la collettività, poiché impone l'osservanza della legge anche per il capo dello Stato islamico, ponendo egli essere perseguito come tutti i credenti in caso di sua inosservanza dei precetti giuridici.⁵

Del resto, è interessante rimarcare come il termine utilizzato dalla lingua araba per designare il concetto di giustizia, *'adl*, ha parimenti il significato di uguaglianza ed equanimità,⁶ e ciò è indicativo del valore sociale della giustizia nel mondo islamico.⁷ La *šarī'a* è una legge religiosa unica, che ha valenza per tutti gli esseri umani senza discriminazione per censo o per ruolo, sesso, razza e condizione; essa è integralmente giusta, caritatevole e saggia⁸: *“this law admits of no difference between man and man except in faith and religion. Those religious and social system and political and cultural ideologies which differentiate between men on grounds of race, country, or color, can never become universal creeds or world ideologies for the simple reason that one belonging to a certain race cannot get transformed into another race, one born in a certain country cannot tear asunder his entity from that place, nor can the whole world condense into one country, and the color of a negro, a Chinese and a white man cannot be changed. Such ideologies and social systems*

⁴ Tra altri passi coranici, si veda “*E si formi da voi una nazione di uomini che invitano al bene, che promuovono l'ingiustizia impediscono l'ingiustizia*” (Cor III:104); “*Voi siete la migliore nazione mai suscitata fra gli uomini: promuovete la giustizia, impedita l'ingiustizia e credete in Dio*” (Cor III:110). Per il Corano, si fa riferimento a ALESSANDRO BAUSANI, *Il Corano*, (Introduzione, traduzione e commento a cura di), BUR-Radici, Milano, 2007.

⁵ ERSILIA FRANCESCA, *Il Principe e I Saggi. Potere e giustizia nel medioevo islamico*, Polimettrica, Monza, 2005, p. 137.

⁶ RENATO TRAINI, *Vocabolario arabo-italiano*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2004, p. 898.

⁷ Per approfondimenti, si rinvia a MASSID KHADDURI, *The islamic conception of Justice*, The Johns Hopkins, University Press, Baltimore and London, 1984.

⁸ SALĪH AL-DĪN AL-MUNADJID, *Le Concept de justice sociale en Islam ou la société islamique à l'ombre de la justice*, Publisud, Paris, 1982, p. 37.

must remain confined to one race, country or community. They are bound to be narrow, limited, and nationalistic, and cannot become universal. Islam, on the other hand, is a universal ideology. Any person who declares belief in La ilaha illallah Mubammad-ur-Rasulullah enter the pale of Islam and entitles himself to the same rights as those of other Muslims. Islam makes no discrimination on the basis of race, country, color, language or the like. Its appeal is to the entire humanity and it admits of no narrow-minded discriminations”.⁹ Il principio di universalità della giustizia viene quindi codificato come ordine regolatore dell’assetto e della coesione sociale, in assenza del quale si determinerebbe la disgregazione della comunità, a causa delle ingiuste disparità di trattamento che verrebbero a crearsi.

Il concetto di uguaglianza davanti alla legge si concretizza in un paritetico trattamento per tutti gli appartenenti alla comunità islamica e si estende fino al punto da valere anche per i non musulmani residenti temporaneamente, come i *musta’min*, o stabilmente, come i *ḍimmī*,¹⁰ nella *dār al-islām*, ai quali vengono riconosciuti, similmente agli appartenenti alla *umma*, benefici ed oneri.¹¹

Storicamente, in linea generale si può facilmente intendere come il concetto di eguaglianza e giustizia sociale dell’islām si estendeva anche ai tributari i quali, vivendo all’interno della comunità islamica, appartenevano di fatto alla stessa ed erano per l’effetto assoggettati alle norme di diritto islamico per ogni comportamento del vivere civile, escluse le specifiche questioni riguardanti le situazioni interconfessionali. Quindi, ed a titolo di esempio, un ladro veniva punito con la corrispondente pena legale prevista dal diritto islamico¹² indipendentemente dal credo professato, in quanto il comportamento antiggiuridico non era aggettivato da condizionamenti inerenti l’appartenenza religiosa ma

⁹ Così ABDUL Ā‘LA MAWDŪDĪ, *Towards understanding Islam*, Al Faisal Press, Kuwait City, 1989, pp. 133-134.

¹⁰ Per una differenziazione tra l’*amān* e la *ḍimma*, si veda AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, pp. 72 e ss.

¹¹ La letteratura sui rapporti tra musulmani e protetti è vasta. In particolare per ciò che concerne la giurisdizione, si veda AA.VV., *Early muslim polemic against christianity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; MARK COHEN, *Under crescent and cross. The Jews in the Middle Ages*, Princeton University press, Princeton, 1994; ANTOINE FAITAL, *Statut le gal des non-musulmans en pays d’Islam, Dār al-Mašreq*, Beirut, 1995; YOHANAN FRIEDMANN, *Tolerance and coercion in islam*, Cambridge University press, Cambridge, 2003; IBN TAYMIYYA, traduzione francese di JEAN MICHOT, *Lettre à un roi croisé*, Academia Tawid, Lyon, 1995; ROBERT SPENCER, *The myth of Islamic tolerance. How Islamic law treats non-muslims*, Prometheus Book, New York, 2005; DAVID THOMAS-BARBARA ROGGEA, *Christian-Muslim relations. A bibliographical history*, Brill, Leiden, 2009.

¹² La punizione per *sariqa* prevedeva l’amputazione della mano destra per gli incensurati, poi del piede sinistro per i recidivi e infine, per i delinquenti plurirecidivi, l’imprigionamento fino a manifestazioni concrete di resipiscenza.

riguardava il suo vivere in una specifica comunità di consociati e secondo regole prestabilite. Di contro, il non musulmano che si ubriacava, non veniva sottoposto alla corrispondente pena legale prevista per il credente, poiché non era tenuto ad osservare quelle specifiche prescrizioni alimentari dettate dalla fede musulmana.¹³

Ma chi erano i *dimmi* e cosa prevedeva l'accordo di protezione della *dimma*? essi erano a tutti gli effetti residenti permanenti della *dār al-islām*, appartenenti quindi allo Stato islamico (anche se non considerati cittadini),¹⁴ la cui religione era fondata su uno dei libri sacri riconosciuti (antico o nuovo testamento) ed anche per questo venivano definiti quali appartenenti alla gente del Libro; erano anche chiamati tributari, cioè sottoposti alla tassa di capitazione della *ğizya*.¹⁵ In sostanza essi erano tutti i residenti stabili all'interno della *umma islāmiyya* che non professavano l'islām ma erano pur sempre monoteisti, ovverosia ebrei, cristiani, e poi sabei, zoroastriani e fin'anche i samaritani e i mazdei.¹⁶ L'accordo di protezione implicava diritti e doveri. Al cristiano e all'ebreo veniva consentito di risiedere in maniera stabile nel territorio islamico, godendo di una inviolabilità della propria persona e dei propri beni alla stregua dei musulmani. A fronte di una generica obbedienza all'autorità islamica, in campo religioso veniva loro riconosciuta una piena libertà di culto, potendo professare la propria fede senza costrizione o obbligo di conversione, a condizione di accettare delle restrizioni relative alla costruzione di sinagoghe o chiese (con esplicito divieto di ristrutturazione degli edifici adibiti al culto danneggiati o caduti in rovina);¹⁷ d'altronde, le pratiche liturgiche del proprio culto non dovevano professarsi in pubblico (anzi, in

¹³ La punizione per l'assunzione di *hamr* (nella tradizione, per estensione analogica veniva equiparata al vino ogni sostanza inebriante) è di 80 frustate.

¹⁴ Così, AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., p. 73.

¹⁵ " Cor IX:29: "Combattetete coloro che non credono in Dio e nel Giorno Eterno, e che non ritengono illecito quel che Dio e il Suo Messaggero han dichiarato illecito, e coloro, fra coloro cui fu data la Scrittura, che non s'attengono alla Religione della Verità. Combatteteli finché non paghino il tributo uno per uno, umiliati". In dottrina, è discussa la natura giuridica della tassa di capitazione, con interpretazione che vanno dalla sua titolazione quale pagamento per la protezione ricevuta dai musulmani, fino all'inquadramento di pena pecuniaria imposta sui non musulmani per il loro rifiuto di abbracciare l'islām; sul punto, DAVID FREIDENREICH, *Christians in early and classical Sunni law*, in DAVID THOMAS-BARBARA ROGGEMA, *Christian-Muslim relations. A bibliographical history*, cit., I, p. 103.

¹⁶ Sul modo in cui le autorità sannite hanno classificato i tributari, si veda YOHANAN FRIEDMANN, "Classification of unbelievers in Sunni Muslim law and tradition", in *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, XXII (1998), pp. 163-195.

¹⁷ Sullo specifico punto si veda ANTOINE FATTAL, *Statut le gal des non-musulmans en pays d'Islam*, cit., pp. 174 e ss.

privato),¹⁸ in luoghi definiti e con modalità tali da non disturbare l'etica islamica (ad esempio, andava evitato un suono troppo elevato o insistente delle campane). Era altresì proibita ogni forma di critica della fede musulmana, mentre al musulmano veniva consentito di criticare la fede cristiana o ebraica.¹⁹ I protetti avevano diritto di libera circolazione in tutta la *dār al-islām* eccetto che nei luoghi santi e nel territorio dell'*Hiğāz*. I *ḍimmī* erano soggetti all'autorità dello Stato islamico anche per le questioni inerenti l'ordine pubblico e venivano protetti dalle autorità islamiche contro eventuali attacchi interni e dall'esercito musulmano rispetto alle aggressioni esterne. Infine, i protetti non erano obbligati alla coscrizione militare (anche se potevano combattere nelle fila dell'esercito musulmano su base volontaria e partecipare persino alla suddivisione del bottino di guerra).

Tuttavia, a fronte di specifici diritti, per i protetti erano previsti precisi doveri regolamentati su base islamica.

Era loro negata la possibilità di sposare una musulmana, mentre il credente poteva sposare fino a quattro donne cristiane o ebreo. I figli nati da un matrimonio misto, quindi quello tra un musulmano ed una donna "del Libro", nascevano e crescevano necessariamente da musulmani. Nell'ambito ereditario, ogni comunità religiosa applicava le proprie regole, ma il diritto islamico proibiva la trasmissione dei diritti ereditari tra persone appartenenti a confessioni religiose diverse: la sposa cristiana o ebrea non aveva vocazione ereditaria nei confronti del marito musulmano o dei propri figli defunti. Parimenti, il marito ed i figli non ereditavano dalla donna tributaria.²⁰ Per quanto riguarda la sfera della libera determinazione in senso religioso, il cristiano poteva sempre diventare musulmano, mentre al credente era fermamente vietato abbandonare l'*islām*, pena l'integrazione del reato di apostasia e quindi, se nei tre giorni successivi non fosse intervenuto un ripensamento, la morte.²¹ Sul piano processuale, la testimonianza dei *ḍimmī* non aveva la

¹⁸ La prescrizione di dettaglio la sostiene DAVID FREIDENREICH, *Christians in early and classical Sunni law*, cit., I, p. 102.

¹⁹ Queste disposizioni normative, per alcuni autori non devono essere inquadrate in una civile regolamentazione dei diritti e doveri dei protetti, ma interpretate quali vere e proprie vessazioni, tese a impoverire (con la tassa di capitazione), umiliare ed assicurare lo stato di inferiorità di quelle comunità, anche al fine di provocare una conversione. Così, MARK DURIE, "Islam and the *dhimma* pact", in *National Observer*, 2010, n. 82, p. 10.

²⁰ In generale, sul diritto ereditario islamico si rinvia a AGOSTINO CILARDO, *Diritto ereditario islamico delle scuole giuridiche sunnite (ḥanafita, mālikita, šāfi'ita e ḥanbalita) e delle scuole giuridiche zaydita, zāhirita e ibādita*, Istituto per l'Oriente, Roma-Napoli, 1994.

²¹ Per maggiori ragguagli, SENU ABDUL RAHMAN, *Punishment of apostasy in Islam*, Kitab Bhavan, New Delhi, 2006.

stessa valenza di quella di un musulmano e, laddove ad essere sotto processo era un musulmano, essa non aveva alcun valore;²² su tale specifico punto, per alcuni autori sussisteva un divieto espresso di testimonianza.²³ In riferimento alla *diyya*,²⁴ il prezzo risarcitorio dovuto per il sangue versato da un protetto a seguito di fatti di sangue (omicidio o lesioni) era certamente inferiore rispetto a quello dovuto per il sangue versato da un credente (vedasi *infra*). Un non musulmano non poteva esercitare alcuna forma di autorità, a qualunque titolo, su un musulmano. Inoltre, ai tributari non era consentito di erigere costruzioni più alte di quelle dei musulmani. Qualora poi si fossero trovati ad occupare abitazioni già costruite in maniera tale che la loro dimora si sarebbe così trovata ad una altezza superiore rispetto a quella dei vicini musulmani, avrebbero avuto divieto di affaccio e di passaggio da una abitazione all'altra. Essi dovevano ostentare in pubblico segni distintivi della loro condizione, dovevano montare specifiche cavalcature (asini o muli, ma non cavalli) ed era fatto loro espresso divieto di parlare apertamente di questioni religiose. Di contro, i musulmani non potevano ingiuriarli, cagionare loro lesioni personali o danneggiare i loro beni, né fare loro torto alcuno. Qualora il protetto possedeva terre nel territorio islamico, era tenuto al pagamento della imposta fondiaria. Infine, il *ḍimmī* era assoggettato ad alcune regole comportamentali, dovendo evitare di assumere pubblicamente gli alimenti e le bevande vietati ai musulmani e, più in generale, dovendo evitare ogni comportamento che potesse scandalizzare i musulmani. Era compito del *muḥtasib* vigilare all'interno delle città e dei quartieri sull'osservanza di queste disposizioni.²⁵

Nel Corano è riportato: “*Esclusi quei pagani con i quali avete stretto un patto e che in nulla hanno poi mancato contro di voi, né prestato soccorso contro di voi ad alcuno. Osservate fino all'ultimo, allora, il patto con loro, fino al termine prestabilito, poiché Dio ama quelli che lo temono*” “*quando poi vi saranno trascorsi i mesi sacri, uccidete gli idolatri dovunque li troviate, prendeteli, circondateli, appostateli ovunque e imboscate. Se poi si convertono e compiono la preghiera e pagano la decima, lasciala di andare, poiché Dio è indulgente*

²² Si veda SENU ABDUL RAHMAN, *Witnesses in islamic law of evidence*, Pelanduk, Selangor, 1999, pp. 82 e ss.

²³ Cfr. LOUIS MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 592.

²⁴ Su tale istituto, si veda IBN BAHANSY, *Al-diya fi'l-šarī'a al-islāmiyya, Dār al-šurūq*, Cairo, 1984.

²⁵ Cfr. ABU AL-HASAN AL-MUḤTASIB AL-WARDI, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Halābi, Cairo, 1966, traduzione francese di EDMOND FAGNAN, *Les statuts gouvernementaux ou règles de droit public et administratif*, Editions du patrimoine arabe et islamique, Beyrut, 1982, p. 548.

clemente” (Cor IX:4-5). L’analisi esegetica di questi versetti, ha fatto dedurre ai giuristi classici che i tributari avevano il diritto di vivere in maniera libera e pacifica all’interno della comunità musulmana, senza doversi preoccupare delle divergenze di fede che li separavano dal gruppo dominante. Inoltre, le autorità religiose di queste comunità si vedevano riconosciuto il diritto di applicare le leggi che Dio aveva trasmesso loro tramite i Profeti precedenti. Infatti, veniva loro riconosciuto il privilegio di ricorrere alle proprie autorità giurisdizionali (non erano di conseguenza sottoposti alla legge islamica) per ogni questione inerente il diritto di famiglia e lo statuto personale (quindi, per situazioni interconfessionali), mentre venivano sottoposti alle disposizioni della *šarī’a* solo in riferimento alle loro relazioni con i musulmani o per questioni inerenti lo Stato. Il sistema che garantiva l’applicazione di proprie regole all’interno delle singole comunità, oltre ad assicurare l’ordine pubblico, consentiva alla *umma* di affermare in maniera più incisiva la propria identità.²⁶ Ogni gruppo confessionale aveva così i propri tribunali (perlopiù in chiese e sinagoghe) e le proprie leggi per le questioni riferite allo statuto personale, ovvero successioni, proprietà e diritti reali, non di competenza delle istituzioni islamiche.²⁷ D’altronde, quando un credente musulmano era parte di un processo ove la controparte era costituita da un tributario, era il giudice musulmano unico competente a giudicare e lo faceva adottando la legge islamica.²⁸ Così, ogni qualvolta nascevano situazioni giudiziarie tra individui appartenenti a comunità religiose differenti, benché residenti nello stesso contesto sociale e territoriale, veniva imposta senza alternative la *šarī’a*. Ugualmente, veniva applicata la legge islamica ai tributari ogni qualvolta essi, rinunciando alle norme ed alla giurisdizione della propria confessione, espressamente lo richiedevano.²⁹

²⁶ In tal senso, ARIETTA PAPAConstantinou, “Confrontation, Interaction and the Formation of the early Islamic Oikoumene” in *Revue des études byzantines*, LXXXIII (2005), p. 174.

²⁷ In particolare, si veda Cor V:42-50. Per un commento tematico di questi passaggi del Libro sacro si rimanda a SAMI ALDEEB ABU -SAHLIEH, *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, pp. 86 e 87.

²⁸ *Ivi*, p. 553.

²⁹ L’attivazione di tale forma di giurisdizione concorrente, da parte dei tributari che decidevano di ricorrere alla legge musulmana, non era un fenomeno raro; cfr. ABU AL-HASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese cit., p. 307. Si pensi anche al caso emblematico di Mā’iz, in tema di *zinā*, trattato *infra*.

Le fattispecie di sangue

In riferimento alle condotte di omicidio e lesioni, come visto esse non danno luogo alle pene fisse previste nel Corano. Gli effetti giuridici di tali reati dipendono dall'intenzione del soggetto al momento della commissione del fatto. Vi sarà l'applicazione del taglione, in presenza di intenzione e volontarietà dell'atto, laddove si darà luogo al pagamento del prezzo del sangue, in caso di colpa. Alcune scuole giuridiche, eccezion fatta per i mālikiti, riconoscono una categoria intermedia tra dolo e colpa, che dà luogo al pagamento del prezzo del sangue più elevato.

La legge islamica ha così operato una distinzione rispetto alla volontà del reo, prevedendo che ogni qualvolta vi sia stata l'intenzione di conseguire quel preciso evento, viene attivata la pena del taglione. La traduzione letterale del termine *qiṣāṣ* fornisce l'opzione di: rappresaglia, taglione, punizione, castigo, saldo, pagamento; ciò sta ad indicare, in ogni caso, la prestazione dell'obbligazione nascente da reato doloso ed assolve ad un tempo funzione deterrente. Esso verrà applicato soltanto nei confronti dell'autore del reato e non anche (come accadeva in epoca pre-islamica prima della regolamentazione della vendetta privata) ad un appartenente alla sua '*āqila*, il suo piccolo gruppo tribale; in presenza della coscienza e volontarietà dell'evento verificatosi ed unicamente in seguito ad una pronuncia giudiziale.

Qualora viceversa l'evento sia colposo o anche preterintenzionale, la pena prevista è quella di una composizione pecuniaria, accompagnata, in caso di omicidio, da una sanzione espiatoria religiosa. Tuttavia, l'esatto ammontare della *diyya* non è del tutto pacifico in dottrina. Secondo i giuristi mālikiti e ḥanbaliti il prezzo del sangue dovuto quando la vittima è un cristiano o un ebreo ammonta a 4,000 o 6,000 *dirhams*, mentre quando la vittima è uno zoroastriano o un altro tipo di non musulmano, l'ammontare della *diyya* è di 800 *dirhams*, parametrati all'ammontare di 12,000 *dirhams* corrispondente al prezzo del sangue ordinario per un musulmano;³⁰ altri giuristi ritengono che il prezzo sia equiparato, in considerazione del contratto di protezione; altri ancora, come Ibn Ḥazm, asseriscono che nessun prezzo del sangue sarà dovuto allorquando la vittima sia un tributario).³¹

Per quanto riguarda l'omicidio, il *qatl*, nella difficoltà di stabilire lo stato mentale di una persona al momento dell'atto, per determinare la presenza

³⁰ LOUIS MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, cit., p. 592.

³¹ Per approfondimenti, DAVID FREIDENREICH, *Christians in early and classical Sunnī law*, cit., I, p. 110.

di volontarietà e quindi il grado di responsabilità, i giuristi classici hanno elaborato una serie di criteri, principalmente orientati alla verifica della idoneità del mezzo utilizzato. La naturale destinazione (arma propria o impropria) e la maggiore o minore offensività dell'oggetto utilizzato, per esempio, vanno a costituire uno dei parametri valutativi della dolo o colposità dell'omicidio stesso. Nella *šarī'a*, ciò che costituisce l'asse portante di ogni ragionamento giuridico è l'intenzione, tanto in ambito contrattuale quanto in tema di omicidio, ed essa rileva dal foro interiore, dall'interno volere. Ecco perché l'impiego di un'arma mortale costituisce una conferma ed un riscontro alla intenzionalità dell'atto omicidiario.³² Diversi sono i criteri adottati dalle varie scuole giuridiche. In effetti, sul punto sembra maggiormente calzante quello utilizzato delle scuole *šāfi'īta* e *ḥanbalīta*, in base al quale vi sarà dolo, se l'autore ha ricercato sia l'atto che il suo effetto; la condotta sarà quindi semi-intenzionale (una sorta di preterintenzionalità) qualora sia stato voluto solo l'atto, ma non l'effetto; si avrà infine colpa, allorquando l'autore non ha voluto compiere l'atto né ha auspicato il realizzarsi dell'evento.³³

Il referente coranico dell'omicidio doloso è: *“O voi che credete! In materia di omicidio è prescritta la legge del taglione: libero per libero, schiavo per schiavo, donna per donna; quanto a colui di cui venga condonata la pena dal suo fratello si proceda verso di lui con dolcezza; ma paghi un tanto, con gentilezza, all'offeso. Con questo il vostro Signore ha voluto misericordiosamente alleggerire le precedenti sanzioni; ma chi dopo tutto questo, trasgredisca alla legge, avrà castigo cocente”* (Cor II:178).

Ma cosa succede se nell'omicidio viene coinvolto un non musulmano?

Poiché una delle condizioni perché il reato sia integrato è quella che il delinquente sia sottomettibile alla legge islamica, quando l'assassino è un *kāfir*, ossia un infedele non tributario proveniente quindi dalla *dār al-ḥarb*, le regole dell'omicidio intenzionale non potranno essere applicate. Ciò non significa che il colpevole resterà impunito; potrà essere messo a morte dall'*imām* o dai familiari della vittima, ma non a titolo di *qiṣās*, bensì perché la sua vita è *“une chose mubāḥ, que l'on peut supprimer à son gré sans s'obliger à aucune sanction divine ou humaine”*.³⁴

³² Cfr. BRINKLEY MESSICK, “L'écriture en procès : les récits d'un meurtre devant un tribunal *shar'ī*”, in *Droit et Société*, XXXIX (1998) pp. 237-256.

³³ Per approfondimenti sui criteri selettivi, si rimanda a RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in Islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 43.

³⁴ Così LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., p. 4.

In caso di omicidio tra appartenenti alla *dār al-islām*, di contro, le situazioni mutano.

Qualora l'autore del reato sia un tributario, si dovrebbero seguire le stesse regole applicabili al colpevole musulmano. Quando invece è il tributario (sia esso *musta'min*, o *dimmi*) vittima del fatto di sangue, godendo della protezione garantita dalla legge islamica, dovrebbero poter valere le regole ordinarie.

Tuttavia, perché il taglione sia applicabile, in linea di principio è richiesta l'equivalenza del sangue dell'assassino e quello della vittima. In dipendenza quindi del valore attribuito alla vita del credente e del protetto, si avrà o meno il *qiṣās*.

Gli *šāfi'iti* ed i *mālikiti* ritengono che, in nessun caso, al musulmano sia applicabile il taglione per aver ammazzato un tributario, purché, per i secondi, l'omicidio non sia stato perpetrato a scopo di rapina. Gli autori *ḥanafiti*, viceversa, sulla scorta del carattere permanente ed non discriminabile del valore di salvaguardia della vita umana, ritengono che si dovrà dare luogo al taglione, ma unicamente se la vittima sia un *dimmi*.³⁵ Tuttavia, viene evidenziato come questa opinione difficilmente sia stata messa in pratica. Difatti, Abū Yūsuf, primo *qāḍī'l-quḍāt*, condannò un musulmano reo di aver ammazzato un tributario, a titolo di *qiṣās*; tuttavia, per effetto di lamentele ricevute, fu convocato dal califfo *Hārūn al-Rašīd* il quale gli disse, come rimarcato da un'autorevole dottrina, di "*arranger habilement les choses, pour éviter un scandale. Le qāḍī fit alors demander aux ayants droit de fournir des preuves que la diya était bien due et établie, ce qu'ils ne purent faire, et en conséquence il annula la peine du talion*".³⁶ Di contro, gli *šī'iti* ammettono sempre il ricorso alla regola del taglione, anche nell'ipotesi in cui il valore del sangue del reo sia maggiore di quello della vittima, ma in tal caso i richiedenti dovranno compensare, per la differenza, il reo o i suoi aventi diritto.

Le fattispecie contro la morale

Il Corano si basa sui concetti di moralità, amore, compassione, misericordia, modestia, spirito di sacrificio, tolleranza e pace, che guidano strutturano un sistema di vita completo ed integrato, che include tutti gli aspetti della

³⁵ Cfr. RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 47; LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., pp. 11 e ss. Quest'ultimo autore riporta che alcuni giuristi *lanafiti* ritengono applicabile il taglione anche per l'omicidio del *musta'min*.

³⁶ Così ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese cit., p. 495.

vita umana dal concepimento alla sepoltura. L'islām, infatti, non si preoccupa solo dell'elevazione spirituale degli esseri umani ma, allo stesso modo, anche del loro benessere materiale e fisico. La legge divina guida i musulmani in questioni finanziarie ed economiche, politiche e sociali, come anche nelle sfere morali e personali della vita umana. In riferimento a queste ultime questioni, che riguardano dettagliatamente il foro interno, la morale musulmana prevede specifiche linee guida su alimentazione, norme igieniche, codici d'abbigliamento, ed anche regole a proposito del matrimonio, del divorzio e dell'eredità. In questo solco, l'islām presta grande attenzione ai comportamenti da tenere in pubblico, alla decenza nell'abbigliamento ai modi di relazionarsi ed entrare in contatto tra i generi diversi, precetti tutti ascrivibili ad un concetto di morale inteso in maniera ferma e diffusa, che copre e riguarda tutti gli aspetti della vita quotidiana. E un atteggiamento ispirato a precise regole conformi alla morale va osservato anche nella vita privata, basti pensare alle prescrizioni che consigliano di non indossare abiti discinti in casa, di non avere atteggiamenti troppo intimi in presenza dei figli, e di prestare attenzione durante i rapporti sessuali a non farsi vedere né sentire da nessuno.

Si è già visto come nell'islām, la nozione di reato si confonde sovente con quella di peccato, dal momento che i rapporti tra gli uomini sono improntati all'uguaglianza e retti dall'idea di giustizia sociale ed utilità comune, mentre quelli tra Dio e gli esseri umani sono dominati dalla totale ed insindacabile sottomissione alla sovranità del primo. Si può quindi asserire che ogni reato corrisponde ad un peccato in quanto contravviene al precetto posto affinché nulla turbi il progetto divino.

Il reato di rapporto sessuale illecito, *zinā*, viene comunemente definito come delitto contro la morale. Esso rappresenta un reato contro la moralità e la famiglia e allo stesso tempo un peccato verso Dio. L'islām legittima e favorisce i rapporti sessuali legittimi, cioè a dire quelli praticati tra individui non uniti da rapporti familiari o parentali, e consumati in costanza di matrimonio tra i soggetti vicendevolmente coniugati, ovvero tra il padrone e la sua schiava. Ogni altro tipo di rapporto (pre-matrimoniale, fra persone sposate ma non tra di loro, con una schiava non propria, incestuoso, di tipo omosessuale, ecc.), è proibito dal Corano e punito con pena *ḥadd*. Il processo può cominciare su denuncia, per uno stato di gravidanza illegittima (solo i *mālikiti*, tuttavia, ritengono che ciò possa costituire prova di *zinā*, laddove per le altre scuole giuridiche lo stato interessante della donna non sposata costituisce solo un indizio di colpevolezza), per confessione, ovvero a seguito di denuncia di violenza sessuale della vittima non sufficientemente provata.

In caso di denuncia, la prova del fatto illecito è di tipo dichiarativo; occorrono le attestazioni concordanti di quattro testimoni maschi, adulti,

musulmani, degni di fede, che devono affermare di aver visto le due persone commettere *zinā* (dovendo quindi già conoscere la natura illegittima del rapporto al momento della sua osservazione). Per l'integrazione della fattispecie, i *mālikiti* richiedono che vi sia penetrazione anche del solo glande, anche senza erezione, (ed anche se ricoperto da una stoffa) in una qualunque delle parti intime di un essere umano, e su questa previsione si assestano *ḥanbaliti* e *šāfi'iti*. Diversa è la posizione della scuola *lanafita*, per la quale vi è *zinā* solamente in caso di penetrazione della donna nella vagina e, per l'effetto, si richiede che i testimoni abbiano visto l'organo sessuale maschile all'interno di quello della donna (che conseguentemente non condanna per *zinā* la sodomia, su chiunque commessa, passibile solo di una pena discrezionale). Alcuni autori richiedono la penetrazione del membro per una certa profondità e non il semplice contatto superficiale o lo sfregamento, altri ancora ritengono necessaria la congiunzione intima tra gli organi, non perfezionata in caso di frapposizione di una stoffa o altro materiale simile).³⁷ Per tutti gli autori *mālikiti*, *šāfi'iti* e *ḥanbaliti*, così come per gli *šī'iti*, i rapporti omosessuali (con penetrazione) integrano *zinā*, ancorché vengono puniti in maniera differente: *mālikiti*, *šī'iti* ed alcuni tra *šāfi'iti* e *ḥanbaliti* ritengono che la pena legale sia la lapidazione; altri autori *šāfi'iti* e *lanbaliti* ritengono applicabile la messa a morte con la spada; per alcuni *šī'iti* si può anche optare per il rogo.³⁸

Attività sessuali preliminari così come rapporti lesbici senza penetrazione, non vengono puniti con pena *ḥadd* ma restano pur sempre passibili di pena discrezionale. Gli *šī'iti* su questo ultimo punto non concordano, ritenendo che debba essere comminata la pena coranica.³⁹

I testimoni devono risultare poi precisi nella indicazione del luogo e dell'orario in cui si è consumato l'atto sessuale illecito. Se emergono delle discrasie, delle difformità con quanto riportato, la prova non potrà essere ritenuta validamente raggiunta. Ma se i testi affermano di aver visto l'unione dei due organi sessuali senza descrivere ciò come *zinā*, la prova non risulterà valida né, tantomeno, conclusiva, poiché vi sarà un dubbio, ancorché remoto, che in effetti possa essere stato commesso un rapporto sessuale lecito. Ciò in quanto possono esserci altre forme di relazioni legali o semi-legali tra uomini e donne, tali da sollevare il sospetto che non sia stata posta in essere un'attività contraria alla legge e conosciuta come tale, perché ad esempio ci sono state

³⁷ Sulle divergenze tra le scuole in tema di *zinā*, vedasi LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Société Anonyme de L'imprimerie Rapide, Tunis, 1926, p. 95.

³⁸ Cfr. RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 61.

³⁹ *Ibidem*, p. 61.

forme di relazione legittima. Del resto, se risultano tre i testimoni dell'atto illecito e dei dettagli del fatto, ed il quarto testimone non utilizza parole chiare, univoche o conclusive, la responsabilità penale non potrà essere attribuita. Similmente, se il quarto testimone afferma di avere sentito ma di non avere visto le due persone commettere il crimine, omettendo così di descrivere quel particolare dettaglio visivo, ciò ugualmente risulterà insufficiente a stabilire la penale responsabilità. Ancora, fino alla fase esecutiva della sentenza, la testimonianza può essere ritrattata o modificata ed in tal caso l'accusato verrà liberato e la sentenza di responsabilità revocata ed annullata. In siffatte ipotesi tuttavia, i testimoni verranno accusati di calunnia di rapporto sessuale illecito (*qadf*), altro reato grave, anch'esso punito con pena coranica. Inoltre, nell'ipotesi in cui quattro testimoni maschi, dotati delle caratteristiche richieste dalla legge, abbiano effettivamente testimoniato sull'accusa di *zinā*, ma alcune donne ritenute altrettanto credibili attestino che la presunta rea sia ancora vergine, in tal caso le due persone accusate dovranno essere dichiarate non colpevoli. Ciò in quanto la prova contraria deve essere valutata *pro reo*, lì dove il giudizio di responsabilità potrà fondarsi unicamente qualora risulterà l'univocità delle dichiarazioni testimoniali. Ancora, dovrà essere dichiarata la non colpevolezza degli accusati qualora esami tecnici, medici o scientifici dimostrino che una delle due persone accusate sia incapace di avere rapporti sessuali. Infine, ad ulteriore riprova che questo genere di pene deve essere applicato soltanto in quei casi evidenti per i quali non possono trovarsi alternative, al di là di ogni ragionevole dubbio, viene richiesto che siano proprio i testimoni a dover dare inizio all'esecuzione della sentenza (ad esempio, in caso di lapidazione dovranno lanciare per primi le pietre). Ciò, per fugare ogni ulteriore ipotesi di dubbio (provocato dai testi, sia per colpa che per dolo) sulla responsabilità in ordine al fatto.

Un'altra possibilità di provare il rapporto sessuale illecito è la confessione degli autori, che dovranno presentarsi in giudizio liberamente e volontariamente, confessione che dovrà restare ferma e valida fino alla esecuzione della sentenza, poiché, in caso di revoca o modifica della stessa, la sentenza non potrà più essere eseguita. Il macchinoso procedimento per raggiungere una testimonianza valida, pienamente utilizzabile ai fini della condanna e della conseguente esecuzione della sentenza di *zinā*, dimostra come il sistema penale islamico, in ipotesi di reati coranici, punti sulla prevenzione e non sulla retribuzione che, anzi, cerca in tutti i modi di evitare.

Uno schema del processo islamico può essere ricavato dall'analisi di una tradizione del Profeta, in tema di rapporto sessuale illecito: *Quando Mā'iz si recò da lui per confessare di avere commesso zinā e ripeté la sua confessione, il Profeta gli domandò dettagliatamente alcune precisazioni che potessero rivelarsi*

per lui favorevoli. Chiese se fosse nel pieno delle facoltà mentali o se avesse bevuto vino, e ordinò a qualcuno di odorare il suo alito. Poi gli domandò della *zinā* chiedendo se per caso si fosse coricato con lei, *Mā'iz* rispose di sì. Gli chiese se il suo corpo la avesse toccata e lui rispose di sì. Poi il Profeta chiese se avesse avuto un rapporto con lei e lui rispose affermativamente (alcune versioni sono più esplicite). Il Profeta quindi domandò se conosceva il significato della *zinā* ed egli rispose di sì, di avere fatto in maniera illecita ciò che un uomo fa con la propria moglie in maniera lecita. Il Profeta allora chiese cosa intendesse con queste parole e *Mā'iz* disse che voleva essere purificato. Al che il Profeta ordinò di lapidarlo.⁴⁰ In questa tradizione, peraltro rapportata a soggetti appartenenti alla fede ebraica, si trovano condensate le principali fasi e gli istituti giuridici basilari del processo penale nell'islām: la confessione, la ripetizione della confessione, le indagini, la cristallizzazione di atti irripetibili, l'interrogatorio, l'esclusione di cause di giustificazione, l'esclusione della *ignorantia legis* e la conferma della piena conoscenza dell'antigiuridicità dell'atto, l'esclusione di ogni ragionevole dubbio, la condanna.

Tralasciando ogni dissertazione scientifica sulla approssimazione e sulla contraddittorietà delle fonti in ordine alla varia gamma di pene applicabili, attività che esula da questa analisi,⁴¹ va evidenziato che la pena *ḥadd* per il rapporto sessuale illecito varia a seconda dello *status* degli autori: è prescritta la lapidazione per la persona *muḥṣan* (ovverosia libera, pubere, dotata di ragione, che ha concluso e consumato un matrimonio valido),⁴² in 100 frustate per i liberi non sposati ed in 50 per gli schiavi. Il differente trattamento sanzionatorio è spiegabile con il fatto che la *zinā* risulta più grave quando è commessa da un soggetto che racchiude alcune condizioni di onorabilità e che può in ogni caso consumare le proprie pulsioni sessuali in maniera lecita, diversamente ad esempio da quanto può fare chi non è sposato. Il matrimonio, quindi, viene visto come il *remedium concupiscentiae* che deve tutelare contro i peccati della carne ma che deve anche far sviluppare un generale senso di responsabilità sociale.

Quid juris del coinvolgimento in un rapporto sessuale illecito del non musulmano?

⁴⁰ *Hadīṭ* riportato nelle sue varie versioni *ibidem*, p. 55.

⁴¹ Per spunti di riflessione sul caso giuridico si rinvia a LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., pp. 92 e ss.

⁴² Sulla descrizione dello stato di *muḥṣan* e sulla sua interpretazione secondo le varie scuole giuridiche i testi di riferimento sono RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 61; LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., pp. 102 e ss; ABU AL-ḤASAN AL-M^W WARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese cit., p. 479.

La dottrina è divisa in riferimento alla disparità confessionale nella punibilità del reato. Per mālikiti, ḥanbaliti e šāfi'iti, il delinquente deve essere musulmano e il coito praticato con un/una non musulmano/a non è *zinā* per quest'ultimo/a. Secondo gli ḥanafiti, invece, i non musulmani che risiedono stabilmente in terra d'islām sono soggetti alle giurisdizione musulmana e quindi alla pena coranica, laddove i non credenti residenti solo temporaneamente nei territori islamici non vi sono sottoposti e non saranno quindi passibili di *zinā*.⁴³

Viceversa, se il coito viene praticato da un protetto con la musulmana, per la scuola mālikita sarà solo quest'ultima a incorrere nel reato. Tra gli ḥanafiti vi sono differenti opinioni: per alcuni, soltanto i *ḍimmī*, in quanto residenti stabilmente nella *dār al-islām* e quindi sottoposti alla legge islamica, sono soggetti alla pena legale; per altri, tra i quali Abū Ḥanīfa, anche il *musta'min* potrà essere punito per *zinā*. Per gli šāfi'iti tutti i tributari vengono trattati come i musulmani.

E' discusso se lo stato di *iḥṣān*, tra le qualità richieste, prevede anche quella dell'essere musulmani, ovvero può essere estensibile anche al tributario. Mālikiti e ḥanafiti, ritenendo che tale stato sia una virtù, affermano che *muḥṣan* possa essere soltanto un musulmano (il quale, in caso di *zinā*, verrà punito con la lapidazione). Al contrario, per gli šāfi'iti anche il tributario può assumere lo stato di *iḥṣān* e, conseguentemente, in caso di rapporto illecito, non verrà frustato ma lapidato. Tuttavia, molti autori generalmente ritengono che la flagellazione sia stata tacitamente abrogata nei confronti dell'*iḥṣān* dalla *sunna* profetica e a sostegno di questa tesi, viene citato l'episodio della punizione di Mā'īz. Altri, come Abū Ḥanīfa, ritengono che la qualità di *muḥṣan* sia riservata unicamente ai musulmani, con la conseguenza che il protetto verrà solo frustato e non lapidato.⁴⁴

Oltre ai comportamenti inerenti il buon costume e che rientrano strettamente nella sfera sessuale, la legge islamica tutela anche altri valori, quali ad esempio quelli concernenti più in generale la religione. Come accennato in precedenza, spettava infatti al *muḥtasib* vigilare all'interno delle città che la morale pubblica non venisse attinta da nessun *vulnus*. Difatti, egli estendeva la propria giurisdizione anche sui tributari, controllando che i loro compor-

⁴³ Per inciso, questa concezione può assumere rilevanza, ai nostri giorni, nel cd. turismo sessuale, sempre più diffuso, non punibile per il turista (eccetto in quei Paesi dove è stato introdotto specificamente il reato di "omosessualità") ma pur sempre deprecabile sotto l'aspetto etico.

⁴⁴ Sulle differenze dottrinarie, si veda LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., pp. 89 e ss.; ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, Cairo, 1966, traduzione francese cit., p. 479.

tamenti fossero conformi alla pubblica decenza ed alla morale. In particolare, le funzioni di *ensor morum* si estendevano a garantire l'osservanza del divieto per i non musulmani di manifestare in pubblico le loro opinioni religiose e di praticare alla stessa maniera il proprio culto. L'ispettore dei mercati vigilava anche sull'osservanza del precetto di non consumare davanti a tutti vino, carne di maiale ed altri generi alimentari proibiti, castigano chiunque violasse tali disposizioni.⁴⁵ Alla stessa maniera, Così, il protetto che violava le norme islamiche sulla blasfemia e che, per l'effetto, offendeva la morale islamica, rendeva nullo il patto di protezione legato al suo *status* e veniva sottoposto alla punizione capitale.⁴⁶

* * *

In conclusione, non deve fuorviare una apparente disparità di trattamento in base alla religione operata dalla legge islamica né deve ritenersi sussistente una presunta violazione del principio di reciprocità, che generalmente trova la sua giustificazione nell'esigenza di garantire una pacifica esistenza tra soggetti o gruppi in uno stesso territorio e che si sostanzia in un vero e proprio strumento giuridico di integrazione. L'analisi compiuta, va viceversa contestualizzata, e parametrata ad una società in cui il concetto di diritti dell'uomo, anche in epoca moderna, continua a conservare una propria specificità ed una precipua chiave di lettura su base confessionale (molti Stati arabo-islamici, rigettando il carattere di universalità dei sistemi di tutela dei diritti umani elaborati dall'O.N.U., hanno rivendicato la propria autonomia religiosa, culturale e storica in tale ambito, calibrandola sulla nozione di appartenenza identitaria confessionale e hanno promulgato proprie convenzioni islamicamente orientate).⁴⁷ Ciò nonostante, da un punto di vista teoretico e giuridico,

⁴⁵ Vedasi ABU AL-HASAN AL-MAWARDĪ, *Al-ahkām al-sultāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Halabi, Cairo, 1966, traduzione francese cit., pp. 306 e 548.

⁴⁶ Per approfondimenti, ANTOINE FATTAL, *Statut légal des non-musulmans en pays d'Islam*, cit., pp. 122 e ss.; JANINA SAFRAN, "Identity and differentiation in ninth-century al-Andalus", in *Speculum*, LXXVI (2001) p. 595; ABDEL MAGID TURKI, "Situation du tributaire qui insulte l'islam, au regard de la doctrine et de la jurisprudence musulmanes", in *Studia islamica*, XXX (1969), pp. 68 e ss.

⁴⁷ A tal proposito si vedano, tra le innumerevoli pubblicazioni, YADH BEN ACHOUR, *Politique, Religion et Droit dans le Monde Arabe*, Cérès, Tunis, 1992; MOHAMED CHERIF FERJANI, *Islamisme, laïcité et droits de l'homme*, L'Harmattan, Paris, 1991; ANN ELIZABETH MAYER, *Islam human rights: tradition and politics*, Westview Press, Pinter Publishers, London, 1991; ANDREA PACINI (a cura di), *L'Islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, Dossier Mondo Islamico 5, Edizioni della Fondazione G. Agnelli, Torino, 1998; PAOLO UNGARI- MILENA MODICA (a cura di), *Per una convergenza mediterranea sui diritti*

il diritto islamico, nella sua sfera internazionale-penalistica protegge tutte le Nazioni poiché è l'intero genere umano che si intende in assoluto tutelare, e ciò indipendentemente da ogni appartenenza confessionale, di genere e di etnia. Secondo l'islām, infatti, ogni individuo o gruppo di individui, così come ogni Nazione può beneficiare della tutela riservatagli dalla legge islamica, senza che per ciò debba essere necessariamente soggetto di uno Stato islamico. Ciò in quanto tutti sono soggetti alla legge divina e, almeno in linea di principio, ogni individuo deve godere del rispetto degli altri individui, in ragione del valore assoluto della dignità spirituale e fisica degli uomini.⁴⁸ Questo principio è pienamente recepito dalla legge islamica, all'interno del suo sistema penale internazionale: “*the function of which is to prevent international crimes and to prosecute and punish perpetrators under an appropriate criminal jurisdiction regardless of the nationality of the victim or the accused*”.⁴⁹ Da tale punto prospettico, il ragionamento porta agevolmente a ritenere che il modello di popolo-territorio-governo istituito già nei primi tempi dell'islām ha gettato basi concrete per una convivenza pacifica all'interno di un raggruppamento multi-culturale e multi-confessionale. Ammettendo così sin dall'origine della nascita e della formazione della nuova comunità medinese una ben individuata autonomia delle minorità religiose in seno alla *umma*, il Profeta ha introdotto nel diritto islamico i concetti di *jus gentium* e di diritto naturale. I tributari non sono visti come degli stranieri, ma sono soggetti appartenenti alla comunità, tutelati da specifici diritti (sia pure in corrispondenza di altrettanto specifici doveri) e le loro leggi (attivate nei casi previsti) costituiscono dei sistemi giuridici integrati nel sistema giuridico della comunità madre.

dell'uomo, I: *Le «Carte» delle organizzazioni araba, islamica e africana*, LUISS – Libera Università Internazionale degli Studi Sociali G. Carli, Centro di Ricerca e di studio sui Diritti dell'Uomo, Editrice Universitaria di Roma – La Goliardica, Roma, 1997. Si consultino anche: *Islamochristiana*, 9, P.I.S.A.I., Roma, 1983; AA.VV., *Colloques de Riyad, de Paris, du Vatican, de Genève et de Strasbourg sur: le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam*, Dār al-kitāb al-Lubnānī, Beyrut, 1972; SAIF AL-DIN CHAHINE, *Les droits de l'homme en Islam*, Ammar Press, Riyad, 1993.

⁴⁸ Il principio, peraltro, è diffusamente proclamato nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nell'islām del 1981, emanata dal Consiglio Islamico d'Europa. Per approfondimenti, si rinvia a AGOSTINO CILARDO, *Il Diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., p. 124; ANDREA PACINI (a cura di), *L'islam e il dibattito sui diritti dell'uomo*, cit., pp. 92 e ss..

⁴⁹ Così FARAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law. A comparative study*, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff – Members of the Kluwer Academic Publishers Group, London-Dordrecht-Boston, p. 7.