



# diritto & religioni

**Semestrale**  
**Anno IV - n. 2-2009**  
**luglio-dicembre**

ISSN 1970-5301

**8**



**LUIGI  
PELLEGRINI  
EDITORE**

**Diritto e Religioni**  
Semestrale  
Anno IV - n. 2-2009  
**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, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, 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, 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  
A. Bettetini, G. Lo Castro  
G. Fubini, A. Vincenzo  
S. Ferlito, 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. Stefani  
A. Fuccillo  
F. De Gregorio  
S. Testa Bappenheim  
G. Schiano  
A. Guarino

**Parte III**

SETTORI

*Lecture, recensioni, schede,*  
*segnalazioni bibliografiche*

RESPONSABILI

F. Petroncelli Hübler, M. Tedeschi

# *Principi generali del sistema penale islamico*

VASCO FRONZONI

## 1. *Cenni sul diritto islamico*

Il diritto islamico, essendo un diritto rivelato direttamente da Dio, non può prescindere dalla sfera religiosa, ed anzi è connotato da regole e principi di tipo etico e non da prescrizioni mutevoli che subiscono l'influsso delle ragioni storiche e delle volontà collettive di un aggregato sociale. Il sistema giuridico islamico, infatti, in quanto diritto sacro, alla stregua del diritto ebraico e di quello canonico, deve essere inquadrato come un insieme di regole divine piuttosto che come frutto della speculazione positiva umana.

Accade così sovente che si designi – impropriamente – il modello di Stato islamico con il termine “teocrazia”, intendendo così una forma di governo in cui il potere politico, ritenuto direttamente emanato da Dio, viene accentrato nelle mani di uomini investiti dell'autorità religiosa, con la conseguente identificazione tra potere politico e religioso. Viceversa, più precisa e compatibile con il sistema islamico appare la definizione di “nomocrazia”, essendo la figura della legge assolutamente centrale nell'inquadramento istituzionale. A tal proposito è bene ricordare come, all'interno della società civile musulmana, la figura dell' *'ālim*, l'intellettuale, il dotto, è assolutamente preminente rispetto a quella del teologo o del religioso, e ciò per un preciso motivo: Dio si colloca necessariamente a distanza dagli uomini e, pertanto, non è percepibile dalle persone, se non attraverso la sua emanazione principale, la sua rivelazione, cioè a dire la legge.

Tra le fonti del diritto islamico vanno collocati:<sup>1</sup> il Corano, *rivelato* da Dio

---

<sup>1</sup> Le fonti del diritto vengono scandite dalla tradizione attraverso un racconto riconosciuto da tutti, secondo il quale il Profeta avrebbe domandato a Mu'ād bin Ġabāl, uno dei suoi compagni, da lui delegato a rappresentarlo in Yemen, “*come giudicherai le controversie che ti saranno sottoposte?*”

al Profeta Muḥammad; la *sunna* (il *mos* dei Latini), da una parte composta dalla tradizione orale derivata dall'interpretazione autentica del Corano effettuata tramite l'osservazione della vita e della parola di Muḥammad e che costituisce la regola fondata sull'esempio del Profeta; dall'altra, dagli *ḥadīth* (racconti, tradizioni o relazioni su detti e modi comportamentali del Profeta in una determinata occasione ed in riferimento ad un particolare fatto) che rappresentano la narrazione o il resoconto mediante cui la regola è pervenuta.

Queste due fonti principali costituiscono la *ṣarī'a*,<sup>2</sup> ovvero il complesso dei doveri e dei comandamenti che il musulmano deve seguire per orientare la sua vita all'insegna della legge e quindi verso Dio; il credente deve così improntare la propria esistenza ad una ideale scala di valori che va dalla sottomissione agli obblighi giuridico-religiosi, al divieto di compiere determinate azioni. La *ṣarī'a* è composta da quattro sezioni: la legge religiosa *'ibādāt*, la legge civile o *mu'ā malāt*, lo statuto personale o legge personale *munakāt*, la legge penale *'ukubāt*.

Unitamente alle fonti primarie, ve ne sono altre, concorrenti, tra le quali: il *qiyās* ovvero il ragionamento analogico, l'*iḡmā'* il *consensus populi* del diritto romano, la consuetudine (*'urf*), ovvero le regole di condotta riconosciute espressamente o tacitamente dalla volontà dello Stato formatesi in seno alla *umma* e di origine pre-islamica, la necessità o utilità generale (*maṣlaḥa*), l'equità (*īstiḥsān*), i principi generali, l'*analogia iuris* latina.

La dottrina musulmana si è poi frammentata in scuole giuridiche,<sup>3</sup> che rappresentano un libero aggregarsi attorno ad una particolare ermeneutica delle fonti proposta e codificata da un giurista ed alla conseguente particolare interpretazione di alcuni istituti. La maggior parte dei musulmani, circa l'85-90 %, segue la tradizione, la *sunna*, e viene quindi definita sunnita; la restante parte ha intrapreso la via della *ṣī'a*, della fazione ovvero della divisione e, pertanto, viene definita *ṣī'ita*, (oltre alle motivazioni politiche della *ṣī'a*, in gran parte legate alla successione del Califfo 'Alī e quindi alle rivendicazioni degli 'Alīdī, vi sono motivazioni teologiche legate ad una eterodossia di tipo gnostico).

Accanto alla *ṣarī'a* ed alla attività interpretativa dei giuristi musulmani vi è poi la legge laica (*qanūn*), che indica tutti quegli atti normativi promulgati dal potere

---

e Mu'ād avrebbe risposto “secondo il libro di Dio” “e se non vi troverai nulla?” “allora giudicherò secondo quanto usa fare il suo Profeta”, “e se non troverai nulla neppure lì?”, “allora mi sforzerò con il mio criterio” e Muḥammad fu soddisfatto. Si veda più diffusamente DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1926, pp. 25 e ss.

<sup>2</sup> Per approfondimenti, si rinvia a AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, pp. 33 e ss.

<sup>3</sup> JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, pp. 33 e ss.

legislativo di uno Stato-apparato, che vanno a regolamentare situazioni non previste dalla legge religiosa. Va opportunamente chiarito come il sistema giuridico islamico sia un diritto di tipo dottrinario; non viene infatti operata quella netta divisione tra dottrina e giurisprudenza che, sul piano dell'effettività e della autorevolezza, assume rilevanza preminente nei sistemi giuridici occidentali, siano essi di *common* o *civil law*. Nella sociologia giuridica del mondo musulmano gli esponenti della dottrina confluivano anche nelle fila della giurisprudenza. Difatti, spesso i giuristi venivano chiamati a ricoprire la carica di giudici, senza che la funzione esercitata modificasse in senso maggiorativo o diminutivo la portata del loro pensiero ed il seguito che poteva avere tra la comunità dei credenti.<sup>4</sup>

## *2. Il sistema penale ed i suoi principi*

I principi generali o *qawā'id kulliyya* del sistema penale islamico risultano scarni ed i testi di diritto classico non contengono parti o capitoli riportanti nozioni o regole generali, non essendo tali tematiche trattate organicamente. Ciò non deve apparire singolare, se si tiene conto che le codificazioni di tipo occidentale hanno elaborato le categorie dei principi generali e dei diritti fondamentali soltanto nel corso del XIX secolo d. C., laddove l'ordinamento islamico si è strutturato nel VII secolo d. C. Pur in assenza di una collocazione sistematica, i principi generali possono tuttavia essere ricavati attraverso una lettura trasversale delle fonti o tramite il ragionamento deduttivo.

Nell'analisi della collocazione sistematica, alcuni autori rimarcano come i principi generali sono apparsi nei testi di diritto soltanto in epoca successiva rispetto a quella in cui l'ordinamento si è strutturato e probabilmente evidenziano questo fatto per sminuirne incidenza ed operatività.<sup>5</sup> A tal proposito, ed è un profilo critico a siffatta opinione, occorre notare come, fin tanto che il sistema non è stato definitivamente articolato, non si è potuta manifestare né la necessità né, tantomeno, la possibilità di fare ricorso ai principi generali. È soltanto allorquando il quadro ordinamentale si è definitivamente assestato che si è potuto pensare di ricavare da esso regole di portata generale.

In riferimento alla loro effettiva rilevanza, è opportuno sottolineare come i principi generali non siano stati elaborati dalla giurisprudenza dei giudici

---

<sup>4</sup> Emblematico in tal senso è l'esempio di Abu Yusuf, insigne ed esperto giureconsulto hanafita, divenuto il primo giudice tra i giudici, carica suprema della magistratura. Si consulti AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., p. 46.

<sup>5</sup> MUHAMMAD AL ZARKA, *Al-fiqh al-islāmī*, Dār al-fikr, Beirut, 1981, pp. 635 e ss.

bensì dalla dottrina dei giurisperiti musulmani<sup>6</sup> e, pur occupando un posto rilevante nel diritto islamico tanto da poterne influenzare l'elaborazione, risultino essere norme di tipo secondario seppure a carattere direttivo e costituiscono strumenti tecnici per l'interpretazione giuridica, pur non avendo un carattere vincolante. Essi rappresentano pertanto delle direttive per gli interpreti del diritto ma non hanno una portata coercitiva.<sup>7</sup>

Nel sistema islamico, differentemente da quanto avviene in un sistema di tipo occidentale in cui la classificazione delle fattispecie viene determinata in base alla generica ripartizione tra delitti e contravvenzioni relazionata alla tipologia della pena da applicare, la suddivisione delle pene viene operata in composizione mista, ovverosia attraverso la qualità e la natura del bene giuridico tutelato (religione/persona), la possibile mediazione ed infine la discrezionalità del giudice.

Nei manuali classici di diritto islamico tra i reati *ḥudūd*, ovverosia i comportamenti puniti con pene prescritte in maniera fissa nel Corano e nella *sunna* vengono evidenziati: *zinā* o rapporto sessuale illecito, *qadḥ* o calunnia di rapporto sessuale illecito, *sariqa* o furto, *šurb al-ḥamr* o assunzione di sostanze alcoliche o inebrianti, *qaṭ' al-ṭarīq* o brigantaggio, *bağy* o ribellione, *ğaşb* o rapina, *ḥirāba* o terrorismo, *ridda* o apostasia.<sup>8</sup>

Le scuole giuridiche non hanno una visione univoca dei reati in questione e spesso, tanto all'interno del mondo *sunnita* quanto di quello *šī'ita*, vi è divergenza sulle definizioni, sugli elementi costitutivi delle fattispecie di reato, sui requisiti probatori richiesti per la loro integrazione e sulle pene da applicare in concreto. Tali differenze possono essere o non essere sostanziali, in riferimento a quanto siano specifici Corano e *sunna* sui singoli istituti.<sup>9</sup>

La *šari'a*, attraverso una visione unanime di tutte le scuole, salvaguarda beni generali quali la vita, l'onore e la libertà di tutti cittadini attraverso la vi-

---

<sup>6</sup> Per una descrizione cronologica sia pure sommaria e parziale degli autori classici che per primi si sono soffermati su tali tematiche, si veda SOBHI MAḤMASSANĪ, *Falsafat al-tašrī' fi 'l-islām*, Dār al-'ilm li'l-Malayīn, Beirut, 1961, p. 292.

<sup>7</sup> Un tentativo di attribuire cogenza ai principi generali è stato operato in epoca moderna con la *mağalla* ottomana, che ad essi ha dedicato i 94 articoli del titolo preliminare ed in epoca contemporanea con il progetto di codice arabo unificato. Vedasi a tal proposito SELIM JAHEL, "Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine", in *Revue internationale de droit comparé*, Société de législation comparée, Paris, 2003, 55, n°1, p. 111.

<sup>8</sup> Spesso nei manuali di diritto atti integranti *qaṭ' al-ṭarīq*, *bağy*, *ğaşb* e *ḥirāba* vengono semplicisticamente ricondotti ad un'unica fattispecie, mentre non sempre la condotta di *ridda* viene inserita tra le pene fisse ed anzi, talvolta, non viene neppure collocata nel sistema penale, venendo inserita in quello internazionale, poiché l'apostata si è posto al di fuori dell'islām.

<sup>9</sup> MUḤAMMAD ŠARĪF BASSIOUNI, "Crimes and the criminal process", in *Arab Law Quarterly*, vol. 12,3, 1997, p. 270.

genza di una serie di principi che regolano l'amministrazione della giustizia e l'attività processuale.

Utile appare, anche ai fini di una comparazione con il diritto penale internazionale, la disamina dei principi generali nel diritto islamico classico, analizzandoli singolarmente così come evidenziati nella letteratura religiosa del diritto islamico classico ed attraverso l'elaborazione di giuristi medioevali.

Innanzitutto, vi è la giurisdizione. Il principio di separazione dei poteri non è stato elaborato nel diritto islamico, per una precisa motivazione storico-giuridica che attiene alla figura ed alle funzioni del Profeta. Muḥammad, infatti, già prima di diventare il capo della nuova comunità era accreditato quale capace arbitro nella risoluzione di liti e controversie giudiziarie. Da capo della comunità dei credenti, poi, egli esercitò contestualmente il potere esecutivo ed il potere giudiziario, anche alla luce dell'esperienza maturata. Per quanto attiene al potere legislativo, va ricordato come nell'islām il concetto di sovranità popolare sia assente e vanga respinta l'idea che il potere legislativo possa appartenere alla nazione. Il compito dello Stato è solo quello di applicare il diritto che Dio ha rivelato e ordinato di seguire, che astrattamente non può essere abrogato se non da un'altra rivelazione (ipotesi praticamente impossibile, poiché com'è noto con Muḥammad è avvenuto il sigillo della Profezia).<sup>10</sup> Il diritto musulmano non ha quindi una concezione antropocentrica e muove da basi e fonti esterne all'uomo, indipendenti dalla sua volontà: esse sono il Corano e la *sunna*, che formano la *šarī'a*, cioè a dire il cammino che conduce alla fonte (della conoscenza), nozione che va tenuta ben distinta da quella di *fiqh*, ovverosia il quadro normativo e le questioni pratiche che i giuristi classici hanno sviluppato a partire dalle due fonti principali.

La giurisdizione appartiene a Dio, a lui spetta il potere di giudizio, che esercita tramite il suo Profeta: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli dice il vero, egli è il migliore dei giudici* (Cor VI:57); *Essi non crederanno, finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettervisi di sottomissione piena* (Cor IV:65).<sup>11</sup> Nell'islām, vengono così ben individuate anche le nozioni di naturalità e di precostituzione del giudice.

---

<sup>10</sup> Sul punto, si veda più diffusamente SAMI ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, p. 37 e ss.

<sup>11</sup> Per il Corano, si fa riferimento a ALESSANDRO BAUSANI, *Il Corano*, (Introduzione, traduzione e commento a cura di), BUR-Radici, Milano, 2007.

Dunque, secondo la teoria islamica classica dello Stato, nella figura del capo dello Stato vengono a concentrarsi il potere esecutivo e giudiziario. Soltanto dopo la morte del Profeta ed in seguito alla espansione territoriale della *umma*,<sup>12</sup> sotto il Califfato di 'Umar si iniziò a delegare l'amministrazione della giustizia a particolari soggetti. Vennero così creati organi giudiziari istituzionalizzati, sebbene non specializzati, che amministravano la loro giurisdizione sulla base di una delega concessa dal capo dello Stato. In ogni caso quest'ultimo conservava in pieno il potere giudiziario, potendosi occupare egli stesso di alcuni casi o attivare altre istituzioni statali.

Gli organi statali dotati di potere giurisdizionale creati a tal fine furono tre. Il *qādī*; i pubblici ufficiali incaricati della sicurezza pubblica, quali i governatori, i comandanti militari e gli ufficiali di polizia, che si occupavano soprattutto di fattispecie penali, la cui attività giurisdizionale veniva definita *siyāsa* e variava rispetto a quella esercitata dai *quḍāt* in relazione all'epoca ed ai luoghi; infine vi era il *muḥtasib* o ispettore dei mercati, un pubblico ufficiale addetto alla vigilanza sulle operazioni commerciali, sulla pubblica morale e sulla osservanza dei doveri religiosi.

Il *qādī* tuttavia, a differenza degli altri organi statali,<sup>13</sup> è nel diritto islamico un qualcosa in più rispetto ad un semplice giudice; egli è anche una sorta di *leader* religioso; l'esercizio delle funzioni giudiziarie, quindi viene concepito soprattutto come un dovere di tipo religioso rispetto a quello della semplice attività giurisdizionale.<sup>14</sup> La procedura penale nell'islām, più che sui singoli istituti, si fonda soprattutto sulla qualità del giudice; oltre ai requisiti richiesti per occupare una funzione pubblica (essere maggiorenne, maschio, buon credente, integro di vista ed udito, avere competenza ed intelligenza), il giudice deve essere onorevole e cioè non soltanto deve risultare esente da qualsivoglia pregiudizio o precedente, ma deve anche possedere alte qualità morali tali da renderlo imparziale, sia che condanni, sia che assolva. Egli deve giudicare equamente e deve essere imparziale rispetto ad una controversia intercorrente tra il querelante/denunziante e l'accusato e terzo nei loro confronti. Difatti, nella

---

<sup>12</sup> L'intera comunità dei credenti, organizzata su base confessionale-sociale, che non ha limitazioni di nazionalità o territorialità, essendovi ricompresi tutti gli individui di fede musulmana, senza distinzione di razza, nazionalità, sesso, età.

<sup>13</sup> Un autore, riprendendo probabilmente in maniera poco calzante altra autorevole dottrina, arriva ad immaginare un dualismo nell'amministrazione della giustizia, di tipo religioso quella del *qādī* e di matrice laica quella dell'autorità politica. Così, ROMANO BETTINI, *Sociologia del mondo musulmano*, Franco Angeli, Milano, 2004, p. 15.

<sup>14</sup> LOUIS MILLIOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Librairie Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 527.



sociologia giuridica del mondo islamico viene bandita ogni parzialità e disuguaglianza.<sup>15</sup> La sottoposizione del giudice alla legge è massima, nel senso che il suo convincimento non può risolversi in un arbitrio, quale espressione di autonomia e indipendenza, ma deve sempre essere inquadrato nel consenso della comunità e nella condivisione del suo pensiero giuridico-politico. Questo assioma è basato, oltre che sulla fonte secondaria dell'*ig̃mā'* – il consenso dei giuristi e della comunità – anche su un celebre *hadīṭ* attribuito al Profeta, unanimemente condiviso, il quale affermò che la sua *umma* non si sarebbe trovata mai d'accordo su un errore, su una scelta sbagliata; il concetto viene ribadito dal Corano stesso: *Voi siete la migliore nazione mai suscitata fra gli uomini: promuovete la giustizia e impedito l'ingiustizia e credete in Dio* (Cor III:110). Va evidenziato come, accanto alla figura del giudice quale fonte di produzione del diritto, il sistema musulmano ha conosciuto anche altri individui, come il *faqīh*, (il giurisperito) il cui ambito riguardava aspetti teorici ed il *muftī* (il giureconsulto), la cui autorevolezza nel fornire le *fatāwā* (pareri, responsi ed opinioni legali)<sup>16</sup> veniva ampiamente riconosciuta ed accettata. La differenza di ruoli e di produzione giuridica, tra queste tre figure si basava sul fatto che, contrariamente al *qāḍī*, il quale aveva funzioni giurisdizionali ed applicava il diritto, e al *faqīh* la cui attività di produzione giuridica riguardava solo ambiti teorici, il *muftī* si collocava in un livello intermedio ed aveva la funzione di pronunciarsi su casi concreti, ancorché a livello astratto.<sup>17</sup>

L'attività giurisdizionale esercitata dagli ufficiali di polizia e dai comandanti militari è menzionata soltanto occasionalmente nei testi giuridici. La principale differenza tra l'attività di accertamento di questi soggetti della giurisdizione penale ed i giudici è relativa alle prove. I comandanti militari e gli

---

<sup>15</sup> Il referente coranico è il seguente: *In verità Dio ordina la giustizia, la beneficenza, l'amore per i parenti e vieta la dissolutezza e il male e la prepotenza: Egli vi ammonisce, che abbiate a meditare*" (Cor XVI:90); *O voi che credete, siate retti innanzi a Dio come testimoni d'equità e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché sa quello che fate* (Cor V:8).

<sup>16</sup> Sono produzioni provenienti da autorità giudiziario-religiose, cui viene attribuito seguito in ragione del peso e del prestigio di cui gode l'esperto di diritto che le ha emanate, nonché dal numero di persone che le accolgono. Non hanno forza vincolante, al punto che molti studiosi le accomunano ai *responsa* del diritto romano, possono essere emesse da un qualunque musulmano che soddisfi criteri di autorevolezza e di profonda conoscenza della legge islamica e non necessariamente da un organo religioso o della giurisdizione. Tutti possono sottoporre a questi eruditi i quesiti più diversi (nel mondo moderno anche attraverso giornali, televisione ed internet) ma sono effettivamente poche le persone qualificate a fornire le risposte; addirittura, presso gli *ṣī'iti* sono soltanto gli *āyat' allāh*. Per un approfondimento, si rinvia a MUḤAMMAD MASUD-BRINKLEY MESSIK-DAVID POWERS, *Islamic Legal Interpretation: Muftis and Their Fatwas*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, pp. 187-188.

<sup>17</sup> ORSETTA GIOLO, *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 95.

ufficiali di polizia possono decidere se l'accusa sia o meno sostenibile sulla base di prove cosiddette circostanziali o indiziarie, nonché sulla scorta delle dichiarazioni dell'accusato e sulla sua reputazione e possono comminare così la punizione se ritengono che vi siano anche solo indizi di colpevolezza.<sup>18</sup> Possono altresì servirsi delle dichiarazioni testimoniali di non musulmani così come di quelle di altre persone che non siano qualificate a testimoniare in giudizio (tribunale o corte). Inoltre, come forma di pressione psicologica, può essere imposto un giuramento disculpatorio in capo all'accusato. Sono consentite anche altre forme di pressione psicologica: durante gli interrogatori l'accusato può essere percosso, ma ciò solo per provocare in lui dichiarazioni veritiere e non al fine di ottenere confessioni forzate. Se egli confessa durante le percosse, queste ultime devono essere interrotte e la confessione ritenuta valida unicamente se ripetuta una seconda volta. Una ulteriore differenziazione tra le giurisdizioni si può ritrovare nel fatto che gli ufficiali possono detenere in regime di custodia cautelare l'accusato durante le investigazioni e possono inoltre custodirlo in maniera permanente se c'è il rischio che terzi possano venire animati dal suo crimine, a tutela della sicurezza pubblica. Alcuni autori hanno rimarcato in senso critico come l'attività esercitata da questi soggetti ha subito evoluzioni e significativi cambiamenti, soprattutto a partire dal tredicesimo secolo, fino al punto da non ricadere più pienamente nel dominio della *šarī'a*.<sup>19</sup> Tra questi ufficiali di polizia, un ruolo così eminente da divenire in seguito una vera e propria giurisdizione a sé, fu rivestito dall'ispettore dei mercati o *muḥtasib*, detto anche *sahib al-suq* nonché capo della polizia *šāhib al-šurṭa* o anche *šāhib al-madīna*. La giurisdizione di questi funzionari variò nel tempo e nello spazio ma conservò caratteristiche comuni. La *šurṭa* (dal nastro che in passato veniva apposto sul braccio delle persone preposte al controllo degli ubriachi a Baghdād) divenne una *élite* militare impiegata per la protezione dei governanti e degli alti ufficiali dello Stato, per il mantenimento della legalità e dell'ordine nonché per la repressione delle ribellioni e sommosse popolari. In stretta connessione con questi ultimi compiti quest'organo si occupò poi dello svolgimento delle indagini nell'ambito della repressione dei reati e della concreta punizione dei criminali. In particolare, le fonti indicano come la loro giurisdizione fosse indirizzata verso le pene *ḥudūd*, gli

<sup>18</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, Mustafa al-Bābi al-Hālābi, 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, pp. 469 e ss.

<sup>19</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sulṭāniyya*, cit., pp. 59 e ss.; BABER JOHANSEN, "Signs as Evidence: the Doctrine of Ibn Taymiyya (1263-1328) and Ibn Qayyim al-Jawziyya on Proof" in *Islamic Law and Society*, vol. 9, no. 2, pp. 168-193.

omicidi e le aggressioni alla sicurezza pubblica. La loro attività punitiva era giustificata dalla tutela dell'interesse pubblico, tanto che il semplice sospetto era sufficiente per stabilire la colpevolezza. Inoltre, questi soggetti si occupavano anche della esecuzione delle decisioni del giudice.

Come anticipato, tra gli ufficiali superiori degno di menzione particolare era l'ispettore dei mercati, paragonabile all'*agoranomos* greco.<sup>20</sup> Egli si occupava di vigilare i pesi, le misure, le monete, la qualità dei prodotti messi in vendita ed accertarsi che non venissero poste in commercio merci illegali. Successivamente l'ispettore del mercato venne impiegato nel controllo dello spazio pubblico, monitorando lo stato delle pubbliche strade, il traffico e gli edifici. Egli aveva anche compito di vigilare sul funzionamento del personale giudiziario ovvero di cancellieri, notai, avvocati e magistrati. Quale vero e proprio *ensor morum*, era chiamato a proteggere la pubblica morale dai comportamenti tenuti in pubblico e sulle relazioni interpersonali tra i due sessi, vigilava sul modo di vestire, sulle attività delle prostitute e delle case di piacere. Infine, egli si occupava della pubblica osservanza dei doveri religiosi, come ad esempio il digiuno rituale, ed attendeva alla preghiera del venerdì. Egli poteva imporre punizioni discrezionali quali le percosse, l'esposizione al pubblico, la confisca delle proprietà dei beni. In ogni caso non aveva l'autorità di intentare giudizi o inchieste formali, potendo egli agire unicamente qualora non vi fossero dispute o vertenze da dirimere, come nel caso di flagranza di delitto.

Va ricordato come in epoca omayyade si sviluppò anche un'altra forma di giurisdizione, quella del *dīwān al-mazālim*, detto anche tribunale di equità; esso costituiva una sorta di *cognitio extra ordinem* dalle vaste competenze, ma che si occupava prevalentemente, facendo ricorso anche a criteri equitativi, di attuare un controllo sull'attività dell'amministrazione e degli amministratori, anche nel comparto giustizia, registrando e raccogliendo le lamentele e le delazioni sull'operato della macchina pubblica.<sup>21</sup> Alcuni autori considerano questa istituzione come una specie di secondo grado di giurisdizione.<sup>22</sup>

La dottrina evidenzia come il processo penale attuato attraverso il *qāḍī* fosse la regola, anche se non tutti gli autori sono concordi, dal momento che in un

---

<sup>20</sup> Il parallelismo tra il *muhtasib* e l'*agoranomos* viene avanzato in MATTHEW LIPPMANN-SEAN MCCONVILLE-MORDECHAI YERUSHALMI, *Islamic criminal law and procedure*, Praeger, New York, 1988, p. 23 e ripreso da FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, (a cura di GIAN MARIA PICCINELLI), Giappichelli, Torino, 2007, p. 78.

<sup>21</sup> EMILE TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1938, p. 435.

<sup>22</sup> Così JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 198.

autorevole testo del quattordicesimo secolo non viene indicata l'attività penale tra le mansioni del giudice.<sup>23</sup> Quando se ne occupava ciò era limitato alle offese *hudūd*. In generale la giurisdizione in materia penale sottoposta al *qāḍī* risultava problematica in quanto quest'ultimo non era equipaggiato per attivarsi lui stesso nelle indagini né era coadiuvato da un idoneo *staff*. La sua decisione dipendeva interamente dal fatto storico e soprattutto da come esso veniva ricostruito dall'iniziativa delle parti. Sommariamente detto, nel sistema islamico l'azione penale per i reati di minor entità aveva un connotato privatistico e si risolveva in una citazione. La vittima o i suoi eredi dovevano quindi provare in giudizio le ragioni poste a fondamento della richiesta; il giudice, dopo aver chiesto al denunciato di produrre prove a discarico assume così un ruolo passivo, osservando il corretto svolgimento del processo e garantendo l'osservanza delle regole processuali. Il giudice deve poi decidere se la sentenza dovrà essere portata ad esecuzione ovvero potrà essere sospesa.

Poiché la figura di un pubblico ministero che svolga le indagini, raccoglie gli elementi di prova e formuli una imputazione richiedendo al giudice di pronunciarsi non esiste nel sistema islamico, si può così immaginare come la vittima di un crimine avesse maggior interesse a rivolgersi alla polizia o alle autorità similari, anziché al giudice, poiché quegli organi soltanto avevano il potere di investigare e arrestare i sospetti.

Per quanto riguarda il principio di legalità, esso trova il suo fondamento nel Corano e nella *sunna* profetica ed ha tre corollari:

- nessuno può essere imputato o punito in assenza di una previa legge che preveda espressamente quella fattispecie e quella pena;
- nessun giudice può punire qualcuno in maniera discrezionale senza il supporto di indizi e prove legali;
- il testo normativo in base al quale si applica la legge penale deve trovarsi in esistenza e vigenza al momento in cui il reato è stato commesso.

La sostanza del principio di legalità è anche desumibile da una massima giuridica in base alla quale viene statuito che tutto è permesso se non è espressamente vietato, il consentito è la regola generale.<sup>24</sup> Di conseguenza, nessuno può essere punito in assenza di una espressa previsione normativa.

Il principio di legalità viene inteso dal diritto musulmano come una espres-

---

<sup>23</sup> RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 11.

<sup>24</sup> Il principio si trova, tra gli altri autori, chiaramente illustrato in ABU ḤAMĪD MUḤAMMAD AL-ĠAZĀLĪ, *Al-Mustaḥḍā min 'ilm al-uṣūl*, al-Maṭbā'a al-Amiriyya, vol. I, Dār Ihyā' al-Turāṭ al-'Arabi, Beirut Beyrut, 1997, I, p. 63-64; SAĪF AL-DĪN AL-'AMĪDĪ, *al-iḥkām fi uṣūl al-aḥkām*, Muḥammad 'Alī Subayḥ, Cairo, 1969, I, p. 112.

sa limitazione al potere dello Stato. Nell'assetto dello Stato islamico così come nel sistema giuridico non vi è spazio per l'arbitrio o per le prerogative ed i privilegi di singoli o gruppi. Anche il capo dello Stato o gli ufficiali governativi sono ugualmente responsabili, come tutti gli altri credenti, di fronte alla legge. Il giudice, nell'applicazione di quest'ultima, non dipende dal potere esecutivo né viene limitato dall'*imām*, essendo la sua attività giurisdicente indipendente, terza ed imparziale e quindi una garanzia per la collettività, anche perché l'unico limite imposto al giudice e ad ogni organo dell'amministrazione della Comunità musulmana deve conformarsi a ciò che Dio ha prescritto, cioè a dire alla legge divina che è stata trasfusa nel Corano. Ciò perché solo a Dio spetta il potere: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli è il vero, egli è il miglior giudice* (Cor VI:57).

L'alto livello di tutela che l'*islām* riconosce al principio di legalità, determina la possibilità-dovere per il cittadino di non obbedire alle autorità se queste ultime violano la legge. Questo esplicito messaggio viene riportato nel seguente *ḥadīṭ*: *non c'è ubbidienza nella trasgressione, l'obbedienza è soltanto nella legge*<sup>25</sup> così come *non vi è obbedienza agli uomini che disobbediscono a Dio*.<sup>26</sup> In riferimento a queste fonti autorevole dottrina afferma che l'*islām* conferisce ad ogni credente il diritto di rifiutarsi di commettere un crimine qualora qualcuno appartenente all'amministrazione dello Stato, ad ogni titolo, gli ordini di farlo.<sup>27</sup> In sintonia con questa visione, altri autori sono concordi nell'affermare come la sovranità di uno Stato islamico sia ad un tempo garantita e limitata dalla applicazione della *ṣarī'a*.<sup>28</sup>

Ma prima ancora che nelle tradizioni, il principio di legalità trova un preciso riconoscimento all'interno del Libro sacro.

Vi si legge, infatti: *... Essi non ti crederanno finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettersi, di sottomissione piena* (Cor

---

<sup>25</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZIM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 39.

<sup>26</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀĪMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AHMAD HASAN, Muḥammad Aṣrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 2285.

<sup>27</sup> ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, cit., p. 33.

<sup>28</sup> SOBHI MAḤMĀSSĀNĪ, *Arkān huqūq al-insān fi 'l-islām*, Dār al-'ilm li-l-Malayin, Beirut, 1979, p. 94, il quale oltre alla propria riporta la posizione di ABD AL-RAḤMĀN IBN ḤĀLDUN; ABU AL-ḤASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-aḥkām al-sultāniyya*, cit., p. 58; MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, I.B. Tauris, London-New York, 2003, p. 65.

IV:65); *In verità noi ti abbiamo rivelato il libro apportatore di verità, perché tu giudichi fra gli uomini secondo quanto Dio t'ha mostrato; non disputare a favore dei traditori (Cor IV:105); e messaggeri mandammo annunciatori e ammonitori, perché gli uomini non avessero più alcun argomento da portare contro Dio, dopo l'invio dei messaggeri divini (Cor IV:165); ... se questi vengono a te, fa da arbitro fra di loro o storna ad essi il volto... e se fai da arbitro fra di loro giudica secondo giustizia, perché Dio ama i giusti (Cor V:42); E a te abbiamo rivelato il libro secondo verità, a conferma delle scritture rivelate prima, e a loro protezione. Giudica dunque fra loro secondo quel che Dio ha rivelato e non seguire i loro desideri a preferenza di quella verità che ti è giunta. A ognuno di voi abbiamo assegnato una regola e una via, ... giudica dunque tra il popolo secondo quanto Dio ha rivelato e non seguire i loro desideri, e bada che essi non ti seducano e ti stornino da parte di ciò che Dio ti ha rivelato... (Cor V:48-49); Segui quel che ti è stato rivelato dal tuo Signore e non c'è altro Dio che lui (Cor VI:106); E questo ti dica che il tuo Signore non distrugge le città per l'iniquità ivi commessa, se la gente loro ne è inconsapevole (Cor VI:131); E non si addice a Dio di traviare un popolo dopo che lo ha guidato al bene prima di mostrargli chiaro che cosa debba temere... (Cor IX:115); Che noi non distruggeremo città alcuna senza averle prima dato una scrittura ben conosciuta (Cor XV:4); E poi per certo il tuo Signore, con quelli che operarono il male per ignoranza e poi si convertirono e si corressero, per certo il tuo Signore sarà indulgente (Cor XVI:119); E noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino (Cor XVII:15); E quando sono chiamati davanti a Dio e al suo Messaggero perché giudichi fra loro ... hanno forse un morbo nel cuore o dubitano, o hanno paura che Dio e il suo Messaggero li trattino ingiustamente?... invece, il parlare dei credenti quando sono chiamati avanti a Dio e al suo Messaggero perché giudichi fra loro è: abbiamo udito e obbediamo (Cor XXIV:48, 50-51); Ma noi non sterminammo nessuna città senza mandarle, prima, ammonitori (XXVI:208); ma il tuo signore non prese a sterminare quelle città senza avere prima inviato alla loro comunità un messaggero a recitare loro i nostri segni e solo alla città sterminata o la cui gente era ingiusta (Cor XXVIII:59).*

Diverse considerazioni discendono dall'analisi dei passi coranici appena richiamati; in primo luogo, si rileva come l'attribuzione delle funzioni giudiziarie del Profeta derivi direttamente dal Libro sacro.<sup>29</sup>

Inoltre, anche l'amministrazione politico-giudiziaria della comunità viene condotta alla luce del Libro sacro, ed i credenti sono tenuti ad obbedire a Dio,

---

<sup>29</sup> Cor IV:65 e 105; V:42 e 48-49; XXIV 48 e 50-51.

al suo Profeta ed ai detentori dell'autorità,<sup>30</sup> e devono conformarsi al testo sacro e, se non agiscono in tal senso, ogni loro atto prima ancora di integrare un possibile reato, è nullo.<sup>31</sup>

In quanto disciplinato alla luce della *šarī'a*, il sistema islamico trova vigenza in base alla legge religiosa, che è sempre in vigore e non viene ad essere modificata o abrogata da disposizioni successive, in base al principio di stretta legalità.

Vi è tuttavia un contemperamento a tale regola, determinato dallo stato di necessità o *darūra*. Tale condizione è una costruzione dottrinale elaborata dai giuristi, in base alla quale gli atti che sarebbero in tempi normali solitamente illegittimi, possono acquistare legittimità in determinate circostanze, allorquando appaiano necessari per assicurare il normale funzionamento delle istituzioni.<sup>32</sup> La deroga al principio di legalità trova fondamento innanzitutto nel Corano, ove viene infatti riportato come: *Vi siano dunque proibiti gli animali morti, il sangue, la carne di maiale (...) quanto poi a colui che vi è costretto per fame e senza volontaria inclinazione al peccato, ebbene Dio è misericorde e pietoso* (Cor II:3). Lo stato di necessità viene anche legittimato dalla *sunna*, poiché tanto le tradizioni del Profeta che quelle dei Califfi riportano diffusamente precisi casi di circostanze eccezionali in cui è stata applicata la nozione di *darūra*. Così, durante le prime campagne di conquista, Muḥammad sospese l'amputazione di arti quale pena da applicare in caso di furto, avendo bisogno di braccia e gambe integre per le campagne militari; analogamente, il Califfo 'Umar sospese la medesima pena durante periodi di carestia. Tuttavia, la deroga così assurta a principio generale, riassumibile nella massima "la necessità rende lecite le condotte proibite", deve tuttavia proporzionarsi alla situazione contingente; così, deve essere limitata nel tempo e deve decadere al venire meno delle circostanze che hanno giustificato la sua attivazione nel sistema.

La *šarī'a* impiega differenti metodi per dare attuazione al principio di legalità nella legge penale.

In riferimento ai reati più gravi, che destano un maggiore allarme sociale, la *šarī'a* codifica sia le condotte punibili, sia le pene da applicare; le pene così specificate possono ricadere tanto nell'ambito più grave delle pene *ḥudūd* quanto in quello meno grave delle pene cd. di vendetta privata o *ḡināyāt*,

---

<sup>30</sup> "O voi che credete, obbedite ad Allāh e al Messaggero e a coloro di voi che hanno l'autorità" (Cor IV:59).

<sup>31</sup> "O credenti, ubbidite a Dio, al suo Profeta e non rendete nulle le vostre opere" (Cor XLVII:33).

<sup>32</sup> ABDALLAH HARSI, "Introduction au droit public musulman", in *R.E.M.A.L.D.*, Editions Maghrébines, Casablanca, 2006, p. 101.

quest'ultimo suddiviso, a seconda del differente grado di colpevolezza e del comportamento dei soggetti, in taglione o *qiṣās*, pagamento del prezzo del sangue ovvero *diyya*, diversificata in maggiore e minore e che costituisce un indennizzo risarcitorio che fa venire meno l'antigiuridicità, ed espiazione o *kaffāra*.

Viceversa, per le condotte portatrici di un allarme sociale più attenuato, lì dove quindi l'ordine e la sicurezza pubblica vengono messi in pericolo in maniera più lieve, la legge penale islamica si limita a definire soltanto le condotte punibili o *ma'ṣiya* ed a fornire unicamente delle indicazioni generali per quanto riguarda le pene. Si ricadrà in questo caso nell'ambito dei reati puniti con pene discrezionali o *ta'zīr*, che consistono unicamente nella previsione della trasgressione, precisata dalla legge e non quindi lasciata alla valutazione arbitraria del giudice, venendo consentito a quest'ultimo un criterio discrezionale nella individuazione della singola pena da attribuire al caso concreto. Queste pene possono essere sia limitative della libertà personale (reclusione in casa o in carcere, espulsione dal quartiere o dal villaggio, bando o esilio), sia della disponibilità patrimoniale (sequestro di beni finalizzato alla confisca, da distribuire a poveri e bisognosi), ovvero consistere in punizioni corporali (fustigazione, esposizione in pubblico, annerimento del volto) e di carattere morale (strappo del turbante, sguardo di disapprovazione o rimprovero del giudice). È un errore tuttavia ritenere che le pene discrezionali non siano contenute e regolate in un testo giuridico o che il giudice sia totalmente libero nella determinazione sia della condotta punibile sia della relativa pena da applicare.<sup>33</sup> In un siffatto contesto, è agevole verificare come la *ṣarī'a* imponesse alcune restrizioni al potere giurisdizionale. In primo luogo il giudice dovrà verificare se il fatto posto alla sua attenzione integri una particolare *ma'ṣiya*; quindi, una volta individuata la fattispecie punibile, essa dovrà essere correttamente provata e soltanto dopo tali passaggi egli potrà comminare una pena adeguata. Le condotte punite con pena *ta'zīr* sono ben individuate nei testi giuridici e se ne possono ritrovare dettagliati elenchi. Tra le altre, possono essere ricordate: consumo di alimenti o sostanze proibite, mancata celebrazione della preghiera, abuso della fiducia altrui, falsificazione e truffa in pesi e misure, spergiuoro, usura, atti osceni, ingiurie, corruzione, violazione di domicilio, spionaggio.<sup>34</sup> In tutti questi casi il Corano e la *sunna* determinano la fattispecie che ver-

<sup>33</sup> Una isolata posizione dottrinale, di ristrette conoscenze arabo-islamiche ma di somme conoscenze giuridiche, ha ritenuto le pene *ta'zīr* contrastanti con il principio di legalità in materia penale. Così GIULIANO VASSALLI, "In margine al diritto penale islamico", in *La giustizia penale*, 1980, II, 5, p. 140.

<sup>34</sup> MUHAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 71.



rà quindi a costituire una particolare trasgressione, in riferimento alla quale il giudice dovrà applicare una pena adeguata e proporzionale, che andrà dal semplice richiamo, alla multa e in casi estremi alla detenzione, in base al suo potere di scelta, che non va confuso con il potere discrezionale. Nell'ambito della teoria gius-pubblicistica islamica, né il giudice né altri organi dell'esecutivo o dell'amministrazione pubblica godono di funzioni e di poteri illimitati di questo tipo.

Vi sono poi alcuni reati puniti con pene discrezionali, che violano *al-maṣlah al-'amma*, l'interesse pubblico, per i quali non è prevista concretamente la condotta penalmente rilevante ma soltanto i principi generali; ciò in quanto queste condotte sono di tipo imprevedibile, e non possono quindi essere specificate in anticipo. In tali casi, pur non trovandosi in presenza di una *ma'siya*, il *qāḍī* potrà eccezionalmente applicare una pena *ta'zīr*; poiché la condotta è pregiudizievole per il pubblico interesse e causa un danno alla società. Esempi di questo tipo di pene discrezionali applicabili dal giudice e non prefissate nelle corrispondenti fattispecie sono: le misure di sicurezza nei confronti dell'alienato mentale e la custodia cautelare per facilitare le investigazioni o motivata dal pericolo di fuga.<sup>35</sup>

Nel diritto islamico, la carcerazione o *ḥabs* non è concepita come pena, se non nell'ambito dei reati puniti con pena discrezionale, ma è una misura coercitiva dalla duplice valenza: per quanto riguarda la comunità, mira ad assicurare l'osservanza delle norme e ad evitare una possibile reiterazione del reato; in relazione al reo, tende a suscitare il pentimento o *tawba*<sup>36</sup> e a consentire una anticipazione di espiazione in terra rispetto alla pena nell'al di là (per il peccato commesso).

Le pene discrezionali, in genere, devono operare ad un livello di severità inferiore rispetto a quello prescritto per le pene coraniche. Esse possono anche essere irrogate in tutti quei casi in cui una pena *ḥadd* non può essere in concreto applicata, ad esempio perché le prove sono risultate inidonee o insufficienti, o perché nel reato concorre una persona non punibile o non imputabile. In tali casi quindi il giudice potrà comminare discrezionalmente una pena inferiore rispetto a quella espressamente prevista dalla legge per la fattispecie in esame ma non applicabile, ripristinando così l'equilibrio alterato dalla condotta criminosa.

Vi è discordanza tra le diverse scuole giuridiche sui limiti quantitativi delle pene *ta'zīr*. Alcuni giuristi, appartenenti soprattutto alla scuola mālikita, repu-

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, p 71.

<sup>36</sup> JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 183.

tano che le pene discrezionali non siano coperte da alcun limite; šāfi'iti e ḥanbaliti ritengono che le pene *ta'zīr* devono essere inferiori alla corrispondente pena *ḥadd*; alcuni tra gli ḥanafiti affermano che le pene *ta'zīr* non devono eccedere la più bassa delle pene *ḥudūd*, non potendo di conseguenza superare le 40 frustate. Per alcuni autori ḥanbaliti, il limite è costituito da 10 colpi di frusta.

Risulta così chiaro che per le pene discrezionali, pur avendo portata residuale rispetto alle pene di vendetta privata ed a quelle coraniche, in realtà rappresentano la regola generale di applicazione della giurisdizione e per alcuni autori esse costituiscono espressione della flessibilità del sistema penale islamico, senza le quali esso si sarebbe dimostrato inadeguato già subito dopo il primo periodo dell'islām.<sup>37</sup>

Per quanto riguarda la presunzione di non colpevolezza, il Corano afferma: *Chiunque commetta un errore o un peccato e poi lo rigetta su un innocente, si carica di una calunnia e di un peccato evidente* (Cor IV:112). Inoltre, vi sono *ḥadīṭ* del Profeta che recitano: *allontana le pene hudud dai sospetti e dai dubbi e se l'accusato ha una via di salvezza, rilascialo; è meglio per l'imām perdonare erroneamente piuttosto che punire erroneamente ed ancora evita di ammazzare i musulmani se lo puoi.*<sup>38</sup>

La responsabilità, dunque, va provata e se vi sono sospetti o dubbi circa l'effettiva colpevolezza di un soggetto, va applicato il principio del *favor rei* o, per meglio dire, *in dubio pro reo*.

La presunzione di non colpevolezza, che abbraccia una nozione più ampia rispetto a quella di innocenza, fonda il concetto in base al quale nessuno può essere ritenuto colpevole di un crimine prima che questo sia stato pienamente provato.<sup>39</sup>

Così, una pena non potrà essere irrogata e quindi portata ad esecuzione se il giudice, in base al materiale probatorio valutato, non si convincerà della ef-

---

<sup>37</sup> Così MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, American Trust Publications, Plainfield, 2000, p. 115.

<sup>38</sup> In dottrina, diverse sono le pubblicazioni sul tema della presunzione di non colpevolezza. Si rinvia a quelle citate in MUHAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 52, nota 26.

<sup>39</sup> Il diritto islamico, ponendo quale principio basilare del suo sistema la presunzione di non colpevolezza e non quella di innocenza, si è dimostrato precursore ed antesignano della riflessione maturata secoli dopo, sul punto, dalla società delle Nazioni e sfociata nell'art. 11 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10/12/1948, nonché nell'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, siglato sotto l'egida dell'ONU a New York il 16/12/1966, ed entrato in vigore il 23/03/1976.

fettiva responsabilità dell'accusato oltre ogni ragionevole dubbio.<sup>40</sup>

Sospetti e dubbi possono essere classificati in quattro categorie:

- concernenti fattispecie, imputazione e prove collegate;
- concernenti volontà criminale e *mens rea*;
- concernenti prove sulla commissione del reato o sull'elemento materiale del reato;
- concernenti la applicazione della legge penale in riferimento a dettagli o elementi concreti del fatto storico posto in esame.

Tutte le scuole giuridiche concordano sul fatto che tale regola è applicabile a ogni crimine, soprattutto se punito con pena fissa.<sup>41</sup>

Il principio di legalità e la presunzione di non colpevolezza sono strettamente connessi ed inscindibili, ad un tempo l'uno base e risultato dell'altro. Corollari del principio di presunzione di non colpevolezza risultano essere le seguenti affermazioni:

- l'accusato è presunto innocente, e la sua dignità, libertà personale e sicurezza fisica devono essere rispettate, preservate e protette fino alla sentenza definitiva;
- il pieno rispetto delle regole processuali, segnatamente quelle relative al procedimento probatorio, deve essere osservato in tutti i gradi e stati del processo;
- l'accusato può difendersi e utilizzare ogni mezzo riconosciuto dalla legge, ovverosia non espressamente vietato, per superare e scardinare le accuse mossegli;
- ogni dubbio o sospetto deve essere interpretato in favore dell'accusato ed ogni indizio, ancorché grave, non può essere da solo sufficiente a motivare un giudizio di colpevolezza, giustificato unicamente dalla pluralità, rilevanza, precisione e concordanza indiziaria.

La nozione di libertà personale ha nel diritto islamico un'accezione molto vasta. Per *ḥaqq al-amn*,<sup>42</sup> infatti, si intende il diritto alla sicurezza personale; il diritto alla vita in forma libera e pacifica, senza il timore di aggressioni ingiustificate, stati di detenzione arbitrari e comminazione di pene illegittimi; il diritto di libera disponibilità delle proprietà e dei beni personali; il diritto alla salvaguardia dell'onore e del decoro personali da ingiustificate aggres-

---

<sup>40</sup> YAQŪB IBN IBRAHĪM ABU YUSUF, *Kitāb al-ḥarāğ*, traduzione francese di EDMOND FAGNAN, *Livre de l'impôt foncier*, Paul Geuthner, Paris, 1921, p. 22.

<sup>41</sup> MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 46.

<sup>42</sup> Su questo particolare valore si veda MOḤAMMAD HAŠĪM KAMALI, *The Right to Life, Security, Privacy and Ownership in Islam*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2008, *passim*.

sioni, perpetrate da privati o anche dallo Stato o da altri Stati. Nel novero dei valori tutelati, va anche ricompresa la nozione di libera circolazione e libertà di movimento, orientata all'utilizzo delle risorse della terra ed allo sviluppo degli scambi commerciali. Molti sono i versetti da cui vengono ricavati i concetti di tutela della vita, dell'onore e dei beni dell'uomo, primo tra tutti: *E noi già molto onorammo i figli d'Adamo e li portammo per la terra e sul mare e demmo loro provvidenza buona, e su molti degli esseri da noi creati preferenza grande* (Cor XVII:70).

Le regole della *šarī'a*, finalizzate alla salvezza, integrità e libera disponibilità della persona e dei suoi beni, trovano così il loro fondamento nel testo coranico, ove la dignità dell'uomo viene descritta come dono di Dio. Essa, conseguentemente, costituisce un valore assoluto, in base al quale l'essere umano deve essere trattato in maniera decorosa e giusta: le libertà e i diritti collegati alla sicurezza personale e dei beni, nell'islām, vengono quindi visti come una manifestazione della dignità dell'uomo, a sua volta espressione della grazia di Dio diffusa sul genere umano.<sup>43</sup>

Nel libro sacro vengono poi riportate altre manifestazioni del concetto di dignità dell'uomo, fra le quali spicca la nozione di libertà dalle aggressioni: *Combatteteli dunque, fino a che non ci sia più scandalo e la religione sia quella di Dio; ma se cessano la lotta, non ci sia più inimicizia che per gli iniqui* (Cor II:193). È evidente come il Corano proibisca ogni forma di ostilità nei confronti di tutti coloro che non abbiano commesso atti di aggressione, e consenta manifestazioni di ostilità unicamente nei confronti degli aggressori.

La dignità dell'uomo, inoltre, viene anche salvaguardata nelle regole orientate alla celebrazione di un giusto processo, che vedono sacramentata la tutela dei diritti dell'imputato.

Per quanto riguarda il principio di responsabilità, va detto che il sistema penale islamico è basato sul principio della responsabilità individuale e personale; i soggetti vengono puniti in base ai loro propri atti.

Nel Corano viene espressamente stabilito che nessuno può essere accusato o punito per un crimine commesso da altre persone: *... ogni anima, se commette il male non lo fa che contro sé stessa e nessun'anima carica sarà caricata dal carico altrui* (Cor VI:164); *Chi segue la retta via lo fa a suo favore e chi si travia, si travia contro se stesso, e nessun'anima sarà caricata del peso di un'altra...* (Cor XVII:15).<sup>44</sup> Questo principio è ripetuto in un *ḥadīṭ* che recita

---

<sup>43</sup> Diversi sono i versetti che descrivono il rapporto creatore/creatura, padre/figlio, tra i quali vanno ricordati Cor XCV:4; XXXVIII:72; II:34.

<sup>44</sup> Per completezza, va evidenziato che il Corano cita anche altri passi in cui il principio viene

nessuna persona può essere incriminata per un crimine commesso da un'altra persona.<sup>45</sup>

Sempre nel testo sacro del Corano viene detto: *In verità noi ti abbiamo rivelato il libro portatore di verità, perché tu giudichi fra gli uomini secondo quanto Dio ha mostrato; non disputare a favore dei traditori* (Cor IV:105). Questa rivelazione viene riferita ad un episodio storico concernente una disputa tra un musulmano, Ibn Ubayrāq, ed un ebreo. Il musulmano aveva dapprima rubato una cotta di maglia e la aveva poi occultata nella casa dell'ebreo, accusando quest'ultimo del furto. Fu supportato in questa falsa accusa dalla sua tribù. Il Profeta, al quale fu portato il caso, scagionò l'ebreo dall'accusa e Ibn Ubayrāq fuggì via, abiurando l'islām.<sup>46</sup>

Altri due versetti consacrano tale principio: *Chiunque commette un peccato, rende se stesso responsabile e Chiunque commette una mancanza o un peccato e poi lo rigetta su un innocente, si carica di una calunnia e di un peccato evidente* (Cor IV:11-12).

Non vi sono ipotesi di *culpa in vigilando* rilevanti penalmente, anche perché il concetto di negligenza è sconosciuto nel diritto islamico,<sup>47</sup> né sussistono ipotesi di responsabilità penale per quelle che nel diritto islamico sono assimilabili alle persone giuridiche, come il *waqf*.<sup>48</sup>

Pene ascrivibili a responsabilità collettive non sono permesse, anche se possono essere riconosciute delle deroghe a tale principio generale.

Una prima deroga viene fornita da un particolare istituto, detto *qasāma*, di contaminazione pre-islamica e che ha trovato applicazione soprattutto nella dottrina ḥanafita, in base al quale gli abitanti di una casa, di un quartiere o di un villaggio, ovvero equipaggio e passeggeri di una imbarcazione, possono essere ritenuti finanziariamente responsabili in conseguenza di un omicidio che sia stato commesso nella casa, nel quartiere, nel villaggio o sull'imbarcazione,

---

espresso, seppure in maniera secondaria o indiretta. Se ne riporta, di seguito, soltanto l'elencazione: Cor II:134; III:30; VI:52; X:41; XXIX:12-13; XXXI:33; XXXV:18; XXXVI:54; XXXIX:7; XL:17; LI:21; LIII:38-40; LXXXII:19.

<sup>45</sup> MUḤAMMAD AL-ŠAWKANI, *Nayl al-awfār šarh muntaqa al-akhbār*, Dār al-Wafa, Cairo, II, 1998, n. 334.

<sup>46</sup> SYED UTHMAN AL-HABSHI, *Islamic conception of justice*, Institute of islamic understanding, Kuala Lumpur, 1994, p. 3.

<sup>47</sup> Così JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 190.

<sup>48</sup> I *waqf* sono fondazioni pie che si occupano di garantire il *welfare*, ovverosia tutta una serie di servizi pubblici, dalla costruzione di moschee, ospedali, mense pubbliche, bagni pubblici, strade, scavi di pozzi ecc. e costituivano, allo stesso tempo, una realtà legale, religiosa e sociale. Per un approfondimento si può consultare GIORGIO VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 318 e ss.

ad opera di un residente ovvero quando l'autore del fatto è rimasto ignoto; a riprova della loro mancanza di responsabilità, vengono chiamati a fare uno specifico giuramento. Si tratta di situazioni che richiedono un pesante quadro indiziario che, pur non consentendo un giudizio di colpevolezza dell'imputato, ovvero pur impedendo l'identificazione del diretto responsabile, risulti tale da giustificare il dirottamento delle censure nei confronti di parenti ed affini, o anche di astanti o residenti nel *locus commissi delicti*.

Una ulteriore deroga si ha quando, al reo di un crimine punibile con la regola del taglione (riassunta in Cor II:178-9 e IV:92-3) viene consentito di espiare attraverso il pagamento del prezzo del sangue, la *diyya*: *e nella Torah prescrivemmo a voi anima per anima, occhio per occhio, naso per naso, orecchio per orecchio, dente per dente e, per le ferite la legge del taglione. Ma chi dà in elemosina il prezzo del sangue, ciò sarà per lui di purificazione* (Cor V:45), allorquando viene riconosciuta ai prossimi del reo (il clan sociale, la tribù, la *gens*, la *‘āqila*) la facoltà di concorrere nel pagamento. Tale possibilità ha una duplice valenza. Quella di fornire maggiori possibilità di soddisfazione e risarcimento alle persone offese, ma soprattutto quella di pacificazione sociale, determinata dalla responsabilizzazione nella compensazione. Di fatto, ciò costituisce una risposta positiva alla piaga pre-islamica delle faide, che nel passato avevano comportato notevoli attriti sociali e sperequazioni in termini di composizione e che, se perduranti, avrebbero potuto disgregare l'ordine sociale e la coesione della neonata comunità islamica, caratteristiche viceversa fondamentali per la giovane *umma*, che si sarebbero poi rilevate vitali ed addirittura determinanti per la sopravvivenza e per l'espansione della comunità dei credenti.

Per riferirsi poi al principio di irretroattività, nel Corano, si legge: *E non sposate le mogli già sposate ai vostri padri, salvo quanto già è avvenuto: e questo è una turpitudine, un abominio, un abietto costume* (Cor IV:22); *..vi è proibito... salvo quanto già è avvenuto...* (Cor IV:23); l'inciso "salvo quanto già è avvenuto" esprime il principio di irretroattività. Nel Testo sacro si legge ancora: *Di a coloro che rifiutano la fede che, se desistono, quello che è ormai passato sarà loro perdonato, ma se riattaccano, sappiano che già gli antichi ebbero punizioni esemplari* (Cor VIII:38); *... Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura. E colui cui arrivi questo avvertimento divino e desista da questo peccato, gli sarà condonato quel che è passato...* (Cor II:275); *Dio perdona il peccato passato, ma Dio prenderà vendetta del recidivo* (Cor V:95); *Chi segue la retta guida, lo fa a suo favore, e chi si travia, si travia contro se stesso, nessun'anima sarà caricata del peso di un'altra; e noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino* (Cor XVII:15. Quest'ultimo è anche portatore del criterio personale nella responsabilità penale).

Il principio, sancito dal Corano, si è consolidato in tutto il diritto islamico; anche se ciò può riguardare unicamente il periodo pre-islamico, è importante notare come la non retroattività della legge, soprattutto in campo penale, sia una garanzia di portata universale.

Da queste letture, alcuni autori desumono che il Corano proibisce l'applicazione della legge penale dell'islām per reati che sono stati commessi prima dell'avvento dell'islām stesso e questo, in linea di principio, stabilisce la non retroattività delle pene secondo la *šarī'a*.<sup>49</sup> La sostanza di questi versetti è confermata da un celebre *ḥadīṭ* secondo cui 'Amr ibn al-'Āṣ, quando abbracciò l'islām, promise fedeltà al Profeta e chiese se sarebbe stato considerato responsabile per le sue condotte passate. Il Profeta rispose: "tu sai, o 'Amr, che l'islām dimentica ciò che precedeva e di cui è stato preso il posto?".<sup>50</sup> Come in molti sistemi giuridici, anche in quello islamico si riscontra una significativa eccezione al principio di non retroattività della legge penale, in base alla quale la nuova legge avrà valenza anche per le condotte passate; ciò accade quando l'effetto retroattivo viene applicato in favore della persona accusata, a meno che non si sia già formato un giudicato. Una seconda eccezione la si ritrova nell'ipotesi in cui le condotte poi incriminate siano state così gravi da poter comunque turbare l'ordine e la sicurezza pubblica; molti autori si riferiscono alle ipotesi di strage, calunnia e incesto.<sup>51</sup>

Per le nozioni di *mens rea* e imputabilità, i giuristi musulmani evidenziano come sia necessaria la sussistenza di tre requisiti per l'applicazione di una determinata pena:

- ❖ l'autore deve avere avuto la possibilità di scelta, tra l'assumere o meno la condotta o *qudra*;
- ❖ deve aver avuto la conoscenza della antigiuridicità dell'atto (*'ilm*);
- ❖ deve avere avuto intenzionalità nell'agire (*qaṣd*).

Perché sia consacrata una responsabilità penale, quindi, l'autore deve avere scelto di avere una determinata condotta, con coscienza e volontà, senza versare in ipotesi scriminanti.

Non si può avere imputabilità se l'autore di un'offesa non ha la capacità intellettuale di comprendere pienamente le implicazioni della sua condotta, poiché imputabilità implica capacità di discernimento e responsabilità, ovverosia

---

<sup>49</sup> MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 70.

<sup>50</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌĪRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 192.

<sup>51</sup> Per approfondimenti sulle varie interpretazioni di questa seconda eccezione, si veda ABDUL KĀDIR OUDAḤ SĀHĪD, *Criminal law of Islam*, Adam Publishers & Distributors, New Delhi, 2005, I, pp. 309 e ss.

richiede la qualità di *mukallaf*. In specifiche circostanze, infatti, un individuo che ha integrato una fattispecie criminosa non verrà giudicato responsabile del fatto compiuto o non verrà punito per il reato commesso. Ciò è determinato dalla assenza dei caratteri attributivi della responsabilità penale e, più in generale, del requisito della *mens rea*. È questo il caso degli illeciti commessi dai minori, dagli alienati mentali o da soggetti versanti in particolari situazioni di temporanea assenza della capacità di intendere o volere. In tali circostanze, l'autore del reato non risulterà imputabile.

La minore età e la alienazione mentale determinano, dunque, la non imputabilità.<sup>52</sup>

La minore età non è pre-individuata dalla legge ed essa termina con la pubertà che, in genere, si desume dall'insorgere dei tratti fisici connotanti la maturità sessuale; così, può essere provato che una persona ha raggiunto la maggiore età e quindi che è penalmente responsabile mediante l'osservazione soggettiva.

Vi sono tuttavia delle presunzioni, variamente definite dalle diverse scuole, in base alle quali i minori non possono avere raggiunto la pubertà prima di una certa età ovvero devono averla raggiunta dopo un'altra determinata età. Solamente gli *šī'iti* non fissano una età minima. Al minore non imputabile, tuttavia, può essere impartita una punizione *docendi causa*.

### Tabella <sup>53</sup>

Età prima della quale la pubertà non può essere ritenuta sussistente

	ḥanafiti	mālikiti	šāfi'īti	ḥanbaliti	šī'iti
Bambini	12	9	9	10	--
Bambine	9	9	9	9	--

Età oltre la quale la pubertà deve essere ritenuta sussistente

	ḥanafiti	mālikiti	šāfi'īti	ḥanbaliti	šī'iti
Ragazzi	15	18	15	15	15
Ragazze	15	18	15	15	9

Altre circostanze invece escludono la colpevolezza. In particolare, la legit-

<sup>52</sup> Sulle nozione giuridiche di alienazione mentale e minor età, si veda diffusamente *ibidem*, II, pp. 313 e ss.

<sup>53</sup> Tabella ripresa da RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 21.



tima difesa,<sup>54</sup> lo stato di necessità,<sup>55</sup> la forza maggiore,<sup>56</sup> lo stato di incoscienza (provocato ad esempio da ubriachezza colposa), la paura,<sup>57</sup> la malattia,<sup>58</sup> la debolezza,<sup>59</sup> il viaggio,<sup>60</sup> la cecità<sup>61</sup> ed infine l'essere zoppi.<sup>62</sup> In ogni caso, tanto le cause escludenti l'imputabilità, quanto quelle esimenti possono non precludere una responsabilità finanziaria, in quanto per essa non viene richiesto né il dolo né la colpa, essendo sufficiente la determinazione dell'evento.

Un importante effetto sulla imputabilità viene provocato dall'istituto della incertezza (*šubha*, somiglianza di), in base al quale il requisito di conoscenza di anti giuridicità dell'atto l'*ilm* non viene integrato. Essa è basata su un detto attribuito al Profeta: *evita il più possibile l'applicazione delle pene fisse per i musulmani in presenza di dubbio*.<sup>63</sup> L'incertezza è richiamabile unicamente per i crimini *hudūd* e l'omicidio.

L'incertezza può essere di due tipi, sul fatto e sulla legge. La prima si avrà quando un soggetto ritiene che la sua condotta sia conforme alla legge, essendo incorso in errore scusabile sulla identità delle persone o degli oggetti. Vi è incertezza sul fatto quando:

- una persona colpisce quello che crede sia un corpo morto, ed in realtà si tratta di una persona addormentata;
- un cieco trova una donna nel suo letto ed ha un rapporto con essa, ritenendola erroneamente sua moglie ovvero la sua schiava;
- un uomo si sposa e consuma il matrimonio, scoprendo successivamente che la donna sposata è sua sorella di latte o sorella adottiva; il matrimonio sarà nullo ed i soggetti non potranno essere responsabili di rapporto sessuale illecito a causa dell'errore scusabile.

L'incertezza sulla legge si evidenzia allorquando un soggetto ritiene la liceità del suo atto, derivante da una erronea comprensione della norma. Essa da una parte si scompone nell'ignoranza degli elementi essenziali della legge, come nel caso di ignoranza della proibizione di rubare, di bere vino, di fornicare

---

<sup>54</sup> Per tutti, Cor II:190.

<sup>55</sup> Cor II:173; V:3; VI:119; VI:145; XVI:115.

<sup>56</sup> Cor XVI:106.

<sup>57</sup> Cor IV:101.

<sup>58</sup> Cor II:183-185; IV:43; V:6; IX:91; XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>59</sup> Cor II:282; IV:98-100; IX:91.

<sup>60</sup> Cor II:183-185; IV:43; V:6.

<sup>61</sup> Cor XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>62</sup> Cor XXIV:61; XLVIII:17.

<sup>63</sup> RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 22.

ecc. In tal caso l'ignoranza della legge basata su chiari testi e su fonti quali il Corano, *ḥadīṭ* ed il consenso *ig̃mā'*, sarà scusabile unicamente se l'autore è un soggetto convertito da poco all'islām, oppure se proviene da regioni selvagge, lontane dalla civiltà; d'altra parte, essa è costituita dall'ignoranza degli elementi accessori della norma che determina in genere la scusabilità della condotta. Classici esempi sono l'uccisione di una persona su sua richiesta, il bere vino per motivi medici e il prelevare con sé un bambino ritenendo che sia di propria proprietà. In questi casi, l'accusato non verrà punito con una pena *ḥadd*.

In riferimento a queste condotte scusabili, l'incertezza viene presunta sussistere e deve essere provato unicamente il fatto su cui essa è basata. Questo è anche il caso di una errata conoscenza basata sul Corano o su *ḥadīṭ* che sono stati abrogati da altri testi o che vengono differentemente interpretati dalla maggioranza dei giuristi, o di una conoscenza basata su un'opinione di minoranza. È il caso di chi, ad esempio, uccide suo figlio o ruba beni di propria proprietà, sulla scorta del *ḥadīṭ* che recita “*tu e la tua proprietà appartenete a tuo padre*”.<sup>64</sup>

Per quanto riguarda le condotte di omicidio e lesioni, che come visto non danno luogo alle pene fisse previste nel Corano, gli effetti giuridici 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. Nella difficoltà di stabilire lo stato mentale di una persona al momento dell'atto, per determinare la presenza e il grado di responsabilità, i giuristi classici hanno elaborato una serie di criteri, principalmente orientati alla verifica della idoneità del mezzo utilizzato. In effetti, sul punto sembra maggiormente calzante il criterio delle scuole šāfi'ita e ḥanbalita, 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 ha 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.<sup>65</sup>

Anche nell'ambito dell'omicidio e delle lesioni vi sono gli errori scusabili, riguardanti l'intenzione (*aberratio delicti*) e l'azione (*aberratio ictus*). L'errore o *ḥaṭa'* riguardante l'intenzione (*fī al-qaṣd*) si avrà se qualcuno spara

<sup>64</sup> IBN MAGA, *Sunan*, Dār al-Ḥadīṭ, Cairo, 1998, p. 64.

<sup>65</sup> Per approfondimenti sui criteri selettivi, si rimanda a RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 43.

ad esempio a un uomo perché lo ha scambiato per un animale, lì dove si avrà l'errore relativo all'azione (*fi al-fi'l*) se si spara al bersaglio e accidentalmente si colpisce un uomo.

In riferimento al principio cd. di *ignorantia legis*, va osservato che, contrariamente alla generale previsione esistente nel diritto romano e mutuata poi nel sistema italiano, per il diritto islamico nessuno può essere punito se non vi è prova che abbia conosciuto e compreso il precetto normativo: *nessuno può essere vincolato da una obbligazione se non è capace di comprendere la legge che la impone; un determinato comportamento può essere imposto soltanto se il destinatario del precetto comprende la natura dell'atto e la obligatorietà giuridica*.<sup>66</sup> Perché vi sia la conoscenza delle leggi da parte di tutti i cittadini, e quindi della comunità dei credenti, il testo legale deve essere reso pubblico ed accessibile a tutti. Conseguentemente, non si può essere puniti per un crimine prima che il testo che lo ha previsto sia stato pubblicato, annunciato o comunque portato a conoscenza dei credenti.<sup>67</sup> L'onere di far conoscere le norme per poterne pretendere il rispetto è supportato da diversi passi all'interno del Corano: *Chi segue la retta guida, lo fa a suo favore, chi si travia lo fa contro sé stesso, nessuna anima sarà caricata del peso di un'altra. E noi non castigammo mai senza avere prima inviato un messaggero divino* (Cor XVII:15); *E poi per certo il tuo Signore, con quelli che operarono il male per ignoranza e poi si convertirono e si corressero, per certo il tuo Signore sarà indulgente* (Cor XVI:119); *Ma il tuo signore non prese a sterminare quelle città senza avere prima inviato alla loro comunità un messaggero a recitare loro i nostri segni e solo alla città sterminata o la cui gente era ingiusta* (Cor XXVIII:59); *E questo ti dica che il tuo Signore non distrugge le città per l'iniquità ivi commessa, se la gente loro ne è inconsapevole* (Cor VI:131).

Ne consegue, anche in base alla interpretazione di alcuni giuristi,<sup>68</sup> che in assenza di un testo, chiaro, che richieda determinati comportamenti o l'abbandono di determinate condotte, non potrà esservi responsabilità né potrà essere imposta una specifica pena. Così, un testo normativo può essere indirizzato unicamente ad una persona competente, che possa essere in grado di comprenderlo e per la quale non v'è altra possibilità che seguire il precetto, una volta conosciuto. Viceversa, si ricade nell'ambito dell'errore, per il quale si rimanda al paragrafo su *mens rea* ed imputabilità.

---

<sup>66</sup> ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, Dār al-qalām, Kuwayt, 1978, p. 173.

<sup>67</sup> AL-ʿAWDA, *al-Taṣrīʿ al-ġināʿi al-islāmī*, Vol. I, *Muʿasasat al-Risala*, Cairo, 1982, p. 117; ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, cit., p. 117.

<sup>68</sup> ABDUL WAHHĀB KHALLAF, *ʿIlm Uṣūl al-fiqh*, cit., p. 98.

Ancora più espliciti risultano i seguenti passi del Corano: *Il perdono si ad-dice a Dio solo verso coloro che fanno il male per ignoranza e poi presto si convertono* (Cor IV:17); ... *cosicché chi di voi ha fatto il male per ignoranza ma poi si è pentito e si è migliorato, ebbene Dio è misericordioso e clemente* (Cor VI:54), che in ogni caso richiedono un sincero pentimento per avviare al reato commesso per ignoranza della legge.

In riferimento alla obbligatorietà dell'azione penale, per perseguire le condotte antiggiuridiche più gravi e quindi ai reati punibili con pene *ḥudūd*, il sistema penale islamico ha inderogabilmente inquadrato l'azione penale su un piano pubblicistico di indisponibilità, indefettibilità e non negoziabilità, sancendone così il carattere obbligatorio. Risulta pertanto inammissibile qualunque apertura a persecuzione discrezionale di reati ovvero lasciata alla sola iniziativa delle parti poiché, ricadendo nella sfera del diritto di Dio, non vi è spazio né per querele né per remissioni delle stesse. L'immodificabilità e la inderogabilità delle pene *ḥudūd* è sancita nel seguente passo coranico: ... *questi sono i limiti di Dio: non oltrepassateli, che quelli che oltrepassano i termini di Dio sono gli empi* (Cor II:229).

Ricevuta la *notitia criminis*, è la gravità stessa delle violazioni commesse a richiedere che ci sia un accertamento del fatto, una pronuncia di responsabilità ed una inevitabile esecuzione della condanna. La punizione viene prescritta nell'interesse pubblico, la sua entità è prefissata dalla legge religiosa, non può essere modulata tra minimi e massimi edittali,<sup>69</sup> ed una volta iniziata l'azione, essa non può essere ostacolata o fermata da interventi clemenziali.

Tuttavia, come si vedrà meglio in seguito analizzando la particolare concezione della pena elaborata dal diritto islamico, il sistema ha individuato diversi spazi attraverso i quali le condanne possono, in concreto, non essere eseguite.

Difatti, oltre al rigorismo del procedimento probatorio ed agli espedienti giuridici o scappatoie gli *ḥiyal*, individuati per derogare all'applicazione della pena, una particolare attenzione va rivolta agli istituti della imputabilità (di cui si è parlato diffusamente *supra*) e, soprattutto, delle condizioni obiettive di punibilità e quelle di procedibilità.

Il riferimento è rivolto all'analisi di talune singole fattispecie. In determinate ipotesi, difatti, il legislatore musulmano ha subordinato la punibilità del fatto alla presenza di particolari condizioni, che si aggiungono ai tipici elementi costitutivi del reato; è il caso dell'assunzione di sostanze alcoliche o inebrianti,

---

<sup>69</sup> IBN TAYMIYYA, *Al siyāsa al-šar'īyya fi iṣlah al-rā'ī wa al-ra'īyya*, traduzione italiana di GIAN MARIA PICCINELLI, *Il buon governo secondo l'islam*, Fondazione Ferni Noja Nosedà, Novara, 2001, p. 69.

per la punizione delle quali è richiesta alternativamente la flagranza, la flagrante ubriachezza ovvero la presenza di alito vinoso.<sup>70</sup> Inoltre, le ipotesi di resipiscenza e di recesso attivo hanno una forte valenza in alcune situazioni, tanto da determinare l'improcedibilità dell'azione penale. Ad esempio, nel caso di furto la restituzione della cosa sottratta (prima che la pena sia applicata),<sup>71</sup> nelle ipotesi di brigantaggio o ribellione il recesso attivo (prima dell'arresto)<sup>72</sup> e nella fattispecie di apostasia il ripensamento (nei tre giorni successivi all'arresto per l'uomo, in ogni momento per la donna),<sup>73</sup> determinano il venire meno di una condizione di procedibilità o perseguibilità dell'azione.

Per quanto riguarda le altre condotte, connotate da minor allarme sociale e punite con pene correzionali o con il taglione, l'azione penale non è strutturata nella logica di sistema come obbligatoria, ma è legata ad una citazione di tipo privatistico. Così, essa risulta strettamente connessa alla volontà delle persone offese, al comportamento del reo ed alla discrezionalità del giudice; inoltre, l'ordinamento islamico riconosce un ruolo eminente alla mediazione penale, che in tale senso e limitatamente al diritto degli uomini costituisce una deroga alla giurisdizione e quindi all'azione.

Per la concezione e la funzione della pena, va osservato come, nell'islām, diritto, morale e dogma non si discostano molto l'uno dagli altri. La nozione di reato si confonde sovente con quella di peccato. In realtà, l'attenzione del sistema penale non è tanto rivolta solo alla salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblici o alla tutela di valori quali la morale, il pudore o il diritto all'intimità e libertà sessuale, ma principalmente a condannare un atto che ha infranto un divieto, imposto dalla volontà di Dio.

Nel diritto islamico, infatti, il concetto di antigiuridicità non viene costruito e sviluppato quale valore giustificativo delle scriminanti, né va ad innestarsi quale rapporto tra condotta e norma violata; l'antigiuridicità affonda le sue radici nel disvalore determinato dal fatto che l'azione umana entra in conflitto con l'ordine stabilito e perseguito da Dio, ponendo quindi in pericolo la realizzazione del suo progetto.

---

<sup>70</sup> Per approfondimenti si consulti FELICITAS OPWIS, *Changing the Terms of Authority in Islamic Law: The Punishment for Drinking Wine*, Department of arabic and Islamic studies of Georgetown University, Georgetown, 2001.

<sup>71</sup> LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, Société Anonyme de l'Imprimerie Rapide, Tunis, 1926, pp. 132 e ss.

<sup>72</sup> Sulle nozioni di ribellione e di brigantaggio, si veda diffusamente KHALED ABOU EL FADL, *Rebellion and violence in islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

<sup>73</sup> Per maggiori ragguagli, SENU ABDUL RAHMAN, *Punishment of apostasy in Islam*, Kitab Bhavan, New Delhi, 2006.

Ne discende che, nel sistema islamico, la pena viene concepita in chiave mista, prevalentemente con funzione deterrente, di prevenzione talvolta generale e talaltra speciale, corroborata anche, in maniera concorrente, da quella retributiva e di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica; essa varia in relazione alle singole categorie di condotte illecite cui fa riferimento. Per l'elaborazione dogmatica islamica, infatti, la minaccia della comminazione di pene nell'al di là non è sufficiente ad evitare che vengano posti in essere atti proibiti, ma occorre che vengano fissate in questo mondo delle pene, tanto più severe ed incidenti sulla sfera dei singoli, secondo una scala di intensità correlata alla violazione o al peccato posti in essere.

Invero, le pene coraniche, previste per le condotte più gravi, sono fisse, inderogabili e devono essere eseguite in maniera esemplare nonché, dato saliente, pubblicamente. Il principio di pubblicità nella celebrazione del processo e nell'esecuzione della pena, è modernamente inteso come funzionale ad un controllo da parte della collettività sull'operato del giudice. Tuttavia, risalendo nei tempi dei primi aggregati sociali e nel medioevo islamico, esso va collocato nella partecipazione emotiva della comunità non tanto al processo, inteso come dibattito, quanto soprattutto al suo epilogo, ovvero l'esecuzione della pena correlata alla sentenza. L'esemplarità ed anche la teatralità del supplizio comminato era servente alla giustizia sociale, per ricomporre gli animi e per ricostruire quella pace sociale che era stata aggredita dall'atto criminale. Si riequilibravano e si ripristinavano, così, i sensi di identità comunitaria e di sicurezza pubblica, attraverso lo svolgimento della sanzione con modalità esemplari, volte anche a costituire un monito verso eventuali futuri comportamenti anti giuridici.

La funzione di prevenzione generale delle pene *ḥudūd* viene rimarcata dalla evidenza per la quale i giuristi musulmani, da un lato, si sono sempre mostrati fautori della minaccia della sanzione, dall'altro, si sono sforzati di ritrovare molteplici *ḥiyal* o scappatoie giuridiche alla effettiva esecuzione delle sentenze ed alla concreta applicazione delle pene coraniche. La deterrenza, quindi, è il tratto caratteristico delle pene coraniche.

Significativo, a tal proposito, è il reato di rapporto sessuale illecito (*zinā*). 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 (prematrimoniale, 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), e di aver visto l'organo maschile all'interno di quello della donna (alcune scuole richiedono addirittura la penetrazione del membro per una certa profondità e non il semplice contatto superficiale tra organi, altre ancora richiedono la congiunzione tra gli organi, non perfezionata in caso di frapposizione di una stoffa o altro materiale simile). 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 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.

La dottrina non ha mai scandagliato i motivi e le ragioni degli ordini e dei divieti imposti da Dio, dal momento che fare ciò significherebbe voler assumere un comportamento empio; il suo operato è stato prevalentemente quello di raggruppare ed elencare i casi che possono integrare fattispecie di reato e di peccato.<sup>74</sup> La pena *ḥadd* è il "limite" (come indicato appunto dalla sua traduzione letterale)<sup>75</sup> specifico oltrepassato il quale si viola un diritto divino; innalzare questo limite o questa barriera significa quindi constatare l'infrazione e applicare la sanzione prevista. Ciò viene meglio spiegato dall'analisi della *ratio* di alcune proibizioni coraniche, quali i divieti in materia di comportamenti sessuali, il cui fondamento non va ricercato nel rispetto unito al terrore che da sempre hanno ispirato ai popoli gli atti principali della vita, quali i misteri della nascita, della morte e della riproduzione e che infondono sentimenti morali e di pudore, ma nel suo significato ontologico; il limite innalzato per tali reati, di fondo giustificabile dalla necessità di conservare l'integrità della filiazione ed evitare la *confusio sanguinis*, non viene così motivato da un punto di vista teoretico, ma se ne impone il rispetto unicamente perché presente.

Può risultare utile, poi, evidenziare come per la maggior parte delle scuole

---

<sup>74</sup> LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, cit., p. 90.

<sup>75</sup> Sul senso concettuale e semantico di limite, nel Corano e nel diritto islamico in generale, si rimanda a MOHAMMAD HAŠĪM KAMALI, *Punishment in islamic law*, Ilmiah Publishers, Kuala Lumpur, 1995, p. 46 e ss.



giuridiche, la severità delle pene coraniche viene giustificata dal punto di vista religioso con la circostanza che l'esecuzione della pena comporta l'espiazione dal peccato e, quindi, la mancata punizione per esso nell'al di là.<sup>76</sup> Gli ḥanafiti non concordano con tale concezione, ritenendo che l'espiazione del peccato, in terra, può essere determinata non dalla soggezione ad una pena *ḥadd*, ma unicamente da un sincero e reale pentimento.

Per le condotte antigiuridiche di medio allarme sociale, poi, ovverosia i casi di omicidio e di lesioni, la pena viene prevista con funzione retributiva,<sup>77</sup> attraverso l'applicazione della disciplina di origine amorrea e quindi pre-islamica del taglione<sup>78</sup> – effettuata con le medesime modalità esecutive della condotta illecita – ovvero mediante la mediazione penale, quindi attraverso istituti quali la composizione, il pagamento del prezzo del sangue o *diyya*, il perdono, l'espiazione ecc. Nel diritto islamico, l'applicazione retributiva del taglione viene essenzialmente inquadrata come prestazione dell'obbligazione nascente da fatto illecito intenzionale;<sup>79</sup> il taglione tuttavia assolve anche una concorrente funzione deterrente, per evitare che vengano commessi reati contro la persona: *La legge del taglione è garanzia di vita, o voi dagli intelletti sani, a che forse acquistiate timor di Dio* (Cor II:179). Ad una analisi più approfondita, ciò che maggiormente interessa è proprio la deterrenza, venendo a collocarsi unicamente su un piano sussidiario ed adesivo lo scopo di eventuale riequilibrio sociale operato in via retributiva, perseguito attraverso una concreta applicazione della pena. In tale ottica, si spiega perché viene consentita

---

<sup>76</sup> FRANK VOGEL, *Islamic law and legal system: studies of Saudi Arabia*, Brill, Leiden, 2000, p. 241.

<sup>77</sup> La funzione retributiva della pena emerge dai seguenti versetti coranici: *In verità la ricompensa di coloro che combattono Iddio e il suo Messaggero e si danno a corrompere la terra è che essi saranno massacrati, o crocifissi, o amputati delle mani e dei piedi dai lati opposti, o banditi dalla terra: questo sarà per loro ignominia in questo mondo e nel mondo a venire avranno immenso tormento* (Cor V:33); *Quanto al ladro e alla ladra, tagliate loro le mani in premio di quel che hanno guadagnato, come castigo esemplare da parte di Dio, che Dio è potente e saggio* (Cor V:38); *E quei che avran compiuto male azioni, ebbene il male sarà pagato col male. Li offuscherà l'ignominia, nessuno li proteggerà contro Dio, e sarà come se pezzi di notte coprano loro il volto di tenebra. Avranno il fuoco, dove resteranno in eterno* (Cor X:27); *Ma in modo che la pena del male sia un male ad esso equivalente. Chi poi perdona, e fa pace fra sé e l'avversario, gliene darà mercede Iddio, perché Dio non ama gli iniqui* (Cor XLII:40). È indicativo sottolineare come il termine arabo utilizzato per retribuzione (*ḡazā*) viene anche impiegato col significato di ricompensa: così MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 25.

<sup>78</sup> La regola del taglione venne codificata per la prima volta nella VI sezione del codice di Hammurabi, dedicata alle ferite corporali ed alle lesioni alla persona, e fu introdotta dal sovrano al fine di regolamentare il ricorso alla vendetta privata con modalità arbitrarie, nel tentativo di scardinare la piaga delle faide.

<sup>79</sup> Per approfondimenti, vedasi LEON BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévues par le Coran*, cit., pp. 4 e ss.

la compensazione e la mediazione, anche per condotte che, secondo la cultura giuridica occidentale, sono concepite come più gravi, come quelle omicidiarie.<sup>80</sup> In tale senso va letta la regola in base alla quale, ai fini della responsabilità civile (risarcimento economico) derivante da reato, non assume rilevanza la nozione di imputabilità, ma unicamente la commissione del fatto, con la conseguenza che sarà tenuto al risarcimento anche il minore o l'alienato mentale o colui il quale abbia ommesso di vigilare sulle loro condotte (tutore, rappresentante legale). Così, anche agli occhi del giurista occidentale, può essere spiegato come, nel peggiore dei casi, un adultero viene lapidato, mentre un omicida<sup>81</sup> può cavarsela con digiuni e con il pagamento del prezzo del sangue.<sup>82</sup>

Inoltre, la funzione riabilitativa e di recupero del condannato e di suo reinserimento sociale, viene enfatizzata nella comminazione delle pene discrezionali, previste per le condotte meno gravi. Il trattamento discrezionale serve per trattenere il reo da una possibile reiterazione della condotta incriminata ma senza affliggerlo troppo, facilitando così il suo reinserimento nel circuito produttivo. Quest'ultima finalità è di estrema importanza nella sociologia del mondo musulmano, poiché ogni persona deve essere messa in condizione di godere pienamente e liberamente dei beni messi a disposizione da Dio e, qualora si ritrovi in una condizione particolare come quella di indigenza, povertà o anche di momentanea marginalizzazione sociale (come avviene al termine di uno stato detentivo), la comunità islamica, attraverso istituti quali la *zakāt* o i *waqf*, deve intervenire in soccorso del soggetto, ma non in chiave assistenzialista, bensì finalizzata al reinserimento nel circuito produttivo, per essere messo così in grado di operare e produrre poi autonomamente.<sup>83</sup>

Infine, la pena svolge una funzione di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, rendendo inoffensivo il reo attraverso l'esecuzione della sanzione, specialmente se deve essere bandito o applicatogli lo stato di detenzione. In particolare, l'imprigionamento viene concepito come forma di bando dalla vita civile e viene eseguito in luoghi quali dimore o moschee, demandando

---

<sup>80</sup> Sul punto, ampiamente *ibidem*, pp. 41 e ss.

<sup>81</sup> Sulla concezione dell'omicidio nella legge islamica si veda l'articolo, significativamente sottotitolato "*offesa o crimine*" di JAMES NORMAN DALRYMPLE ANDERSON, "Homicide in Islamic law", in *Bulletin of the School of Oriental and African studies, University of London, The School of Oriental and African studies*, London, XIII, Part. 4, 1951, pp. 811 e ss.

<sup>82</sup> Così WERNER ENDE-UDO STEINBACH, *L'islam oggi* (a cura di AGOSTINO CILARDO), Edizioni Dehoniane Bologna, 1993, p. 289.

<sup>83</sup> Sul ruolo dello Stato islamico nel *welfare*, anche attraverso istituti quali *waqf* e *zakat*, vedasi ampiamente ERSILIA FRANCESCA, *The zakat in contemporary muslim countries: interpretation and assessment*, in IRENE SCHNEIDER-THORALF HANSTEIN, *Beiträge zum Islamischen Recht*, Peter Lang, Frankfurt, 2006, pp. 142 e ss.

a particolari soggetti la vigilanza sul detenuto.<sup>84</sup> La protezione della società è anche la principale motivazione della reazione dell'ordinamento nei confronti dei fenomeni di recidiva. Lì dove la funzione deterrente è evidentemente fallita, a tutela della comunità, in alcuni casi consentita è la detenzione fino a quando l'allarme sociale non sia cessato in ragione di evidenti segnali di recidiva o anche a vita (si pensi ai casi della donna apostata,<sup>85</sup> ai ribelli, al ladro recidivo per la seconda volta).<sup>86</sup>

I giuristi islamici hanno elaborato, così, una concezione particolare della pena, in funzione mista, anche se tendenzialmente orientata sulla prevenzione generale. Essa è un necessario requisito della legge religiosa e costituisce ad un tempo una garanzia ed una salvezza per coloro i quali osservano le leggi e per coloro che le violano. Costituisce infatti una garanzia per gli obbedienti, poiché vengono protetti dall'attrazione negativa del male e della trasgressione, rendendoli saldi nella osservazione dei precetti e salvandoli dal peccato determinato dal crimine; ma anche per i trasgressori, poiché vengono tratti nella reiterazione del reato, e viene rimosso il disvalore delle loro condotte, riequilibrando la bilancia della pacificazione sociale.<sup>87</sup> In tal senso, la pena viene vista come *carità attiva*,<sup>88</sup> richiesta per la protezione della comunità e per impedire al reo di allontanarsi ancor più da Dio.

Per passare al principio di proporzionalità, il testo coranico, come visto nell'analisi del principio di libertà e dignità personale e dei beni, legittima l'utilizzo della coazione e della forza unicamente per propositi difensivi (come anche nelle situazioni belliche o di aggressione di e da altri Stati),<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Si veda MUHAMMAD ANWARULLAH, *The criminal law of Islam*, A. S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2002, pp. 247 e ss.

<sup>85</sup> Sul fondamentale concetto giuridico di apostasia nel mondo islamico, si rinvia a SENU ABDUL RAHMAN, *Punishment of apostasy in Islam*, cit.

<sup>86</sup> In tale ultima ipotesi, tutte le spese determinate dallo stato di detenzione (vitto, alloggio, abbigliamento, sussistenza, spese mediche) cadono a carico del *bayt al-mal*, ovvero delle casse dello Stato. Per approfondimenti, si veda ABU AL-HASAN AL-MĀWARDĪ, *Al-ahkām al-sultāniyya*, cit., p. 483.

<sup>87</sup> Per le numerose posizioni dottrinarie sul punto, si consulti TAHIR MAHMOOD, *Criminal Law in Islam and the Muslim World; A Comparative Perspective*, Institute of Objective Studies, Delhi, 1996. Per una teoria generale della pena nel diritto islamico, si veda HERVE BLEUCHOT, "Les conceptions de la peine en droit musulman: Faute et responsabilité", in *Droit et cultures*, L'Harmattan, Nanterre, 1997, pp. 43-71. *Contra*, LESLIE PEIRCE, *Morality Tales Law and Gender in the Ottoman Court of Aintab*, University of California Press, Los Angeles, 2003.

<sup>88</sup> MARCEL BOISARD, *L'humanisme de l'islam*, Albin Michel, Paris, 1979, p. 121.

<sup>89</sup> Sul concetto di proporzionalità nella reazione alle aggressioni, secondo il diritto penale internazionale islamico, si consulti FARHAD 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, 1994, pp. 45 e ss.

e la tutela dei valori richiamati (integrità e salvezza morale e fisica, libera disponibilità della persona e dei suoi beni) è talmente radicata che, anche in caso di risposta istituzionale avverso le aggressioni ingiuste, come avviene nella repressione delle condotte antiggiuridiche, la reazione deve essere improntata a criteri di adeguatezza e proporzionalità tali da garantire sempre e comunque il rispetto della dignità umana: *Combattete sulla via di Dio coloro che vi combattono ma non oltrepassate i limiti, che Dio non ama coloro che eccedono* (Cor II:190); *Il mese sacro per il mese sacro e tutti i luoghi sacri seguono la legge del taglione; chi in quei luoghi vi aggredisce aggredite come ha aggredito voi, temete Dio e sappiate che Dio è con chi lo teme* (Cor II:194); *Chi fa il bene ne avrà il decuplo e chi fa il male sarà compensato solo con un castigo equivalente; non sarà fatto loro torto* (Cor VI:160); *E quei che avranno compiuto male azioni, ebbene il male sarà pagato col male...* (Cor X:27); *E se punite, punite in misura del torto ricevuto, ma se pazientate meglio sarà per i pazienti* (Cor XVI:126); *Così sarà. E chiunque punirà nella stessa misura con cui fu punito e poi sia di nuovo trattato ingiustamente, certo Dio lo soccorrerà* (Cor XX:60); *Chi fa una cattiva azione non ne è compensato che del pari...* (Cor XL:40); *Cloro che, quando li colga ingiustizia si difendono, ma in modo che la pena del male sia un male ad esso equivalente* (Cor XLII:39-40).

Il principio di proporzionalità, *strictu sensu*, viene così disciplinato senza mezze misure in altri versi coranici: *O voi che credete! In materia di omicidio v'è prescritta la legge del taglione: libero per libero, schiavo per schiavo, donna per donna...* (Cor II:178); *E ella Torah prescrivemmo a voi anima per anima, occhio per occhio, naso per naso, orecchio per orecchio, dente per dente e, per le ferite la legge del taglione. Ma chi dà in elemosina il prezzo del sangue, ciò sarà per lui fonte di purificazione* (Cor V:45).

Gli organi della giurisdizione (giudici, pubblici ufficiali e incaricati della sicurezza pubblica) devono quindi attenersi al principio di proporzionalità nella applicazione delle pene. Questo valore è imposto dal Corano ed è desumibile dai noti versetti che riguardano il *ḡihād*,<sup>90</sup> sopra citati (Cor II:

---

<sup>90</sup> Sul *ḡihād* molti sono i saggi di riferimento, a seconda delle molteplici sue accezioni. Per quanto riguarda quella di guerra difensiva, tra gli altri autori, si segnalano: AL AWSI AL ANSARI, *Tafrīḡ al-kurūb fi tadbīr al-ḡurūb*, traduzione inglese di GEORGE SCANLON, *A muslim manual of war*, The American University at Cairo Press, Cairo, 1961; ANDREW BOSTOM (a cura di), *The legacy of Jihad. Islamic Holy war and the Fate of non-muslims*, Prometheus Book, Amherst, 2008; AGOSTINO CLARDO, *La comunità islamica*, in WERNER ENDE-UDO STEINBACH, *L'islam oggi*, cit.; DAVID COOK, *Storia del Jihad*, Einaudi, Torino, 2007; DAVID COOK, *Martyrdom in Islam*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007; JOHN ESPOSITO, *Unholy war: Terror in the name of islam*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2002; KHALED ABOU EL FADL, *Rebellion and violence in islamic law*, cit.; JEAN

190-194). Va a tal proposito ricordato anche il seguente versetto: *E chiunque punirà nella stessa misura con cui fu punito e poi sia di nuovo trattato ingiustamente, certo Dio lo soccorrerà, perché Dio è indulgente perdonatore* (Cor XXII:60).

Il principio di proporzionalità viene anche sancito nella *sunna*, ove si ritrova descritto l'episodio in cui il Califfo 'Alī venne accoltellato alla schiena da un nemico mentre si trovava in preghiera; sopravvissuto all'attentato, egli illustrò ai suoi seguaci il corretto modo di reagire alle aggressioni: si sarebbe dovuto, ove possibile, dimenticare e perdonare l'attacco subito; se tuttavia ciò non risultava praticabile o conveniente, nell'interesse generale, si sarebbe dovuto rispondere in maniera proporzionata, utilizzando la medesima arma impiegata dall'aggressore e non si sarebbe dovuta protrarre la reazione per un tempo superiore a quello impiegato durante l'aggressione.<sup>91</sup>

Anche il principio di equità trova riscontro nel diritto islamico. Nell'applicazione della legge divina, bisogna dapprima riferirsi alle fonti principali della *šarī'a* (Corano e *sunna*) e poi, se del caso, a quelle sussidiarie dell'*iğmā'* (consenso), del *qiyās* (analogia) e della *mašlahā* (utilità). La dottrina ḥanafita e mālikita ed alcuni giuristi di altre scuole, sulla scia del criterio di utilità generale, compie un passo ulteriore, autorizzando l'interprete a seguire un criterio più soggettivo, denominato *istiḥsān* (dalla X forma verbale *istaḥsana*, preferire, trovare buono, approvare, ricercare l'equo), in quei casi in cui il ricorso all'analogia risulti impossibile, ovvero il risultato che ne discende sia troppo rigoroso o addirittura dannoso.

L'*istiḥsān* è sostanzialmente l'atto con il quale il giurista preferisce una soluzione ritenuta migliore rispetto a quella che sarebbe stata fornita dal ragionamento analogico, facendo prevalere sulla logica rigorosa considerazioni di

---

PIERRE FILIU, *Les frontières du Jihad*, Fayard, Paris, 2006; IBN TAYMIYYA traduzione francese di JEAN MICHOT, *Lettre à un roi croisé*, Academia Tawhid, Lyon, 1995; MAĞİD KHADDURI, *The Islamic law of Nations: Shaybānī's Siyar*, The John Hopkins Press, Baltimore, 1966; MAĞİD KHADDURI, *War and peace in the Law of Islam*, cit; GILLES KEPPEL, *Jihad, ascesa e declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004; BERNARD LEWIS, *Il linguaggio politico dell'Islam*, Laterza, Bari, 2005; FARHAD MALEKIAN, *The concept of Islamic international criminal law. A comparative study*, cit.; LOUIS MASSIGNON, *La suprema Guerra Santa dell'Islam*, Città Aperta, Troina, 2003; ABDULAZIZ SACHEDINA, *The Development of Jihad in Islamic Revelation and History* in JAMES TURNER JHONSON-JOHN KELSAY (a cura di) *Cross, Crescent and Sword. The Justification and Limitation of War in Western and Islamic Tradition*, Greenwood Press, Westport, 1990; MAḤMŪD ṬALEQĀNI-MURTADHĀ MUTAHHARI-ALĪ ŠARĪ'ATI, *Jihād and Shahādat. Struggle and Martyrdrom in Islam*, Islamic Publications International, North Haledon, 1986; GIORGIO VERCELLIN, *Jihad. L'Islam e la guerra*, Giunti, Firenze, 1997; ZEMMALI, *Combattants et Prisonniers de Guerre en Droit Islamique et en Droit International Humanitaire*, Pedone, Paris, 1997.

<sup>91</sup> Per un commento in chiave contemporanea a questa tradizione, si veda FARHAD MALEKIAN, *International Criminal law: the legal and critical analysis of international crimes*, cit., I, pp. 151-2.

utilità pratica e di equità.<sup>92</sup>

L'equità costituisce così il principio ispiratore di alcune norme, che soddisfano il senso comune di giustizia e pacificazione, a differenza di altre, che urtando con tali sensi, appaiono inique. In tal caso equità corrisponde a giustizia, quale aspirazione ideale, termine di paragone delle norme e criterio distintivo tra il giusto e l'ingiusto, coincidente con l'idea del bene e del male nei rapporti tra gli uomini e che, in chiave meta-giuridica, costituisce il punto di intersezione tra morale e diritto. Il diritto che si adegua alla realtà dinamica della vita e dello sviluppo della società, che si adatta alle peculiarità dei fatti e dei rapporti viene definito appunto equo.

Tale principio trova massima applicazione nella determinazione della sanzione, soprattutto nell'ambito delle pene discrezionali, in cui il precetto normativo cede il passo all'intuizione del giudice. Il giudice così, potrà ben riferirsi al criterio equitativo nella risoluzione delle controversie, ricordando tuttavia che tale valore deve ricollegarsi all'imparzialità, poiché la "via reale dell'equità" risiede dapprima e sempre nella qualità degli uomini che creano il diritto, lo dichiarano e lo applicano.<sup>93</sup> Ulteriore espressione dell'utilizzo del ragionamento equitativo viene ritrovata nel *dīwān al-mazālim* o tribunale di equità, descritto nell'ambito della giurisdizione.

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,<sup>94</sup> 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. Il termine utilizzato dalla lingua araba per designare il concetto di giustizia, *'adl*, ha parimenti il significato di uguaglianza ed equanimità,<sup>95</sup> e ciò è indicativo del valore sociale della giustizia nel mondo islamico. La legge islamica è una legge unica, che ha valenza per tutti gli esseri umani senza distinzioni per censo o per ruolo, per sesso o per razza; essa è integralmente giusta, caritatevole e saggia.<sup>96</sup> Quella che

---

<sup>92</sup> Così DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita con riguardo anche al sistema shafi'ita*, Istituto Per l'Oriente, Roma, 1938-1943, I, p. 56.

<sup>93</sup> HERVE BLEUCHOT, "Les voies de l'équité et le droit musulman", in *Droit et culture*, L'Harmattan, Nanterre, 1999, 38, pp. 131.

<sup>94</sup> Tra altri versetti 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, impedito l'ingiustizia e credete in Dio" (Cor III:110).

<sup>95</sup> RENATO TRAINI, *Vocabolario arabo-italiano*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2004, p. 898.

<sup>96</sup> SALĀH 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.

è stata rivelata è una legge religiosa unica, che si applica a tutti, senza alcuna discriminazione per sesso, razza e condizione:

*“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 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 Muhammad-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”*.<sup>97</sup>

Il principio 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.

La nozione di uguaglianza della giustizia tende ad assumere due diverse specificazioni.

La prima viene evidenziata nel Corano: *Perché i credenti son tutti fratelli: mettete dunque pace tra i vostri fratelli, e temete Dio, che per avventura Dio abbia pietà di voi* (Cor XLIX:10), che definisce in tal modo il senso di parificazione e pacificazione tra due o più entità, e quindi l’uguaglianza di tutti i credenti davanti alla legge.

La seconda corrisponde al concetto occidentale di giustizia distributiva, che a sua volta riprende quello aristotelico di giustizia correttiva o commutativa, che divide equamente vantaggi e svantaggi, in base al quale si ricorre al giudice quando si è in disaccordo, e *“recarsi dal giudice è come andare dalla giustizia, poiché egli è una specie di giustizia vivente”*.<sup>98</sup> Questa accezione consiste nella emanazione di regole che assegnano benefici e oneri agli individui, tanto nell’ap-

---

<sup>97</sup> Così ABDUL ĀLA MAWDŪDĪ, *Towards understanding Islam*, Al Faisal Press, Kuwait City, 1989, pp. 133-134.

<sup>98</sup> ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Laterza, Bari, 2003, V, p. 465.

plicazione di tali norme a casi particolari quanto nella loro osservanza. La teoria distributiva della giustizia ha il compito di individuare i criteri in base ai quali benefici e oneri possono essere correttamente assegnati a individui o a gruppi e regola così i rapporti in senso gius-pubblicistico tra la *umma* e i suoi membri.

La centralità della giustizia nella struttura islamica dei valori è chiaramente sancita nel Corano: *Io ho una prova evidente da parte del mio Signore, ma voi la tacciate di menzogna. Non è in mio potere quel che voi sollecitate, perché il giudizio non appartiene che a Dio: egli dice il vero, egli è il migliore dei giudici* (Cor VI:57); *Essi non crederanno, finché non ti avranno costituito giudice delle loro discordie e allora non troveranno alcun imbarazzo ad accettare la tua decisione e a sottomettervisi di sottomissione piena* (Cor IV:65). La giustizia, quindi, è l'obbiettivo principale dell'intera rivelazione e la sua amministrazione deve avvenire secondo quanto previsto dalla legge rivelata.<sup>99</sup>

Ma nella sociologia giuridica del mondo musulmano è presente anche un altro carattere della giustizia, quello pietoso e caritatevole, evidenziato da: *O voi che credete! Operate con ferma giustizia quando testimonierete davanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori e contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, che Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi* (Cor IV:135); e soprattutto da *O voi che credete! State ritti innanzi a Dio come testimoni d'equità, e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché Dio sa quel che voi fate* (Cor V:8). Il senso eminente dell'uguaglianza degli uomini e delle loro responsabilità individuali, derivanti da una coscienza e da una credenza radicate nella trascendenza della regola divina, assumono nell'islām la valenza di atto caritatevole prossimo ed equiparabile alla pietà.<sup>100</sup>

Il trattamento caritatevole, viene riportato anche in una tradizione attribuita ad 'Ā'īša (la seconda moglie del Profeta), narrante l'episodio di un uomo che aveva chiesto udienza a Muḥammad; quest'ultimo, pur descrivendo la persona come abominevole, la accolse, le parlò gentilmente e la congedò; 'Ā'īša, stupita, ne chiese al marito le motivazioni; il Profeta rispose: *'Ā'īša, l'uomo che nel giorno della resurrezione occuperà la posizione peggiore agli occhi di Dio, è colui dal quale gli uomini si allontanano nel timore della sua malvagità.*<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> MOḤAMMAD HAŠĪM KAMALI, *Freedom equality and justice in islam*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2002, p. 109.

<sup>100</sup> Per un interessante parallelismo tra giustizia e carità, si rinvia a MARCEL BOISARD, *L'humanisme de l'islam*, cit., pp. 117 e ss.

<sup>101</sup> IBN AL-ḤAĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 4693.



Così, la carità e la pietà, connotanti la giustizia, nel senso di uguaglianza con cui essa attua la legge, costituiscono nel mondo musulmano un valore umano fondamentale, su di un piano concreto ed effettivo, collettivo ed universale e non in senso astratto ed idealizzato.

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 *dimmi*,<sup>102</sup> nel territorio ove vige la legge islamica, ai quali vengono riconosciuti, similmente agli appartenenti alla *umma*, benefici ed oneri. Inoltre, come già visto in tema di principio di legalità, 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, potendo egli essere perseguito come tutti i credenti in caso di sua inosservanza dei precetti giuridici.<sup>103</sup>

Anche nel diritto islamico trovano collocazione i principi del giusto processo, della sua ragionevole durata e dei diritti della difesa. Le regole della *šari'a* prevedono che lo svolgimento del processo abbia durata ragionevole, che garantisca i diritti fondamentali dell'imputato, che sia celebrato da un organo giudicante retto, terzo ed imparziale: *In verità Dio ordina la giustizia...* (Cor XVI:90); *Pertanto, invita alla fede e cammina retto, come t'è stato ordinato e non cedere ai loro desideri ma di: io credo in quei libri che Dio ha rivelato, e a me fu ordinato di fare giustizia tra di voi...* (Cor XLII:15); *O voi che credete, siate retti innanzi a Dio come testimoni d'equità e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, che questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché sa quello che fate* (Cor V:8); *Iddio vi comanda di restituire i depositi fiduciari agli aventi diritto e, quando giudicate fra gli uomini, di giudicare secondo giustizia* (Cor IV:58). La necessità di giudicare senza rimanere inerte, e di farlo in maniera equa e retta, in ossequio ad un ordine divino, viene quindi espressa esplicitamente nel Libro sacro.

Anche all'interno della *sunna* ritroviamo questi principi. In un celebre *ḥadīṭ*

---

<sup>102</sup> Per una differenziazione tra l'*amān* e la *dimma*, si veda AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, pp. 72 e ss.

<sup>103</sup> ERSILIA FRANCESCA, *Il Principe e I Saggi. Potere e giustizia nel medioevo islamico*, Polimetrica, Monza, 2005, p. 137.

viene riportato che il Profeta disse ad ‘Alī, da poco designato Governatore in Yemen: *‘Alī, la gente ti chiederà di giudicare. Non decidere in favore di nessuna delle parti contendenti, senza prima aver sentito tutto ciò che entrambe le parti avranno da dire. Solo così perverrai ad una decisione equa, e solo in tale direzione raggiungerai la verità.* In un altro *ḥadīṭ*, viene raccontato come il Califfo ‘Umar si rivolse ad un giudice istruendolo così: *Se qualcuno viene da te con un occhio cavato, non essere affrettato nel giudicare in suo favore, è possibile che la controparte verrà da te con entrambi gli occhi cavati.*<sup>104</sup>

Da questi precetti si ricavano i concetti di equità, terzietà ed imparzialità del giudice che consentono all’ accusato di poter ribattere le accuse mossegli, attivando il diritto alla prova contraria e chiedendo di essere sentito, ovvero anche esercitando il diritto al silenzio.<sup>105</sup> È discussa in dottrina la possibilità di fornirsi dell’ assistenza tecnica di un difensore nel processo.<sup>106</sup>

Il processo inoltre è improntato al principio di pubblicità, in base al quale deve essere celebrato preferibilmente nella moschea principale o sullo spazio antistante, ovvero in una sala ampia, tale da consentire la presenza di pubblico.

Per quanto riguarda le regole probatorie, va osservato che su chiunque accusi una persona di un crimine, sia esso individuo o istituzione, incombe l’ onere di provare la responsabilità dell’ accusato oltre ogni ragionevole dubbio.<sup>107</sup> Questo principio si basa su *ḥadīṭ* che recitano: *l’ onere della prova è posto su chi attiva il processo, dove il giuramento è su chi nega; e Essere garantite in ciò che richiedono giudizialmente, qualcuno dovrà garantire le vite e le proprietà di altri. L’ onere della prova è sul richiedente, e un giuramento incombe su chi nega.*<sup>108</sup> Il giudice esperisce un tentativo di conciliazione e, se fallisce, passa alla assunzione delle prove. Così, se il richiedente supporta la sua doglianza con delle prove, il giudice dovrà decidere in suo favore; d’ altra parte l’ accusato va sentito e, in assenza di prove a carico e qualora l’ imputato

<sup>104</sup> *Ḥadīṭ* riportati in MUḤAMMAD HALEEM-ADEL OMAR SHERIF-KATE DANIELS, *Criminal justice in islam*, cit., p. 73.

<sup>105</sup> Sui diritti dell’ imputato nel processo, si consulti TAHA AL ALWANI, “The right of the accused in Islam”, in *Arab Law Quarterly*, Brill, Leiden, Vol. 10, No. 1 (1995), pp. 3-16; BANDĀR IBN FAḤD AL SUWAYLIM, *Al-muttaham*, Dār al-Našr bi-al-Markaz al-‘Arabi lil-Dirāsāt al-Amniyah wa-al-Ṭadrīb bi-al-Riyāḍ, Riyāḍ, 1987; FUĀD MURSI, *Huqūq al-muttaham fi al-šarī‘a al-islāmīyah*, Dar al-Ma‘rifah al-Ġami‘iyah, Iskandariyah, 1990; AA.VV., *Al-muttaham wa-ḥuqūquhu fi al-šarī‘a al-islāmīyah*, Markaz al-‘Arabi lil-Dirāsāt al-Amniyah wa-al-Ṭadrīb bi-al-Riyāḍ, 1986.

<sup>106</sup> Sul punto, JAUQUES EL HAKIM, “Les droits fondamentaux en droit pénal islamique”, in *Les droits fondamentaux: inventaire et théorie générale*, Université Saint-Joseph, Beyrut, 2003, p. 399.

<sup>107</sup> SOBHI MAḤMĀSSĀNĪ, *Arkān Huqūq al-insān fi ‘l-Islām*, cit., p. 106.

<sup>108</sup> IBN AL-ḤAĠĠĠĀĠ MUSLIM, *al-Ṣaḥīḥ*, traduzione inglese di ABDUL AZĪM AL-MUNḌIRĪ, *Summarized Ṣaḥīḥ Muslim*, Darussalam Publisher, Riyāḍ, 2000, tradizione n. 1053.

abbia prestato giuramento solenne di dire il vero, il giudice dovrà attribuire credibilità a quanto da questi dichiarato.<sup>109</sup> Il denunziante, può anche richiedere al giudice di sottoporre a giuramento la controparte che non voglia affrontare il processo e che si sottragga al contraddittorio. Il giuramento, che viene fatto in nome di Dio e che assume una valenza pluri-direzionata, processuale e religiosa (con doppie ricadute negative, nel foro esterno ed in quello interno, in caso di spergiuro), deve essere attivato ogni qual volta nessuna prova può essere utilizzata o prodotta.<sup>110</sup>

Nel sistema penale islamico il procedimento probatorio deve essere seguito in maniera pedissequa e puntuale, anche perché la *šarī'a* ha per ciascun crimine specifiche e dettagliate regole riguardanti le prove. Queste ultime, devono perdurare precise e concordanti in tutti gli stati e gradi del processo, fino alla fase esecutiva. Se nel frattempo, sia pure durante quest'ultima fase, emerge anche un solo dubbio circa la credibilità, validità, precisione, univocità e concordanza delle prove, l'accusato deve essere dichiarato innocente.

Così, la pena non verrà eseguita se non allorquando sarà stata raggiunta la prova della colpevolezza e, di contro, una prova non verrà ammessa in fase di esecuzione. Una tradizione descrive come il Profeta, rivolgendosi ad una donna dalla reputazione dubbia, disse: *se avessi dovuto lapidare qualcuno senza prove, avrei lapidato questa donna*;<sup>111</sup> se ne desume che un indizio, sia pure grave, non è di per sé sufficiente a fondare un giudizio di responsabilità. La dottrina ritiene che le prove devono essere piene, prive di dubbi o scappatoie, e convergenti verso un risultato univoco e definitivo.<sup>112</sup>

Per la tipologia delle prove e del loro valore processuale, va evidenziato come in epoca classica i giuristi musulmani hanno sovente manifestato diffidenza nei confronti della prova documentale, ritenuta suscettibile di alterazione o falsificazione, preferendole la prova dichiarativa. Tale posizione, tuttavia, risultava contrastante con il Corano, che diffusamente dimostrava di attribuire valore giuridico ai documenti, ad esempio enfatizzando la forma scritta nella stipula delle principali forme contrattuali: *O voi che credete, quando contraete un debito a scadenza fissa, scrivetelo, e lo scriva fra voi uno scrivano, con giustizia, e non rifiuti lo scrivano di scrivere come Dio gli ha insegnato; che scriva dun-*

<sup>109</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, Dār al-Ḥadīṭ, Cairo, 2002, p. 28.

<sup>110</sup> Sul valore probatorio del giuramento, si rimanda a MUḤAMMAD ANWARULLAH, *Principles of evidence in Islam*, A. S. Noordeen, Kuala Lumpur, 2004, pp. 130 e ss.

<sup>111</sup> IBN TAYMIYYA, *Al siyāsa al-šar'īyya fī iṣṣlah al-rā'ī wa al-ra'īyya*, traduzione italiana di GIAN MARIA PICCINELLI, *Il buon governo secondo l'islam*, cit., p. 153.

<sup>112</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, cit., p. 28.

*que sotto dettatura del debitore e tema Dio, il suo Signore, e non ne diminuisca nulla; se poi il debitore è deficiente, o debole di mente o non possa dettare egli stesso, detti allora il suo tutore con giustizia; convocate due testimoni, uomini della vostra gente, e se non ci sono due uomini, un uomo e due donne, scelti tra coloro che accettaste come testimoni, cosicché se una delle donne sbagliasse, l'altra le possa ricordare il fatto... e non si faccia violenza né ai testimoni né agli scrivani, che se lo farete sarà una turpitudine...* (Cor II:282). La diffidenza avverso gli atti scritti collideva anche con la prassi dominante, che vedeva largheggiare l'utilizzo di documenti nelle transazioni commerciali.<sup>113</sup>

Per contemperare queste opposte realtà, nel sistema processuale islamico si è così sviluppata nel corso del tempo una particolare regola probatoria improntata al valore dell'oralità, in base alla quale un documento può entrare nel processo attraverso la dichiarazione di due testimoni.

Accanto alla prova documentale, rilevanti risultano gli istituti della confessione, del giuramento e della testimonianza.

La testimonianza è la prova principale anche nel sistema penale islamico e si sostanzia nella *deposizione su di un fatto attorno al quale v'è processo nel fine di farlo risolvere mediante un giudizio*,<sup>114</sup> basti per ciò pensare al reato di rapporto sessuale illecito e a quanto siano incidenti sul giudizio di responsabilità e sulla eventuale esecuzione della sentenza la qualità e la quantità delle dichiarazioni rese. Il passo coranico appena richiamato (Cor II:282) è utile per comprendere anche un ulteriore passaggio vigente nel sistema penale islamico, relativo alla differente valutazione della dichiarazione testimoniale in base al sesso; per bilanciare la testimonianza di un uomo occorre quella di due donne.<sup>115</sup> Va poi illustrato come, parimenti ad altri sistemi giuridici, quello islamico si è interrogato sulla possibile divergenza tra verità fattuale e verità processuale, soprattutto se cagionata da una distorta capacità della ragione umana di concettualizzare la realtà. Tale eventuale difformità assume così importanza causale nell'ambito della testimonianza, ovverosia nella possibile divergenza tra apparenza esteriore e realtà interiore e nella differente percezione e interpretazione che dovrà fare il giudice nel valutare la prova dichiarativa.<sup>116</sup>

---

<sup>113</sup> ABDUL KĀDIR OUDAH ŠĀHID, *Criminal law of Islam*, cit., I, pp. 60-61.

<sup>114</sup> Citazione riportata in LUIGI SANSONE, *Diritto penale e processuale musulmano da Sidi Khalil*, Tipografia Angelo Trani, Napoli, 1913, p. 108.

<sup>115</sup> Sul punto, si veda in dottrina ABDUL RAHMAN, *Witnesses in islamic law of evidence*, Pelanduk, Selangor, 1999, pp. 82 e ss.

<sup>116</sup> Su questo aspetto si conculti BABER JOHANSEN, "Le jugement comme preuve. Preuve juridique et vérité religieuse dans le droit hanefite", in *Studia islamica*, Maisonneuve & Larose, Paris, 1990, 72, pp. 5-17.

Tra alcune scuole giuridiche, in particolare quella ḥanafita e šāfi'īta, viene discusso se l'istituto della confessione ovvero la auto-accusa possa o meno intaccare ed indebolire la presunzione di non colpevolezza. Per i primi ciò avviene, lì dove gli altri ritengono che una semplice dichiarazione di responsabilità non è sufficiente a ribaltare il principio suddetto; per questi ultimi, la presunzione di non colpevolezza regge in ogni caso, poiché incomberà sempre in capo all'auto-accusatore l'onere di provare la sua responsabilità.

Per quanto riguarda il solo ambito penale e non quello civile, la confessione può essere ritirata anche dopo la sentenza ed anche dopo che questa sia passata in giudicato o durante la sua esecuzione. Una volta ritrattata, la pena non può essere più applicata, poiché in tale circostanza la revoca della confessione determina un dubbio o *šubha*, che impedisce l'applicazione della pena.<sup>117</sup>

Perché la confessione sia giudicata valida, deve essere ripetuta in quattro distinte occasioni ed occorre che il reo confessò in tali circostanze manifesti il pieno possesso delle sue facoltà mentali.<sup>118</sup> Una confessione validamente espressa deve essere categorica e circostanziata e laddove risulti ambigua o necessitante di interpretazione, non dovrà essere ammessa. Non è sufficiente affermare: *ho commesso adulterio*, ma bisognerà illustrare dettagli rilevanti.<sup>119</sup> Il reo confessò, inoltre, non deve celare la verità al fine di proteggere un'altra persona o gruppi di persone e quando il giudice si trova a scoprire una confessione mendace non potrà ritenerla valida.<sup>120</sup>

Un noto giurista ha affermato che: *Dio ci ha ordinato di dirimere le dispute tra le persone sulla base di prove visibili, il resto bisogna lasciarlo al giorno del Giudizio.*<sup>121</sup> Questa affermazione è supportata anche da un *ḥadīth* attribuito al Profeta: *Io sono un essere umano. Quando portate innanzi a me una disputa, alcuni di voi saranno più eloquenti degli altri nel sopportare le loro argomentazioni. Di conseguenza, io potrò aggiudicare la ragione sulla base di ciò che ho sentito. Se io giudico in favore di qualcuno una cosa che appartiene a suo fratello, non lasciategliela prendere. Perché sarà come prendere un pezzo di fuoco.*<sup>122</sup> Con questa tradizione, il Profeta ha confermato che bisogna giudicare le controversie unicamente sulla base delle prove che vengono presen-

<sup>117</sup> MOHAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 128.

<sup>118</sup> In senso adesivo, si veda VINCENZO ABBAGNARA, *Il diritto e la procedura penale nell'Islam*, Edisud, Salerno, 1997, p. 96.

<sup>119</sup> BANDĀR IBN FAḤD AL SUWAYLIM, *Al-muttaham*, cit., p. 187 e ss.

<sup>120</sup> IBN QAYYIM, *Al-ṭuruq al-ḥukmiyya*, cit., p. 5.

<sup>121</sup> AL-ŠA'RANI, *Kitāb al-mizān*, Dār al-Kutūb, Beirut, II, 1994, p. 137.

<sup>122</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀIMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AḤMAD HASAN, Muḥammad Ašrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 3576.

tate. Esse devono essere fornite e valutate in un'atmosfera di imparzialità. Il giudice deve evitare di influenzare i testimoni e deve in ogni caso ascoltare quanto essi hanno da riferire. Il Corano richiede imparzialità nell'amministrazione della giustizia e questo valore deve essere impiegato da tutti i soggetti implicati nel processo, testimoni, giudici e pubblici funzionari. Il processo, dall'inizio alla fine, deve essere improntato al principio della imparzialità nell'amministrazione della giustizia, a partire dalla fase delle indagini fino a quella della sentenza: *O voi che credete, operate con ferma giustizia quando testimonierete davanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori, o contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, perché Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi. Non seguite quindi le passioni che vi fanno deviare dal giusto, e se voi storpiate la testimonianza o vi rifiuterete di darla, sappiate che Dio ben conosce quel che fate* (Cor IV:135).

All'interno del sistema delle prove legali trova collocazione anche la figura del perito; così, il parere di un esperto può essere utilizzato nella ricerca delle responsabilità penali. Il valore giuridico della perizia trova il suo fondamento già a partire dal Corano: *E da prima non inviamo che uomini al mondo, cui ispirammo la nostra rivelazione; e domandatene, se non lo sapete, a quelli che prima ricevettero la conoscenza* (Cor XVI:43). Una prova, così, può essere anche raccolta attraverso particolari soggetti i quali, in base a determinate conoscenze, capacità o familiarità con l'oggetto del processo risultino esperti su questioni scientifiche, tecniche o professionali.<sup>123</sup>

Anche la conoscenza del giudice, nel sistema penale islamico, può servire a provare un fatto penalmente rilevante. I giuristi tuttavia, non sono concordi su se e come egli possa decidere un caso sulla scorta della personale conoscenza che ha dello stesso. Al riguardo si registrano posizioni differenti. La prima, che fa capo alla scuola *mālikita*, *šāfi'īta* e parte di quella *ḥanafita*, oltre che all'opinione dei primi Califfi, ritiene che il *qāḍī* non possa giudicare se ha una conoscenza del caso in esame, in qualunque ambito, sia civile che penale (per alcuni vengono fatte salve le fattispecie punite con pena discrezionale).<sup>124</sup> Tale opinione si fonda su alcune tradizioni, in base alle quali il secondo Califfo 'Umar rispose ad un quesito rivoltogli durante una disputa della quale egli era giudice ma anche testimone: *Se volete, posso testimoniare ma non giudicare, oppure giudicare ma non testimoniare*; in un'altra tradizione, viene raccontato come 'Umar comunicasse ad al-Ašā'ri, fondatore dell'omonima scuola

<sup>123</sup> Per il ruolo di periti e consulenti tecnici nel processo islamico, si veda MUḤAMMAD ANWARULLAH, *The criminal law of Islam*, cit., pp. 125 e ss.

<sup>124</sup> Sul punto, MOḤAMED EL AWA, *Punishment in Islamic law*, cit., p. 130.

giuridica, che *Il giudice non deve decidere sulla base della sua personale conoscenza, di una presunzione debole o di un dubbio*; ancora, viene riportato che Šurayḥ Ibn al-Ḥarīt, giudice molto apprezzato per la sua conoscenza della legge islamica e per la sua capacità di giudizio, a chi gli chiese di testimoniare ciò che aveva visto nel processo che presiedeva rispose: *Chiedete di far nominare un altro giudice per questo processo e testimonierò in vostro favore*.<sup>125</sup> Una seconda posizione, proposta dalla scuola zāhiritā, ritiene che un giudice ben possa giudicare una situazione sulla scorta della personale conoscenza che ha di essa ed anche in assenza di altri testi, ed anzi debba farlo, tanto nelle questioni penali che civili e fonda tale assunto sul Corano: *In verità noi ti abbiamo rivelato il Libro apportatore di verità, perché tu giudichi tra gli uomini secondo quanto Dio ti ha mostrato; non disputare a favore dei traditori* (Cor IV:105); e *O voi che credete! Operate con ferma giustizia quando testimonierete avanti a Dio, anche se contro voi stessi, o contro i vostri genitori e contro i vostri parenti, siano essi poveri o ricchi, che Dio è all'uno e all'altro più vicino di voi. Non seguite quindi le passioni che vi fanno deviare dal giusto, e se voi storpiate la testimonianza o vi rifiuterete di darla, sappiate che Dio ben conosce quel che fate* (Cor IV:135). Gli zāhiriti basano la loro visuale anche su una tradizione in base alla quale il Profeta disse ad Abū Sa'īd, uno dei suoi Compagni: *Il ruolo delle persone non deve impedire ad alcuno di riferire ciò che ha visto, conosciuto o sentito*.<sup>126</sup> Un autore appartenente a questa scuola definisce addirittura atto obbligatorio per il giudice quello di giudicare anche solo in base alla sua personale osservazione e conoscenza del caso.<sup>127</sup> Per la terza posizione, elaborata principalmente da al-Šāfi'ī e Abū Ḥanīfa, al giudice non può essere consentito di giudicare le questioni penali punite con pena *ḥadd* sulla scorta della sua conoscenza diretta, soprattutto se si tratta di *zinā*, ed i testimoni devono quindi essere tutti necessariamente sentiti, egli compreso; tale opinione si fonda sul Corano: *Se alcune delle vostre donne avranno commesso atti indecenti portate quattro testimoni contro di loro, e se questi porteranno testimonianza del fatto, chiudetele in casa finché le coglierà la morte o fin quando Dio apra loro una via* (Cor IV:15); e *Perché gli accusatori non hanno portato quattro testimoni? Se dunque non hanno potuto portare i testimoni, sono loro presso Dio i mentitori* (Cor XXIV:13). L'ultima posizione

---

<sup>125</sup> Tradizioni tutte riportate in MUḤAMMAD ANWARULLAH, *Principles of evidence in Islam*, cit., p. 144 e ss.

<sup>126</sup> AL-BAYHAQĪ, *Al-Sunān al-Kūbrā*, Dār al-Kutūb al-'Ilmiyah, Beirut, 1987, V, p. 90.

<sup>127</sup> IBN ḤAZM, *Kitāb al-Muḥllā*, vol. IX, Aḥmad Muḥammad Šakir, Dār al Ğil, Beirut, 1983, p. 426 e ss.

è quella seguita dalla scuola zaydita, assolutamente minoritaria, in base alla quale si distingue tra i casi di calunnia di rapporto sessuale illecito e quelli puniti col taglione, nei quali il giudice può giudicare sulla scorta della sua personale conoscenza e tutti gli altri casi riguardanti le altre fattispecie, in cui ciò non è consentito. Nel sistema islamico, le motivazioni che spingono il giudice ad astenersi dal giudicare nel caso di una sua conoscenza diretta del fatto, e quindi quelle in grado di determinare, specularmente, la dispersione probatoria del suo patrimonio cognitivo, non sono dettate da motivazioni interne, quali la salvaguardia dei valori della terzietà ed imparzialità, quanto piuttosto da ragioni esterne, miranti a tutelare l'allontanamento da ogni dubbio nell'ambito delle pene *hudūd* e soprattutto la fede pubblica nell'organo giudicante, minata da una eventuale commistione dei ruoli di dichiarante e giudicante.<sup>128</sup>

Uno schema del processo islamico e del procedimento probatorio può essere ricavato dall'analisi di una tradizione del Profeta, in tema di rapporto sessuale illecito: *Quando Ma'iz si recò da lui per confessare di avere commesso zina 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 zina chiedendo se per caso si fosse coricato con lei, Ma'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 zina 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 Ma'iz disse che voleva essere purificato. Al che il Profeta ordinò di lapidarlo.*<sup>129</sup> In questa tradizione, si trovano condensate le principali fasi ed istituti giuridici 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.

Per quel che concerne gli istituti della partecipazione e della rappresentazione processuale, e quelli correlati di assenza e contumacia, è stato sottoli-

<sup>128</sup> Numerosi giuristi forniscono tale motivazione. Tra gli altri, oltre ai primi Califfi, possono essere ricordati Mālik, Šafi'i, Buḥārī e Ibn Qayyīm, *passim* nelle loro opere.

<sup>129</sup> *Ḥadīṭ* riportato nelle sue varie versioni in RUDOLPH PETERS, *Crime and punishment in islamic law*, cit., p. 55.



neato come il sistema penale islamico richieda che chiunque voglia accusare qualcuno di un reato, ha un onere di impulso, dovendo necessariamente citare questi davanti a un giudice.

Di norma, quindi, nel corso del processo l'accusato deve presentarsi in giudizio e difendersi personalmente, ovvero essere rappresentato da una persona autorizzata. Ciò viene confermato da un *ḥadīṭ* nel quale viene descritto come il Profeta avesse avvisato 'Alī b. Abī Ṭalīb all'atto della sua partenza come giudice verso lo Yemen che: *quando qualcuno si presenta a te, non emettere alcuna sentenza prima di avere sentito anche l'altra parte, così come hai sentito la prima.*<sup>130</sup> L'elaborazione dottrinale si è allineata a questa tradizione ritenendo quindi che un processo in assenza o in contumacia, non è consentito, se non dalla scuola mālikita.<sup>131</sup>

Fondamentale, nel diritto islamico risulta il principio in base al quale *pacta sunt servanda*. Difatti, sono fortemente radicati i concetti di diplomazia, di rispetto delle sovranità delle Nazioni, di intervento umanitario e di sottoscrizione degli strumenti convenzionali e pattizi, in riferimento a Stati e Nazioni anche non di fede islamica, tanto maggiormente se ci si muove nell'ambito penale.

Nel Testo sacro si legge infatti che: *annunziate punizioni dolorose a coloro che non credono ... 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 lui ad alcuno. Osservate fino all'ultimo, allora, il patto con loro, fino al termine prestabilito, poiché Dio ama quelli che lo temono* (Cor IX:3-4); *Come potrebbero avere gli idolatri un patto con Dio e col suo messaggero, eccettuati quelli con i quali concludeste un patto presso il tempio sacro? Ma finché sono giusti con voi, siate giusti con loro, che certo Dio ama quanti lo temono* (Cor IX:7); *Siate fedeli al patto di Dio che avete concluso, e non rompete i giuramenti che avete giurato, poiché è Dio che avete costituito sopra di voi a garante, e Dio sa ciò che fate* (Cor XVI:91). Viene così codificato un importante principio del diritto penale internazionale islamico, che dimostra la rilevanza attribuita alle obbligazioni sottoscritte dalla *umma* con le altre comunità. Il venire meno a tali impegni costituisce una grave violazione della legge divina. Il principio trova risalto anche nella *sunna* profetica, riportante come Muḥammad più volte raccomandò di non violare i trattati e le obbligazioni sottoscritte.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> ABŪ DĀWŪD SULĀIMAN AL-SISSISTĀNĪ, *Kitāb al-Sunan*, traduzione inglese di AḤMAD HASAN, Muḥammad Aṣrāf Publishers, Booksellers Exporters, Lahore, 1984, tradizione n. 3582.

<sup>131</sup> FRANCESCO CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 83.

<sup>132</sup> Per questo ultimo aspetto si veda MAĞĪD KHADDURI, *War and peace in the Law of islam*, cit., *passim*.

Va sottolineato come l'elaborazione dottrinale ha stabilito che un trattato deve essere codificato in maniera equilibrata tra le parti contraenti, calibrando i relativi diritti e doveri alla luce della nozione di reciprocità.<sup>133</sup>

Un autore rimarca come il diritto penale internazionale islamico ha per i musulmani un carattere doppiamente vincolante rispetto a quanto avviene in riferimento al diritto penale internazionale per i non musulmani, in quanto per il sistema islamico le previsioni ivi codificate risultano vincolanti per la *umma* non solo in base alla sua appartenenza alla comunità internazionale, ma anche per la sua sottoposizione alla *šarī'a*.<sup>134</sup>

Nel sistema islamico riveste grande importanza il concetto di mediazione, che trova applicazione in varie branche, quali il diritto internazionale, il diritto internazionale pubblico, il diritto militare, ed anche nel sistema penale.<sup>135</sup> Nella logica sistemica dell'ambito penale, così, ci si imbatte diffusamente nella conciliazione dei cuori, nella diplomazia, nell'arbitrato, nella composizione dei dissidi, nel componimento delle liti, nel negoziato, nella riparazione; tutte accezioni comuni, sussumibili nella vasta concettualizzazione di mediazione penale.

Si è visto come l'intero sistema penale ruoti attorno alla volontà, sommessamente celata, di non applicare le pene minacciate e di ricercare sempre possibili scappatoie o alternative alla punizione. Così, anche nell'ambito dei reati più gravi puniti con pena coranica, vi sono ipotesi in cui non si dà luogo alla responsabilità penale; ad esempio nel furto in caso di restituzione dell'oggetto sottratto, nel brigantaggio se interviene una desistenza o un recesso attivo. Per le fattispecie ove è previsto il taglione, poi, viene pedissequamente ricercata la possibile mediazione, attraverso il risarcimento effettuato con il pagamento del prezzo del sangue, la *diyya*.<sup>136</sup> In tale ambito, oltre al perdono, trovano collocazione anche gli istituti della *tawba*, il pentimento<sup>137</sup> e della *kaffāra*, l'espiazione (che può consistere in elargizioni di beni e cibarie ai poveri, in manomissione

---

<sup>133</sup> Su tale caratteristica, MAĞID KHADDURI, *The Islamic law of Nations*, cit., pp. 152 e ss.

<sup>134</sup> FARHAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law. A comparative study*, cit., p. 13.

<sup>135</sup> La diplomazia è il mezzo con il quale si instaurano relazioni ufficiali tra le autorità islamiche e quelle non musulmane. La *šarī'a*, poi, prevede il ricorso alla mediazione per risolvere le controversie innanzitutto tra membri della comunità islamica, ma anche quelle verificatesi tra questa e i non musulmani (AGOSTINO CILARDO, *Il Diritto islamico e il Sistema giuridico italiano*, E.S.I., Napoli, 2002, p. 69).

<sup>136</sup> Su tale istituto, si veda IBN BAHANSY, *Al-diya fi 'l-šarī'a al-islāmiyya*, Dār al-šurūq, Cairo, 1984.

<sup>137</sup> Sul valore giuridico-religioso del pentimento e sulla visione dottrinale dell'istituto, si rimanda a MOĤAMMAD HAŠİM KAMALI, *Punishment in islamic law*, cit., pp. 52 e ss.

di schiavi, ma anche soltanto in preghiere e digiuni.<sup>138</sup> Anche sul giudice incombe un obbligo di mediazione, dovendo egli sempre esperire un tentativo di conciliare le parti prima di procedere ed anche prima di pronunciare la sua decisione. La porta della mediazione in ambito islamico risulta quindi sempre aperta ed una visione più profonda di quest'istituto, invece che ad iscriverlo in concezioni ipocrite dell'antigiuridicità o in esigenze deflattive, lo colloca come spunto per riavvicinare a Dio il reo che, delinquendo, ha peccato.

Anche il principio di giurisdizione universale, tracciato in tutto il corso della ricerca, trova collocazione all'interno del sistema classico. Nel diritto internazionale, in presenza dei crimini più gravi, qualsiasi Stato, derogando ai normali criteri di personalità attiva o passiva e di territorialità del *locus commissi delicti*, può esercitare la propria giurisdizione, in ragione della natura transnazionale dell'offesa,<sup>139</sup> intesa sia come condotta che come bene protetto, in base al principio di giurisdizione universale sui crimini *jura gentium*, costituenti gravi violazioni delle norme imperative del diritto internazionale generale.

Tale principio trova applicazione anche nel diritto islamico classico, attraverso l'elaborazione dottrina di un insigne giurista, che per primo ha sviluppato il concetto di portata generale della repressione dei crimini particolarmente efferati, il cui autore deve essere perseguito secondo il diritto di Dio (e non secondo il diritto degli uomini), e il cui contrasto deve essere attuato necessariamente e direttamente dall'autorità (d'ufficio quindi), indipendentemente dall'appartenenza confessionale dell'autore o della vittima e cooperando con tutte le genti, anche con la comunità non musulmana (*in nuce*, si ricava così un altro principio, quello di cooperazione giudiziaria, strettamente connesso a quello in esame), poiché quelli commessi sono crimini universali.<sup>140</sup>

Il principio del *ne bis in idem* definito dalla cultura giuridica occidentale anche come *autrefois acquit/convict* o come divieto di *double jeopardy*, è un valore fondamentale vigente in molti sistemi penali e si propone di tutelare molteplici beni giuridici: tra gli altri, possono essere evidenziati l'esercizio

---

<sup>138</sup> Per approfondimenti, si consulti BARMAN-BIANQUIS-BOSWORTH-VAN DONZEL-HEINRICHS, s.v. *Kaffāra*, in *Encyclopédie de l'Islam*, 2<sup>ème</sup> éd. Brill, Leida, 1995.

<sup>139</sup> Per una definizione di reato transnazionale, anche detto transfrontaliero, sovranazionale o internazionale, si rimanda all'art. 3.2 della Convenzione di Palermo sul crimine organizzato transnazionale, adottata il 15 novembre 2000 dalla 55<sup>°</sup> sessione delle Nazioni Unite: "For the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if: (a) It is committed in more than one State; (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State; (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or (d) It is committed in one State but has substantial effects in another State."

<sup>140</sup> Vedasi IBN TAYMIYYA, *Mağmū' fātāwa Ibn Taymīyya*, Riyad Press, Riyad, 1976, XXVIII, p. 311.

del diritto di difesa, le esigenze di certezza del diritto e della pena, l'economia processuale e la razionalizzazione delle risorse dell'amministrazione giudiziaria, la prevenzione di conflitti di giurisdizione positivi e negativi, l'attuazione di un idoneo coordinamento investigativo e giudiziario.

Esso risulta strettamente connesso al principio di autorevolezza della *res judicata*,<sup>141</sup> che ne costituisce il presupposto eziologico e che soddisfa ed estingue la citazione del denunziante o la riconvenzione dell'accusato. Il *qāḍī* ha il dovere di emettere una sentenza giusta e, per l'ortodossia islamica, una volta raggiunto il giudicato, il fatto reato sottoposto all'attenzione del diritto divino, così come rivelato al Profeta, non può più essere messo in discussione. Ciò, anche perché, nell'accezione dogmatica del diritto musulmano, non vi sono altri gradi di giudizio.<sup>142</sup> Tuttavia, un altro *qāḍī* può procedere ad un nuovo giudizio e persino giungere ad emettere un provvedimento di segno opposto al primo, ma ciò unicamente in caso di "grave errore di diritto",<sup>143</sup> ovvero sia solo nel caso in cui la precedente decisione sia contraria alle prescrizioni coraniche, a un *ḥadīṭ* riconosciuto o al consenso dei giuristi.

### *Spunti di riflessione*

I primi interpreti della legge divina hanno ritenuto che essa è perfettibile e può essere modificata con il mutare dei tempi, secondo l'*istiṣlāḥ*, l'utilità generale, ed infatti hanno introdotto poco dopo la morte del Profeta alcune disposizioni, come ad esempio quella di trasporre in forma scritta il Corano, senza che alcuna prescrizione precedente li autorizzasse a ciò.<sup>144</sup> Da un lato, quindi, l'obiettivo primario e finale della *ṣarī'a* è quello di proteggere alcuni specifici beni giuridici quali religione, vita, discendenza, mente e proprietà, tutti valori basilari della vita umana, cosicché ogni aggressione di tali beni può essere considerata contraria alla legge divina e, se necessario, punita; dall'altro, solo alcune di queste possibili trasgressioni sono state indicate quali fat-

---

<sup>141</sup> Su tali principi si consulti EMILE TYAN, *L'autorité de la chose jugée en droit musulman*, in *Studia islamica*, Maisonneuve & Larose, Paris, XVI, 1962, p. 6-90.

<sup>142</sup> Sono tuttavia previsti dei casi di revisione, dei controlli sullo *status libertatis* nonché delle procedure concorrenti del *ḍiwān al-mazālim*, così come il ricorso alla giustizia equitativa dell'*imām* o dello *ṣayḥ al-islām*, sulla falsariga della *cognitio extra ordinem* del diritto romano. Si veda JOSEPH SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 198.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>144</sup> Per una visione ortodossa dell'operato dei primi interpreti della legge divina si veda DAVID SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita*, cit., pp. 55 e 56.

tispecie di reato dalla *šarī'a*, essendovene altre che non sono state espressamente menzionate. È quindi compito dei governanti dello Stato islamico salvaguardare detti beni sancendo nuove possibili forme di aggressione e la loro conseguente punizione, determinate dai mutamenti della società. Questo compito deve essere esercitato proprio sulla scorta dei principi generali del sistema penale islamico e sull'*iğtihād*, lo sforzo indipendente di indagine sugli stessi.

Tali principi, espressione delle fattispecie di reato, delle pene applicabili e delle regole processuali della *šarī'a*, così come degli istituti della mediazione e degli stratagemmi giuridici elaborati per mitigarne la rigidità e contestualizzarla all'epoca contemporanea, nel periodo della formazione e sistemizzazione della legge religiosa erano validi per l'intera *umma* e non venivano limitati dai confini geo-politici.

Dall'analisi sin qui svolta, emerge come nell'ordinamento islamico detti principi risultano ben articolati e sviluppati, tanto nella *šarī'a* quanto nella speculazione elaborata dalle scuole giuridiche. Essi, inoltre, corrispondono a molti omologhi valori propri del diritto internazionale, riportati nelle dichiarazioni dei diritti dell'uomo codificate dalla cultura giuridica occidentale,<sup>145</sup> ed in alcuni casi è ben visibile come l'*islām* ne ha anticipato la codificazione di diversi secoli.

Questa argomentazione, d'altra parte, si colloca a sostegno della tesi che vuole attribuire piena autonomia al diritto islamico dalle interferenze degli altri sistemi giuridici codificati, in particolar modo da quello romano e da quello bizantino.<sup>146</sup> Le similitudini tra i principi generali che si ritrovano nei sistemi giuridici dei diversi popoli non comportano necessariamente la sussistenza di rapporti ed influenze, ma vanno spiegati con l'idea che esprimono una verità unica che si impone alla ragione.<sup>147</sup> Valori assoluti, generalmente condivisi, la cui tutela ed attuazione viene universalmente sentita. Del resto, da un punto di vista giuridico e teoretico, il diritto islamico, nella sua sfera internazional-penalistica protegge tutte le Nazioni poiché è l'intero genere umano che si intende in assoluto tutelare, e ciò indipendentemente da ogni appartenenza confes-

---

<sup>145</sup> Per una analisi comparativa delle dichiarazioni dei diritti dell'uomo elaborate dagli Stati arabo-islamici si rimanda a AGOSTINO CILARDO, *Il diritto islamico e il sistema giuridico italiano*, cit., pp. 119 e ss.

<sup>146</sup> Sulla peculiarità della legge religiosa islamica, non assimilabile al diritto romano ed ai sistemi giuridici da questo derivati si veda AGOSTINO CILARDO, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1990.

<sup>147</sup> Così SOBHI MAḤMASSĀNĪ, *Falsafat al-tašrī' fil'islām*, cit., p. 292. Contra, SELIM JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, cit., p. 119.

sionale, 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.<sup>148</sup> Questo principio è pienamente recepito dalla legge islamica, all'interno del suo sistema penale internazionale: “*the function of wick 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*”.<sup>149</sup>

Tuttavia, la disapplicazione tacita della *šarī'a* in molti ambiti dell'ordinamento giuridico della quasi totalità dei Paesi arabo-islamici, a vantaggio della legge positiva, ha determinato la caduta in desuetudine dei principi generali di derivazione sharaitica.

La vigenza del doppio binario ed il dibattito sulla effettiva applicazione della *šarī'a* sono una componente fondamentale delle dinamiche contemporanee che attraversano il mondo islamico: una società dà vita ad un proprio modello di Stato fondandolo su di un insieme di valori la cui espressione più eminente è costituita dalla scelta del tipo di ordinamento giuridico. Nel corso della propria evoluzione poi, ogni società deve verificare il modello consolidatosi, alla luce degli apporti di nuovi valori che provengono sia dallo sviluppo interno – politico, culturale, sociale – sia dalle diverse relazioni con altre società dotate di modelli culturali differenti. La rilettura del proprio modello di Stato viene così richiesta a tutte le società in transizione verso la modernizzazione, passaggio caratterizzato da consistenti cambiamenti sociali, dall'evoluzione tecnologica e dalla diffusione di un più ampio valore attribuito ai diritti umani. L'incontro con la cultura occidentale e con le forme di modernizzazione che da essa derivano, ha significato per gli Stati islamici l'innescarsi di mutamenti profondi, dagli esiti ancora *in itinere*. I movimenti riformisti e modernisti<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> 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*, Fondazione Giovanni Agnelli, Tornio, 1998.

<sup>149</sup> Così FARHAD MALEKIAN, *The concept of islamic international criminal law, A comparative study*, cit., p. 7.

<sup>150</sup> Su riformismo e modernismo islamico nonché sui vari movimenti che animano il mondo musulmano si veda AGOSTINO CILARDO, *Su alcune recenti formazioni islamiche*, in IGNAZ GOLDZIHNER, *Lezioni sull'Islam*, E.S.I., Napoli, 2000.

formatisi all'interno della società musulmana proprio in ordine alla modalità ed intensità di applicazione della *šarī'a* risultano l'espressione delle varie posizioni inerenti le sfide culturali poste dalla modernità alla tradizione islamica, concretizzatesi nella ridefinizione del modello di società e di cittadinanza, del ruolo della religione rispetto allo Stato, dei fondamenti dell'ordinamento giuridico e dell'interpretazione delle sue fonti e dei suoi principi generali.<sup>151</sup>

Tali principi, come detto attualmente caduti in desuetudine, andrebbero recuperati. Le fattispecie di reato, le pene applicabili e le regole processuali della *šarī'a*, così come gli istituti della mediazione e gli stratagemmi giuridici elaborati per mitigarne la rigidità e contestualizzarla all'epoca contemporanea, nel periodo della formazione e sistemizzazione della legge religiosa erano validi per l'intera *umma* e non limitati dai confini geo-politici. Oggi, per meglio enfatizzare i valori di cui sono espressione, i principi generali del sistema penale islamico potrebbero essere incorporati all'interno dei singoli codici dei moderni Stati arabo-islamici. Questo inserimento risulterebbe di contributo determinante al superamento della patologia che affligge le codificazioni moderne e dell'utilizzo o inutilizzo politicizzato e parziale della *šarī'a* stessa. I principi generali, infatti, da un lato costituiscono strumenti di produzione del diritto, consentono di alimentare con regole ed interpretazioni aggiornate la rinnovazione giuridica, nonostante la chiusura dottrinale sul ricorso allo sforzo indipendente di indagine (*iğtihād*) ed adattare così la legge religiosa alle esigenze della vita moderna. Dall'altro, fungono da dispositivi per la moralizzazione del diritto, procurando un apporto etico al tecnicismo giuridico, di per se sprovvisto di connotazioni morali, in un sistema legale ove diritto, morale e religione sono intimamente connessi.

---

<sup>151</sup> Sulla *šarī'a* e sulle sfide della modernità si veda *Dibattito sull'applicazione della shari'a*, a cura di ANDREA PACINI, in *Dossier Mondo islamico 1*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995.