

**Università degli Studi  
di Palermo**



**Università degli Studi  
di Trieste (sede consorziata)**



**Dottorato di Ricerca in  
Fondamenti di diritto europeo e metodologia comparatistica  
(IUS/02 – XXIII ciclo)**

## **IL DIRITTO DEI CONTRATTI NEI PAESI ARABI**

**Dottoranda**

**Dott.ssa Romina Mondello**

**Tutor**

**Chiar.mo Prof. Mauro Bussani**

**Coordinatore**

**Chiar.mo Prof. Giuseppe Di Chiara**

A.A. 2011/2012



## Sommario

<u>1. PREMESSA: OBIETTIVI, MOTIVAZIONI E METODO .....</u>	<u>5</u>
<u>2. INTRODUZIONE .....</u>	<u>11</u>
I. LE CARATTERISTICHE DEL DIRITTO ISLAMICO E LA STRATIFICAZIONE DEL DIRITTO .....	11
II. LA PROGRESSIVA EMANCIPAZIONE DELLA SIYĀSA .....	15
III. LE CODIFICAZIONI DEL DIRITTO PRIVATO .....	16
<u>3. IL CONTRATTO NEL DIRITTO ISLAMICO .....</u>	<u>21</u>
I. 'AQD E CONTRATTO: TRADUZIONI POSSIBILI .....	23
II. LA MANCANZA DI UNA TEORIA GENERALE DEL CONTRATTO: LA VENDITA COME ARCHETIPO.....	26
III. IL DIVIETO DI RIBĀ .....	31
IV. IL DIVIETO DI GHARAR .....	36
V. LA VENDITA.....	39
<u>4. IL CONTRATTO NEL DIRITTO DEI PAESI ARABI.....</u>	<u>47</u>
I. PRINCIPI GENERALI: LIBERTÀ CONTRATTUALE .....	47
II. SEGUE: EQUITÀ .....	57
III. SEGUE: BUONA FEDE .....	62
IV. SEGUE: ABUSO DEL DIRITTO.....	64
V. SEGUE: INTERPRETAZIONE .....	71
VI. PROPOSTA E ACCETTAZIONE .....	75
VII. SEGUE: LA "SESSIONE CONTRATTUALE" .....	79
VIII. L' ACCORDO DELLE PARTI .....	85
IX. SEGUE: I VIZI DEL CONSENSO .....	88
X. L'OGGETTO .....	97
XI. LA CAUSA .....	103
<u>5. IL DIRITTO DEI CONSUMATORI NEI PAESI ARABI .....</u>	<u>107</u>

I. INTRODUZIONE .....	107
II. ORIGINI DELLA TUTELA CONSUMERISTICA NEL MONDO ISLAMICO.....	107
III. <i>CHANGE UNDER PRESSURE</i> .....	109
IV. MODELLI E IMITAZIONI.....	112
V. LE FONTI: FORMAZIONE E TECNICA NORMATIVA .....	116
VI. DEFINIZIONI .....	119
VII. I DIRITTI DEL CONSUMATORE.....	122
VIII. IL DIRITTO ALL'INFORMAZIONE SUL PRODOTTO .....	125
IX. IL DIRITTO ALLA SALUTE E ALLA SICUREZZA .....	130
X. LA PUBBLICITÀ INGANNEVOLE .....	135
XI. IL PRODOTTO DIFETTOSO.....	139
XII. LE CLAUSOLE ABUSIVE .....	146
XIII. SOGGETTI E STRUMENTI PER LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE.....	149
XIV. IL RUOLO DELLE ASSOCIAZIONI DEI CONSUMATORI.....	154
XV. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE .....	156
<u>6. CONCLUSIONI .....</u>	<u>159</u>
<u>8. ABBREVIAZIONI.....</u>	<u>163</u>
<u>9. BIBLIOGRAFIA .....</u>	<u>165</u>
1. PARTE GENERALE.....	165
2. DIRITTO DEI CONTRATTI IN GENERALE .....	170
3. DIRITTO DEI CONSUMATORI.....	173
4. DIRITTO DEL COMMERCIO .....	175

# 1. Premessa: obiettivi, motivazioni e metodo

Di fronte alla spinta propulsiva del flusso commerciale coi Paesi arabi<sup>1</sup>, nasce spontanea nel giurista occidentale la curiosità circa il funzionamento della macchina contrattuale nel contesto giuridico arabo.

A tale curiosità si accompagna la brama di scandagliare – nei suoi aspetti generali, e nella sua declinazione giuridica – una cultura la cui conoscenza richiede di affinare strumenti nuovi, e diversi, rispetto a quelli usualmente impiegati nella comparazione fra esperienze appartenenti alla *western legal tradition*.

La ricerca si è rivolta ad un insieme di sistemi giuridici caratterizzato dalla predominanza della lingua araba e della religione islamica<sup>2</sup>. Quest'ultima, in particolare, con la sua intrinseca vocazione espansiva, ha veicolato la diffusione della lingua araba. Insieme, lingua e religione hanno forgiato una cultura e una fisionomia sociale per alcuni aspetti simili nei diversi paesi in cui si sono affermate, nonostante la vastità dell'area considerata<sup>3</sup>. Insieme a tali fattori unificanti – lingua e religione – si può constatare una comunanza di vicende storiche, politiche, istituzionali e giuridiche (prime tra

---

<sup>1</sup> Sono generalmente considerati paesi arabi – sulla base della composizione della popolazione più che della collocazione geografica – Mauritania, Marocco (con la questione aperta del Sahara Occidentale), Algeria, Tunisia, Libia, Egitto, Sudan, Giordania, Palestina, Libano, Siria, Iraq, Kuwait, Arabia Saudita, Yemen, Gibuti, Somalia, Comore, Bahrein, Qatar, Emirati Arabi Uniti, Oman. Sul punto si rimanda a Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 131.

<sup>2</sup> Con l'aggettivo islamico ci si suole riferire generalmente al diritto, a un sistema giuridico religiosamente connotato. L'aggettivo "musulmano" è invece prevalentemente utilizzato per indicare le persone, anche se i due termini possono essere utilizzati quasi come sinonimi (Schacht, J., *Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, ediz. It: *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondaz. G. Agnelli, Torino, 1995, pp. 3 e ss.; Predieri, A., *Shari'a e costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006). Da tale precisazione emerge con chiarezza che non tutti i musulmani sono arabi e non tutti gli arabi sono musulmani. Sono musulmane le persone che professano la fede islamica, e sono presenti anche in territori non arabi, come la Turchia, l'Iran, l'Afghanistan, la Nigeria, la parte settentrionale del Ciad, la Malesia, etc. Viceversa, sono arabi i popoli che appartengono a questa etnia, e generalmente si esprimono in lingua araba o in uno dei dialetti locali in cui essa si suddivide. Gli arabi possono professare la religione musulmana o altra religione: ad esempio in Egitto si conta una consistente minoranza di cristiani copti, e anche in Libano la presenza dei cristiani è assai consistente (si v. Aldeeb Abu-Sahlieh S., *Il Diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008; e id., *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles-Référence, Paris, 2006).

<sup>3</sup> Aldeeb Abu-Sahlieh S., *Il Diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008, pp. 2 e ss.; id., *La religion et le droit des pays arabes*, Presses Universitaires Bordeaux, Bordeaux, 2009, Filoramo G. (cur.), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007, Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 4 e ss.

tutte l'elaborazione e l'applicazione del diritto islamico) che consentono di analizzare congiuntamente i Paesi che si estendono dal Marocco all'Oman, dalla Siria al Sudan.

Dal punto di vista giuridico il mondo arabo presenta significativi profili di interesse per il comparatista. Anzitutto, occorre specificare che pregnante è la distinzione tra diritto islamico e diritto dei paesi arabi<sup>4</sup>. Il primo è quello derivante dai precetti coranici e dall'interpretazione che ad essi è seguita. Si ritiene che ben poco di questo diritto, nonostante le dichiarazioni di principio, sia attualmente applicato negli stati contemporanei, dove invece è vigente un diritto largamente positivizzato e laico<sup>5</sup>. I dati raccolti in questa tesi confermano tale assunto.

La consapevolezza della compresenza di queste due diverse componenti dei sistemi arabi impone l'utilizzo di quel metodo della comparazione centrato sul pluralismo giuridico<sup>6</sup>. Esso è volto da un lato – in prospettiva diacronica – a indagare la stratificazione nel tempo di diverse esperienze giuridiche, che finiscono per sedimentare progressivamente, dall'altro lato – in prospettiva sincronica – a individuare in un medesimo ordinamento la permanenza di una pluralità di fonti autoritative, legittimate alla produzione del diritto ed alla risoluzione delle controversie.

Inoltre, l'adozione del metodo pluralistico si impone per l'accento che esso pone sulla circostanza che i sistemi giuridici sono spesso governati da

---

<sup>4</sup> In questo scritto ci si riferirà sovente al diritto contemporaneo con l'espressione "diritto dei paesi arabi", o più semplicemente "diritto arabo", proprio per differenziarlo dal diritto islamico. Con tali espressioni si vuole indicare il diritto contemporaneo vigente nell'area qui considerata, alla stregua di come comunemente ci si riferisce al "diritto continentale" per indicare il diritto dei paesi europei di *civil law*, o al "diritto africano" per designare il diritto della regione sub-sahariana.

<sup>5</sup> V. H. Ala Hamoudi, *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008 (2), pp. 423 ss., A. E. Mayer, *Law and Religion in the Muslim Middle East*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, pp. 127 ss., G.M. Piccinelli, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, vol. 1, 2005, pp. 131-143.

<sup>6</sup> Il fenomeno, presente anche negli ordinamenti occidentali, sebbene in misura minore, è ben illustrato in Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini (curr.), *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, Zumbansen, P., *Transnational Legal Pluralism*, *Transnational Legal Theory*, vol. 1, n. 2, 2010, pp. 141-189, Watson, A., *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993 (1 ediz. 1974), Bussani, M., *Il diritto dell'occidente*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 102 ss., Shahar, I., *Legal Pluralism and the Study of Shari'a Courts*, in *Islamic Law and Society*, vol. 15, n. 1, 2008, pp. 112-141.

regole, da gerarchie di regole e da una molteplicità di fonti del diritto non immediatamente riconducibili al tradizionale catalogo delle fonti ufficiali del diritto, tutte legate alle istituzioni statali, e non sempre compatibili con quelle occidentali, senza per questo tracciare una valutazione in termini negativi, o di inadeguatezza a priori dei sistemi analizzati.

Questa ricerca, lungi dal voler essere una mera ricognizione delle norme legislative vigenti nei diversi Paesi, mira a mettere a sistema i risultati della comparazione, applicandoli al campo di analisi proposto<sup>7</sup>. A tal fine, essa si propone di indagare il rapporto che intercorre tra i diversi formanti degli ordinamenti giuridici volta a volta considerati, mettendo in relazione il formante legislativo contemporaneo con quello del diritto islamico tradizionale, quale componente assolutamente peculiare dell'area in questione<sup>8</sup>.

E' da considerare infatti che il diritto insegnato nelle facoltà di giurisprudenza dei Paesi arabi non è lo stesso che si impara sui tappeti di una scuola giuridica islamica. Inoltre, i Paesi arabi, nonostante le enunciazioni di principio presenti in alcune carte costituzionali, nelle quali si proclama il rispetto dei principi islamici, sono dotati invero di un sistema di norme completo, spesso autosufficiente, e in ogni caso largamente secolarizzato<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> E' stato osservato che spesso la comparazione che viene condotta sui sistemi arabi è più che altro volta a rinvenire le analogie con i sistemi di *civil law*, trascurando così la storia del diritto arabo. Criticamente, Vogel, F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (Contracts)-7, p. 53.

<sup>8</sup> Tale impostazione è seguita anche da chi ricorda come la considerazione per entrambe le componenti "is undertaken in order to illuminate both bodies of law: for Islamic law, to show the extent of its continued relevance; and for the Arab laws, to reveal the constituent part, namely Islamic law, that more than any others lends them their distinctiveness among world legal systems" (Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 53).

<sup>9</sup> V. Ala Hamoudi, *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, cit., 423 ss., Mayer, *Law and Religion in the Muslim Middle East*, cit., pp. 127 ss., Piccinelli, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, cit., pp. 131 e ss. Com'è stato osservato (Sacco, Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 343 e 359), nel campo del diritto civile "puro" (si pensi alla proprietà, ai contratti, alla responsabilità civile) non ci sono ragioni di principio che obblighino il sistema islamico e quello occidentale a contrastarsi. Lo stesso dicasi per i principi generali del diritto (come ricorda Jahel, S., *Principes généraux du droit arabo-musulman*, in *Revue Internationale de droit comparé*, vol. 55, n. 1 (2003), pp. 108 e ss.). Infatti, nella *Majalla* e nel codice delle obbligazioni e dei contratti tunisino, "l'europeo ha l'impressione di trovare la regola europea, e il musulmano ha l'impressione di trovare la soluzione sciaritica. Spesso la differenza risiede nel modo di formulazione della regola, più che nei suoi contenuti" (Sacco, Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 343).

La a-confessionalità del sistema tanto più cresce quanto più ci si allontana dal nucleo dello statuto personale delle materie civilistiche, quale è il diritto di famiglia<sup>10</sup>. Si spiega così perché il diritto dei contratti nei Paesi arabi contemporanei non sia regolato da prescrizioni coraniche né dalle elaborazioni dottrinali dei *fuqahā'*, ossia dottori della legge sciariatica. Peraltro, ciò non toglie che il diritto islamico continui a svolgere un ruolo di co-protagonista nel panorama giuridico contemporaneo, non fosse che per l'influenza storica che ha spiegato<sup>11</sup>.

Infatti, i sistemi arabi devono la propria base giuridica comune a una delle più grandi recezioni della storia del diritto, quella del diritto islamico<sup>12</sup>. Questo modello, in epoca medievale, più che essere imitato in ragione del suo prestigio o dell'efficienza delle soluzioni che proponeva, è stato imposto autoritativamente a tutti i popoli che sono stati conquistati alla fede islamica<sup>13</sup>. Nel tempo essi hanno tuttavia finito per essere assimilarlo. Lo stesso fenomeno può ripetersi per il diritto dell'impero ottomano, che ha veicolato con il suo imperio la diffusione della *Majalla*<sup>14</sup>, raccolta legislativa debitrice del modello francese per la forma, e del diritto islamico nella sostanza, che ha anzi rappresentato uno dei primi tentativi di codificazione dei precetti islamici.

Nel secolo scorso si è poi dato corso a recezioni più o meno vaste di modelli occidentali, affermatasi o per via impositiva – durante il periodo coloniale e dei cc.dd. mandati<sup>15</sup> – o per imitazione consapevole, in ragione del loro prestigio<sup>16</sup>. Notevole, a questo proposito, è l'esempio costituito dal codice civile egiziano del 1948 che, ispirato al Code Napoléon, viene re-

---

<sup>10</sup> Sacco, R., Gambaro, A., *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, Milano-Torino, III ediz. 2008, pp. 343 e 359 s., Piccinelli, G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, vol. 1, 2005, p. 133.

<sup>11</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 53.

<sup>12</sup> Si v. Castro, F. (cur. Piccinelli, G.M.), *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, e Sacco, R., Gambaro, A., *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, Milano-Torino, III ediz. 2008, pp. 343 e 359 s.

<sup>13</sup> Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 9 e ss.

<sup>14</sup> Il termine letteralmente significa "rivista" con ciò riferendosi all'intenzione dei compilatori di raccogliere il diritto islamico hanafita. Si v. Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 118 e ss. e id., *Sistema sciaraitico, "siyāsa shar'iyya" e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, in Bausani, A., Scarica Amoretti, B., cur., *Il mondo islamico tra interazione e acculturazione*, Istituto di Studi Islamici, Roma, 1981, pp. 165 e ss. e 175 e ss.

<sup>15</sup> Per un quadro storico si rimanda a Campanini, M., *Storia del Medio Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010 e pure a Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., pp. 53 e ss.

<sup>16</sup> Su tutti si v. Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 115 e ss.



imitato da numerosi altri Paesi arabi, oltre che africani, e conosce un'ampia diffusione, poiché ritenuto, a torto o a ragione, un modello sufficientemente moderno e, al contempo, in grado di integrarsi facilmente nella tradizione giuridica islamica<sup>17</sup>.

L'attenzione alle vicende storiche e l'approccio metodologico che si intende seguire impongono di non perdere di vista le applicazioni pratiche del diritto dei contratti nel mondo arabo. Per tale motivo assume valenza fondamentale, nella logica del presente lavoro, il capitolo sul diritto dei consumatori, che permetterà di trarre molteplici conferme in merito alla dialettica fra la componente islamica e il formante legislativo contemporaneo, basato sulla recezione dei modelli occidentali.

La ricerca è stata condotta guardando, in alcuni casi, pure ai materiali in lingua originale, specialmente allorché si sono rinvenute delle discrepanze o contraddizioni nella versione inglese o francese dei testi legislativi consultati<sup>18</sup>.

Questo lavoro, dopo un'introduzione dedicata alle caratteristiche del diritto islamico e all'imponente fenomeno di stratificazione del diritto che si è protratto sino ai giorni nostri (cap. 2), si sofferma su tematiche generali del diritto dei contratti islamico e dei paesi arabi, quali la mancanza di una teoria generale del contratto, che porta all'impiego della vendita come archetipo, e ai divieti di *ribā* e *gharar* (cap. 3). Scende poi nel dettaglio del meccanismo sinallagmatico, affrontando istituti come l'autonomia contrattuale, la buona fede, la capacità delle parti, le modalità di conclusione dell'accordo, gli elementi di quest'ultimo, la causa (cap. 4).

Come anticipato, un'applicazione quanto mai significativa della parte generale è rappresentata dal diritto dei consumatori, che costituisce una

---

<sup>17</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., pp. 57 e s. F. Castro, *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 1985, e Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005, pp. 153 e ss.

<sup>18</sup> Si deve infatti ricordare che spesso, nello studio di un certo sistema giuridico che si esprime in una lingua semanticamente e strutturalmente lontana dall'osservatore, le regole sono travisate o trascurate proprio a causa dello scarso controllo della lingua nella quale quelle regole erano espresse. Tra gli altri si rimanda a Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1992.

cartina al tornasole di quanto sostenuto nei capitoli iniziali (cap. 5) e prelude alla parte conclusiva (cap. 6).

## 2. Introduzione

### I. Le caratteristiche del diritto islamico e la stratificazione del diritto

Il diritto contemporaneo dei paesi arabi – almeno in taluni settori, tra cui quello qui considerato – si caratterizza per una considerevole autonomia dalle regole di origine sciariatica, autonomia che merita una brevissima notazione storica.

Tutti i paesi arabi hanno conosciuto la diffusione del diritto islamico. Quest'ultimo, come noto, non è solo un sistema giuridico nel senso occidentale del termine, in quanto esso si configura anzitutto come una serie di prescrizioni strettamente legate al credo maomettano<sup>19</sup>. Per tale motivo, in linea di principio, il diritto islamico coinvolge tutte le fasi della vita dei consociati, e non solo quelle più strettamente giuridiche, poiché la divinità creatrice degli esseri umani, per assicurare loro di prosperare sulla terra, ha voluto dotarli della legislazione a ciò confacente<sup>20</sup>.

Il fatto che il diritto islamico abbia tale connotazione ha indotto gli studiosi a qualificarlo come appartenente a quei sistemi che fanno della “rule of traditional law” il perno del proprio ordinamento<sup>21</sup>.

L'espressione “diritto islamico” serve generalmente a tradurre tanto il concetto di *fiqh* quanto quello di *sharī'a*. Mentre quest'ultima si riferisce alla

---

<sup>19</sup> Il diritto islamico trova la sua fonte principale, e più sacra, nel Corano, raccolta della rivelazione divina affidata al Profeta Maometto (Muhammad) nel secolo VII d.C. La sua figura è considerata a tal punto venerabile che anche le sue parole e le sue scelte comportamentali costituiscono fonti del diritto, la Sunna (“consuetudine del Profeta”). Le altre fonti sono rappresentate dal Consenso (*ijma'*) di tutta la comunità (in definitiva, dei dotti) e dall'Analogia (*qiyās*) la cui legittimità, peraltro, è messa in dubbio da alcune scuole dottrinarie). Per una disamina delle fonti del, nonché dei connotati propri al, diritto islamico, si v., per tutti, J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondazione G. Agnelli, Torino, 1995, pp. 121 ss. e a F. Castro (G. M. Piccinelli cur.), *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007. Si v. anche G. Filoramo (cur.), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007. Ma si v. pure A. Predieri, *Sharī'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 64 s. Si v. anche A. Layish, *The Transformation of the Sharī'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, *Die Welt des Islams*, New Series, Vol. 44, Issue 1 (2004), pp. 85 ss.

<sup>20</sup> Secondo la prospettiva adottata da Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., pp. 5 e ss.

<sup>21</sup> Mattei, U., Monateri, P., *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, pp. 64 e ss.

legge divina, perfetta e immutabile, alla "Retta Via" disegnata da Dio (a cui pure etimologicamente il termine si riferisce), il *fiqh* rappresenta lo sforzo umano volto a comprendere la volontà superna, e si avvicina al concetto di diritto di produzione umana<sup>22</sup>.

A partire dal VII secolo d.C. circa, il complesso di norme islamiche si è innestato sui substrati giuridici preesistenti<sup>23</sup>, consentendo che sopravvivessero i costumi e le norme consuetudinarie che non erano palesemente in contrasto con il nuovo credo<sup>24</sup>. Tale innesto ha dato luogo ad un effetto di 'stratificazione giuridica'<sup>25</sup>. I modelli giuridici originari non sono stati cioè del tutto soppiantati dal nuovo diritto, ma hanno continuato a coesistere accanto ad esso, producendo una mutua contaminazione<sup>26</sup>.

Una caratteristica essenziale del diritto islamico, che non può essere taciuta, consiste nella costante dialettica fra teoria e prassi. Fino al X-XI secolo d.C., la necessità di rendere i precetti sciaritici utili ed efficienti rispetto alle esigenze della vita reale – unitamente alla scarsità di prescrizioni coraniche in materia giuridica<sup>27</sup> – ha portato i dottori della legge a effettuare uno "sforzo

---

<sup>22</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 7, Piccinelli, G.M., *Introduzione* in Castro, F. (Piccinelli, G.M., cur.) *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. XI e s., Predieri, *Shari'a e costituzione*, cit., pp. 21 e ss.

<sup>23</sup> Quanto al diritto preislamico, basti qui ricordare che alcuni sistemi erano contraddistinti da norme di tipo consuetudinario, altri da elementi di diritto romano ed ellenistico (A. D'Emilia, *Roman Law and Muslim Law. A Comparative Outline*, in EW 5, 1953, pp. 3-10). Per una trattazione delle società preislamiche v. J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondazione G. Agnelli, Torino, 1995, pp. 9 ss., nonché R. Sacco, *Sistemi Giuridici Comparati*, UTET, Milano-Torino, III ed., 2008, 355-356, che ricorda come "l'Islam storico ha potuto convivere, in Africa nera, con la divinizzazione del re e con la società strutturata in base alle parentele" (p. 355), ed anche come "molte volte il soprannaturale preislamico rivive in un Islam pronto a molti adattamenti" (p. 356).

<sup>24</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 4.

<sup>25</sup> Queste tematiche chiamano in causa una volta di più il concetto di pluralismo giuridico. Esso ("unica possibile chiave di lettura non eurocentrica": così A. Procida Mirabelli di Lauro, *Presentazione*, in M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, p. XXV) consiste nella "simultanea sovrapposizione di una molteplicità di fonti di legittimazione del diritto" (Id., p. XXV), e giunge a individuare "differenti meccanismi giuridici di soluzione del conflitto in relazione a situazioni identiche" (Id., p. XXVI).

<sup>26</sup> La necessità di applicare un metodo pluralistico di indagine nello studiare la stratificazione del diritto nei paesi arabi è sottolineata da molti, e.g.: M. Guadagni, *Il modello pluralista*, cit., nota 6; L. Abu-Odeh, *The Politics of (Mis)Recognition: Islamic Pedagogy in American Academia*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n. 4 (2004), pp. 789-824, *passim*. Si v. anche B. Dupret, *Legal Pluralism, Normative Plurality and the Arab World*, in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini (curr.), *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 29 ss.

<sup>27</sup> Si calcola infatti che di 6200 versetti solo 500 si riferiscano a prescrizioni giuridiche strettamente intese. Sacco, Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 344.

interpretativo" (*ijtihād*) al fine di elaborare le migliori soluzioni (*istiḥsān*)<sup>28</sup>. Questo canone ermeneutico, detto "del ragionamento indipendente", è stato abbandonato quando ci si è resi conto che tutte le principali problematiche giuridiche erano state scandagliate in ogni loro aspetto, e che nessun interprete avrebbe più potuto eguagliare i grandi studiosi del passato. Così, attorno al X-XI secolo d.C., è stata "chiusa la porta" del ragionamento indipendente<sup>29</sup> e, ogni qualvolta si trattava di dare una soluzione ad una controversia o una risposta ad un quesito giuridico, si interpellavano non più le fonti originali del diritto (Corano e Sunna), deducendo da esse per via induttiva la regola da dispensare, bensì si ricorreva all'opinione degli studiosi che già si erano espressi sul punto<sup>30</sup>. Il procedimento viene definito *taqlīd*, e ha comportato un irrigidimento notevole della dottrina islamica, che ha tramite esso rafforzato i propri tratti conservatori<sup>31</sup>.

Ciò, peraltro, non ha significato l'arresto dell'attività di produzione del diritto: alle esigenze della prassi sono state comunque trovate delle vie di uscita dalle stringenti norme sciaritiche, mediante l'adozione dello strumento dello *ḥiyal* (su cui si v. *infra*, cap. 2 par. III)<sup>32</sup>.

Continuando l'*excursus* storico, merita ricordare come quasi tutti i paesi arabi abbiano subito la dominazione dell'Impero Ottomano e, più tardi, quella delle potenze coloniali europee, dominazioni che hanno finito per arricchire ulteriormente il pluralismo giuridico della regione. Già durante la dominazione ottomana non tutte le norme applicate conservavano la radice religiosa di cui si è detto, ed anzi, erano spesso avulse da connotati di

---

<sup>28</sup> Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, pp. 41 e 73 e ss.

<sup>29</sup> Piccinelli, *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, pp. 133 e ss. e *amplius* Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, pp. 73 e ss.

<sup>30</sup> Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, pp. 73 e ss. e Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 23 e s.

<sup>31</sup> Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 23 e s.

<sup>32</sup> Non si deve poi dimenticare che, alcuni rapporti economici, connessi con il commercio nelle strade e nei mercati, alcuni rapporti di lavoro sommerso quali il lavoro migratorio o nelle botteghe, il trasporto privato, o il commercio estero non autorizzato, possono ben essere assoggettati a regole che non trovano nel diritto di produzione statale la loro fonte prevalente. Inoltre, alla pluralità di centri di produzione del diritto, di cui si è detto, vanno affiancati diversi metodi di risoluzione delle controversie, specialmente quelle di basso valore o che hanno luogo nelle zone rurali o montane ovvero tra i ceti più umili della popolazione urbana. Tali liti sono in alcuni casi risolte ad esempio attraverso il ricorso a conciliatori e mediatori non riconosciuti dall'ordinamento, con procedure proprie più o meno formalizzate, che prevedono l'applicazione di principi islamici, e che si basano sull'autorità e sul prestigio della figura *latu sensu* arbitrale.

prescrittività religiosa (basti pensare alle norme di natura amministrativa, tributaria, commerciale, marittima, etc.).

Su detto strato di diritto positivo hanno poi potuto agevolmente inserirsi, lungo tutto il Novecento, i modelli occidentali e, in specie, per quanto concerne il diritto civile, il modello codicistico del *Code Napoléon*. Esso – sia pure in concorso con lo stesso diritto islamico, soprattutto nelle questioni attinenti allo statuto personale – ha costituito il principale archetipo per le legislazioni dell'area, influenzando direttamente i codici maghrebino, ottomano ed egiziano<sup>33</sup>. Questi ultimi a loro volta – anche per la ricerca del confronto col diritto islamico<sup>34</sup> – sono progressivamente emersi come modelli trainanti nell'area araba, e recepiti con lievissime modifiche dai paesi che hanno codificato successivamente.

Il confronto del diritto arabo (ossia quel mix di diritto islamico e sedimentazioni successive) con le fonti di diritto europee, e allo-islamiche in generale, è stato insomma costante. Non deve perciò meravigliare che, nel diritto attuale dei paesi arabi, l'elemento islamico rappresenti solo una delle componenti del sistema, frammista a motivi ispiratori di diversa origine<sup>35</sup>. Il risultato è che, in prospettiva non solo diacronica ma anche sincronica, nei paesi arabi si assiste ad un continuo dialogo tra la componente islamica e quella della normazione laica che è espressione della *siyāsa*.

---

<sup>33</sup> Per un approfondimento, F. Castro, *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 1985, pp. 387-460. Si v. anche E. Özücü, *Turkey: Change Under Pressure* in E. Özücü, E. Atwool, S. Coyle (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, p. 91.

<sup>34</sup> Il tentativo di conciliare le regole islamiche e quelle di derivazione francese è uno degli obiettivi che si prefiggeva il (e un merito che si riconosce al) celebre giurista egiziano, francese di formazione, A. al-R. A. al-Sanhūrī, che iniziò tale contaminazione nel codice egiziano del 1949 e nel codice iracheno del 1951, che pure fu chiamato a redigere. Su queste tematiche e sull'“uso moderno del diritto islamico”, F. Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 134 ss. e G. Bechor, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932-1949)*, Brill, Leiden-Boston, 2007. Peraltro, il modello francese non è stato l'unico a essere seguito, come testimonia la singolare storia del codice di commercio dell'Impero Ottomano, che costituì la base per le codificazioni in Egitto ed in Iraq; si v. nota 45 e Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 119 s.

<sup>35</sup> Cfr. R. Sacco, A. Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Milano-Torino, III ediz. 2008, pp. 343 e 359 s.

## II. La progressiva emancipazione della *siyāsa*

Nell'ottica islamica la *siyāsa* è "il governo della cosa pubblica svolto in modo da non contrastare con la *sharī'a*"<sup>36</sup>. In altre parole, essa costituisce un'opera di regolazione politicamente e socialmente orientata posta in essere dai capi della comunità (prima, e dai moderni legislatori poi) idealmente concessa dall'autorità superna e ispirata alla legislazione divina<sup>37</sup>. Non bisogna credere che la *siyāsa* sia un minuscolo contenitore di norme marginali di portata insignificante. Ne sono esempio, tra gli altri, le disposizioni legislative in materia amministrativa e fiscale emanate dalla dinastia omayyade dell'VIII secolo, o la legislazione dell'impero ottomano<sup>38</sup>.

La *siyāsa* consiste, pertanto, nella componente statutale del diritto arabo. Col tempo essa si spoglia di riflessi religiosi e, subendo profonde modificazioni, diviene permeabile alla penetrazione di modelli di matrice europea<sup>39</sup>. Lo studio della *siyāsa* nell'epoca moderna quindi si traduce nell'analisi delle legislazioni contemporanee.

Da questo punto di vista vale la pena di sottolineare come, a ridosso dell'indipendenza, molti Paesi arabi abbiano promulgato codici civili prevalentemente ispirati al modello del Code Napoléon. Il grado di permeabilità delle norme di origine francese nel diritto tradizionale è tuttavia stato differenziato a seconda dei settori del diritto civile: infatti, nelle materie legate al c.d. statuto personale (ossia diritto delle persone fisiche, di famiglia e delle successioni), i principi ancora applicati sono quelli ispirati al diritto islamico, pur non identificandosi interamente con esso<sup>40</sup>.

Alcuni Paesi dell'area (tra cui l'Egitto, lo Yemen, la Siria) hanno coltivato, per alcuni anni dopo l'indipendenza, l'opzione socialista, ma essa

---

<sup>36</sup> Così Sacco, Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 353; si v. pure Schacht, *Introduzione*, cit., p. 58.

<sup>37</sup> Castro, *Sistema sciaraitico, "siyāsa shar'iyya" e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, cit., pp. 165 e ss.

<sup>38</sup> Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 87 e ss.

<sup>39</sup> Shacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 207 e ss., Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 134 ss. e Bechor, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932-1949)*, cit., pp. 7 e ss.

<sup>40</sup> Castro, *Sistema sciaraitico, "siyāsa shar'iyya" e modelli normativi europei nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici dei paesi del Vicino Oriente*, cit., pp. 165 e ss., Piccinelli, G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, vol. 1, 2005, pp. 131 e ss.

spesso, pur amplificata nelle stanze della politica, si è ovunque conclusa al massimo nel giro di un decennio e non ha portato ad una vera e propria trasformazione duratura del diritto.

Col formarsi degli stati contemporanei si fa strada nei Paesi arabi un'orgogliosa consapevolezza della propria peculiarità culturale e giuridica, che si riflette specialmente nelle scelte politiche e nel diritto pubblico. Basti pensare al fatto che alcuni di questi sistemi non hanno assecondato i cc.dd. piani di aggiustamento strutturale, che invece hanno caratterizzato gli ultimi tre decenni di storia di molti Paesi africani).

Infine, in questa breve rassegna degli strati del diritto arabo interessati dalla *siyāsa* va considerata pure la componente tratteggiata dagli scambi commerciali, soprattutto di grosso calibro, tra le grandi aziende occidentali e mediorientali, a partire dalla metà del secolo scorso<sup>41</sup>. Con il traffico economico entra nel diritto dei Paesi arabi una quantità consistente di regole di matrice occidentale. Infatti, l'operatore occidentale nutre una certa diffidenza rispetto all'applicazione di norme contrattuali e principi del diritto che non sono assimilabili ai propri; inoltre, intende scansare la possibilità del radicamento di eventuali controversie dinanzi a fori arabi. Di conseguenza, sovente avviene che la cornice di riferimento contrattuale delle transazioni commerciali sia quella di matrice occidentale. Ancora, nella contrattazione trovano posto principi internazionali, enucleati da convenzioni *ad hoc* o dalla c.d. *lex mercatoria* transnazionale.

### **III. Le codificazioni del diritto privato**

Dal XIX secolo l'emergere di un diritto di matrice legislativa, nel solco della *siyāsa*, si fa sempre più marcato e iniziano, sotto le spinte di quello che in Europa si chiamava dispotismo illuminato, le prime codificazioni contemporanee dell'area araba<sup>42</sup>.

Si rende necessaria una breve premessa storica.

---

<sup>41</sup> Ala Hamoudi, *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, cit., pp. 127 e ss.

<sup>42</sup> Si rimanda, anche operando sui fonti bibliografici, a Campanini, M., *Storia del Medio Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 9 e ss.



Verso la metà del 1800 l'Impero Ottomano estendeva il proprio dominio su quasi tutti i territori arabi, con l'esclusione del Marocco, che non fu mai provincia ottomana, e con altre eccezioni, dovute al fatto che l'Algeria era caduta sotto la colonizzazione francese già dal 1830, che Egitto e Tunisia godevano di un certo grado di autonomia e che, infine, il territorio dell'Higiaz nella penisola araba, data la presenza dei due luoghi santi della Mecca e Medina, era sempre stata una sorta di provincia a statuto speciale, in cui le riforme erano introdotte con moderazione<sup>43</sup>.

L'*excursus* che si seguirà in questo paragrafo mostra un esempio significativo di circolazione dei modelli, che vale a spiegare la concordanza, spesso quasi letterale, tra i codici dell'area araba, concordanza che sarà maggiormente approfondita nei capitoli seguenti.

In ragione delle vicende storiche sopra esaminate, il mondo arabo è stato oggetto di una profonda influenza dei modelli provenienti dal diritto per lo più continentale. Solo recentemente modelli provenienti dall'area anglosassone hanno fatto sentire la propria influenza, soprattutto per quel che riguarda normative di settore: si pensi alla tutela dei consumatori, della concorrenza, dei diritti di proprietà intellettuale, della *privacy*<sup>44</sup>.

Storicamente il più antico modello di codificazione è rappresentato dal sistema di codici ottomano<sup>45</sup>. In particolare, la *Majalla* è stata definita come un'opera di parziale imitazione di modelli normativi prevalentemente francesi, in materia di diritto commerciale terrestre e marittimo, che si accompagna ad un'intensa attività di condensazione di norme di *fiqh* di scuola hanafita in materia di obbligazioni e contratti, delle quali mantiene anche la

---

<sup>43</sup> Campanini, M., *Storia del Medio Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 9 e ss. e Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 115 e ss.

<sup>44</sup> Ala Hamoudi, H., *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, n. 2, 2008, pp. 423 e ss.

<sup>45</sup> In realtà tre sono i testi legislativi che rappresentavano l'opera di codificazione originaria: a) il codice di commercio ottomano, che recepisce il codice di commercio francese; b) il codice di commercio marittimo, per il quale il legislatore ottomano non si ispirò al modello francese, perché la normativa corrispondente francese era datata e ormai vetusta, e preferì invece optare per un codice eclettico che prese a modello soluzioni olandesi, spagnole, portoghesi, del Regno delle Due Sicilie e del Regno di Sardegna. Il codice di commercio marittimo ebbe una notevole fortuna e fu recepito dall'Egitto e dall'Iraq, dove è rimasto in vigore fino agli anni Novanta, salvo le abrogazioni cui è andato incontro per l'adesione di questi paesi a convenzioni internazionali in materia di commercio marittimo; c) la *Majalla*.

terminologia<sup>46</sup>. Presenta un notevole sforzo di razionalizzazione, rispetto al tradizionale impianto casistico dei trattati di diritto musulmano, dove i principi generali si trovano enunciati con le questioni particolari. Nella *Majalla* invece si è voluto anteporre a ciascun libro un'introduzione sui principi generali con la definizione di tutti i più importanti termini giuridici impiegati in quella parte<sup>47</sup>.

Il sovrano riformatore protagonista del periodo, Ahmed Gedvet Pashà<sup>48</sup> riuscì a mediare tra coloro che volevano riforme più occidentalizzanti e quanti miravano a mantenere in vita il modello sciariatico<sup>49</sup>. Si ritiene che questo sia uno dei motivi che ne ha consentito la sopravvivenza allo smembramento dell'Impero Ottomano, ed è stato mantenuto negli stati formati dalle sue ceneri<sup>50</sup>.

Il secondo modello, che ha rivestito carattere di particolare importanza è rappresentato dal codice civile egiziano del 1949<sup>51</sup>.

Alla celebrità del più importante dei compilatori, Al Sanhūrī<sup>52</sup>, si accompagna una caratteristica assolutamente peculiare dell'opera, che affrontava il problema del rapporto tra la legislazione statale e la *sharī'a*. Infatti, nel codice egiziano vi sono molte norme di derivazione islamica (come quelle sull'abuso del diritto<sup>53</sup>, sulla locazione, o sul *waqf*, ovvero la fondazione

---

<sup>46</sup> Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 118 e ss., e Castro, F., *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Rivista critica del diritto privato*, XXXI, 1985, pp. 387 e ss.

<sup>47</sup> Si v. Castro, *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, cit., pp. 387 e ss., Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005, p. 156.

<sup>48</sup> Per biografia e bibliografia si v. spunti in Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 155 e s. Tale insigne giurista conseguì due dottorati presso l'università di Lione, uno in scienze politiche e uno in giurisprudenza, e fu in questa occasione allievo di Lambert. Sulla scorta dell'insegnamento di quest'ultimo, cercò di studiare il modo di portare il *fiqh* ad un'evoluzione verso la modernità, proprio come gli ordinamenti di *civil law* erano emersi dal diritto romanistico (*amplius* in Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 57).

<sup>49</sup> Come puntualizzato da Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 118 e ss.

<sup>50</sup> Ossia in Transgiordania fino al 1950, in Siria, in Libano. Così Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 118 e ss. e Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., pp. 154 e s.

<sup>51</sup> In epoca coloniale in Egitto erano stati istituiti dei tribunali misti (volti a dirimere controversie tra stranieri e tra stranieri e autoctoni), e tribunali nazionali. Alla duplicazione dei tribunali corrispondeva una duplicazione dei codici. Infatti, erano in vigore leggi miste e leggi nazionali. Poiché questa duplicazione del sistema era vista come un affronto alla sovranità egiziana, che si stava sempre più avvicinando all'indipendenza, si affrettarono, a partire dagli anni Trenta, i lavori che dovevano portare all'emanazione di un sistema di codici nazionali, che unificasse i due tipi di codici, proprio come accadeva per le nazioni europee. Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 121 e ss.

<sup>52</sup> Per una bibliografia si rinvia a Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 187 e ss.

<sup>53</sup> Si v. *infra*, il paragrafo ad esso dedicato. Il tema è tra quelli cari ad uno dei maestri che Al-Sanhūrī ebbe durante i suoi studi lionesi, Jossierand (Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 137 e s).

pia), svariate regole di derivazione romanistica (come la distinzione delle cose tra beni in commercio e fuori commercio, consumabili e non, fungibili e non), e molteplici disposizioni che addirittura contrastano col diritto islamico.

Il codice in questione ha avuto un sicuro successo nell'area araba, proprio in virtù del fatto che esso è stato ritenuto il più fedele al *fiqh* e nel contempo capace di assecondare le esigenze di modernità di cui si sono fatti istanti i legislatori arabi ad esso coevi.

Così, Al-Sanhūrī venne invitato a tenere conferenze e lezioni e anche a redigere progetti di codice in diversi paesi arabi, o quanto meno ad operare come consulente durante il processo di codificazione<sup>54</sup>. Tra gli altri, hanno recepito il modello egiziano la Siria (1949), l'Iraq (1951), la Libia (1953), l'Algeria (1975), la Giordania (1976), senza contare che pure nella penisola arabica esso ha rappresentato una fonte di ispirazione per molteplici legislazioni in materia civile e commerciale<sup>55</sup>.

Infine, il terzo modello di cui è importante dar conto è quello magrebino. Esso è caratterizzato dall'opera del celebre giurista italo-tunisino, David Santillana<sup>56</sup>, che ha condotto, inizialmente in Tunisia, ad un codice eclettico, senza la duplicazione di fonti di diritto civile e commerciale che vi era inizialmente nel sistema ottomano. Anche Santillana si ritrovò a confrontarsi con la peculiarità di tutti gli stati arabi, e si sforzò di mettere

---

<sup>54</sup> Bechor, *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932-1949)*, cit., pp. 7 e ss. Quando Al Sanhūrī si recò in Iraq poté ancor più concretizzare il suo progetto originario di codice, che prevedeva l'uso moderno delle norme islamiche, filtrate mediante il metodo comparatistico. Il risultato è una maggiore compenetrazione tra le norme di derivazione occidentale e i precetti di diritto islamico classico: questo risultato, nell'Iraq degli anni Cinquanta, era assai vicino alla realtà, visto che in tale paese la *Majalla* (le cui norme molto dovevano al diritto islamico) era rimasta in vigore per tre quarti di secolo.

<sup>55</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 57, Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 132 e ss. Si vuole qui menzionare il caso curioso della Somalia, che adottò il codice egiziano perchè lo riteneva un codice tipicamente anti-occidentale, e quindi una valida alternativa per affermare anche in sede legislativa l'emancipazione dalle potenze coloniali, senza peraltro sapere che anche il codice sanhuriano era debitore, in parte, di apporti francesi. Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Utet, V ed., 1992. Si ricorda, per completezza, il caso particolare della Libia, che tra gli anni Settanta e Ottanta dello scorso secolo iniziò un progetto di codice civile di ispirazione socialista. Tarwat al Asyūfi, copto marxista formatosi in Germania, profondo conoscitore del diritto russo, modellò il suo progetto di codice sul modello socialista invece che sul codice egiziano, e tale esperienza rappresentò uno dei tentativi più marcati di rompere col modello "borghese" sanhuriano (Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 145).

<sup>56</sup> Anche in questo caso si rimanda a Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 166 e ss.

d'accordo norme di diritto musulmano malikita (scuola seguita nel Maghreb) con norme di derivazione francese.

Questa premessa storica delle fonti legislative permette di tenere in debita considerazione il processo di circolazione dei modelli, che nell'area araba ha rappresentato un fattore di notevole unificazione, oltre che un di modernizzazione degli apparati legislativi.

### 3. Il contratto nel diritto islamico

Nei trattati di diritto privato europeo-continentali si è soliti interrogarsi sui rapporti tra obbligazioni e contratto<sup>57</sup>. Merita fin da subito notare come il diritto islamico manchi di un termine generale che esprima la nozione di "obbligazione". Anche i giuristi (come Chehata<sup>58</sup> per la scuola hanafita e Santillana<sup>59</sup> per la scuola malikita<sup>60</sup>) che, nel secolo scorso, hanno cercato di desumere dalla casistica giurisprudenziale una teoria generale delle obbligazioni, hanno elaborato una riflessione (rispetto alla quale è stato osservato) che "non presenta nessuna caratteristica peculiare"<sup>61</sup>. A riprova ulteriore di ciò, in letteratura si sottolinea che nel lessico del diritto islamico classico non è possibile rinvenire un vocabolo che esprima precisamente il concetto di obbligazione<sup>62</sup>. Il lemma giuridico che più si avvicina ad esso è *ḍimma*, ossia "il prendersi cura con dovere di coscienza"<sup>63</sup>, espressione che si spiega col fatto che l'adempimento è considerato "cura" del debitore.

Analogamente a quanto si vedrà a proposito del contratto, la mancanza di una teoria generale delle obbligazioni non esclude però che queste ultime abbiano ricevuto una sistemazione classificatoria.

---

<sup>57</sup> Sul punto si v. e *multis*, Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 1992; Demogue, R., *Traité des obligations en général*, I, *Sources des obligations*, I e II, A. Rousseau, Parigi, 1923; Zweigert, K., Kötz, H., *Istituti*, in *Introduzione al diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1955; Gorla, G., *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, Milano, 1954; Von Mehren, A. (ed.), *Contracts in General*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Chapter 1, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1982.

<sup>58</sup> Per informazioni specifiche, circa Chehata e la scuola hanafita, fra i molti, v. Castro, F. (Piccinelli, G.M., cur.) *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 205.

<sup>59</sup> La biografia e l'opera di Santillana sono diffusamente analizzate da Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 166 e ss.

<sup>60</sup> Sulle scuole si rimanda a Sschart, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 33 e ss., Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., pp. 44 e ss.

<sup>61</sup> Così si esprime Castro, F., *Il modello islamico*, cit., p. 68. Il concetto è precisato anche da Bussi, E., *Principi di diritto musulmano*, Cacucci, Bari, 2004 (ristampa ediz. 1943), il quale a p. 132 sostiene che "vamente noi cercheremo nel *fiqh* i principi regolanti le obbligazioni quali noi le conosciamo [...] perché i *fuqahā'* – non bisogna dimenticarlo – sono al tempo stesso giuristi e teologi".

<sup>62</sup> Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005, p. 99.

<sup>63</sup> Schacht, J., *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondaz. G. Agnelli, Torino, 1995 (ediz. originale: *Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964), p. 153.

Anzitutto si deve dar conto di una prima divisione, basata su una lettura metaforica del diritto come di un albero, ove sono presenti le *usūl al-fiqh* ("radici del diritto"), ovvero le fonti del diritto, e *furū' al-fiqh* ("rami del diritto"), ossia i singoli istituti<sup>64</sup>. Questi ultimi vengono ulteriormente ripartiti in *'ibādāt*, o regole del culto, e *mu'āmalāt*, o rapporti giuridici orizzontali tra i consociati<sup>65</sup>.

La dottrina islamica<sup>66</sup> ha ripartito le obbligazioni distinguendo quelle che comportano l'alienazione della proprietà o del possesso su di un bene (ossia sulla sua "sostanza", *manfa'a*) da quelle che ne trasferiscono il solo godimento. L'esempio più significativo della prima specie di obbligazioni è rappresentato dalla compravendita<sup>67</sup>, mentre illustrazione per antonomasia della seconda è la locazione<sup>68</sup>. Tipologie ulteriori di obbligazioni si rivolgono ai negozi di carattere gratuito e di beneficenza, la causa dei quali è il conferimento di un beneficio senza alcun corrispettivo (es. *waqf* o fondazione avente uno scopo di beneficenza<sup>69</sup>); alle obbligazioni nascenti da fatto illecito; ai contratti di garanzia, reale o personale, i quali, avendo caratteristiche di accessorietà, possono accompagnarsi a tutte le obbligazioni sopra enumerate<sup>70</sup>.

Da questa classificazione generale si discostano i giuristi hanafiti, i quali prediligono la divisione delle obbligazioni basata, anziché sull'oggetto dell'obbligazione, sulle sue fonti (*asbāb*, "cause")<sup>71</sup>. Si contano quindi le

---

<sup>64</sup> Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 86 e ss., Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 24 e Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 262.

<sup>65</sup> Sulla suddivisione in parola si v. Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 24.

<sup>66</sup> Più in generale si ricorda che "l'ordine dell'esposizione relativo alle *mu'āmalāt* inizia con la trattazione del matrimonio [...], prosegue con i diritti patrimoniali (suddivisi in diritti reali e obbligazioni) e si conclude con le successioni", perché "la morte segna la fine di ogni attività dell'uomo" (Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 24 e s.). A loro volta i diritti reali sono ripartiti in diritti che hanno ad oggetto la sostanza della cosa, e quelli che concernono il godimento della stessa. *Ibidem*.

<sup>67</sup> Quanto alle regole applicabili a questo contratto, cfr. Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., pp. 114 e ss., Vogel F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (Contracts)-7, pp. 34 e ss.

<sup>68</sup> Illustrata in Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 162 e ss. e da Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., pp. 121 e ss.

<sup>69</sup> Diffusamente, sulla fondazione, Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 134 e s. e Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 27.

<sup>70</sup> Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 25.

<sup>71</sup> Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle codificazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, 7 (1999), p. 285.

obbligazioni che hanno origine in una dichiarazione di volontà (o *tasārruf qawī*, che possono essere unilaterali, come la promessa, o bilaterali, come il contratto), in un fatto concludente (*tasārruf fi'lī*) o in un fatto illecito (*ta'addī*)<sup>72</sup>.

Tutte le scuole insomma riconoscono la *summa divisio* tra fatto illecito e contratto, del quale si analizza ora l'estensione concettuale e terminologica all'interno del sistema islamico.

### **I. 'Aqd e contratto: traduzioni possibili**

Il contratto ('*aqd*), come molti istituti del diritto islamico, trova la propria fonte nel Corano. Tuttavia, nel testo coranico le regole che governano la materia sono scarse, e non scendono nei dettagli dell'istituto. E' solo successivamente, entro il quadro generale disegnato dal testo sacro, che i giuristi islamici hanno elaborato direttive precise sul contratto, specificando il significato di quelle già contenute nel testo e aggiungendovene, per via interpretativa, di ulteriori<sup>73</sup>. Il fenomeno permette di annoverare la materia contrattuale tra le branche giuridiche che più marcatamente recano l'impronta di quella particolare caratteristica del sistema islamico che è la creazione dottorale del diritto<sup>74</sup>.

Prima di esaminare come questo *corpus* di regole sia strutturato, occorre tuttavia compiere una breve digressione sul termine '*aqd*. E' difatti necessario puntualizzare che le aree semantiche coperte da "'*aqd*" e da "contratto" non sono perfettamente coincidenti<sup>75</sup>. Mentre la radice

---

<sup>72</sup> Come specificato da Papa, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle codificazioni contemporanee*, cit., p. 285 e Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 68.

<sup>73</sup> Così Alzaagy, A., *The Islamic Concept of Meeting Place and its Application in E-Commerce*, in *Masaryk Journal of Law and Technology*, Vol. 1, no. 1, 2007, p. 2.

<sup>74</sup> Effacemente Sacco, R., Gambaro, A., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2008, p. 31 e 475, affermano che, "se in sede teologica si dirà che tutta la *shari'a* è rivelata ed è priva di lacune, in sede di verità storica si deve dire che il diritto islamico è creazione dei dotti; è, anzi, l'esempio più tipico di creazione dottorale del diritto" (*ivi*, p. 475).

<sup>75</sup> Le problematiche attinenti alla traduzione del diritto islamico sono affrontate, fra gli altri, da Aluffi Beck Peccoz, R., *Il diritto come freno. Appunti giuridici a margine di una lettura della muqaddima di Ibn Haldūn*, in Papa, M., Piccinelli G.M., Scolart, D., cur., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 401-409, e anche da Aluffi Beck Peccoz, R., *Verso il riordinamento del lessico giuridico arabo. Il progetto Iura Islamica Informatica I*, in *Rivista di diritto civile*, 1985 parte I, pp. 77-88. Per quanto

semantica di contratto rimanda al trarre insieme, al riunire, con ciò alludendo alla riunione dei consensi dei contraenti, il termine 'aqd richiama il concetto di nodo, potendo associarsi all'idea di "annodare, stringere un affare"<sup>76</sup>.

Si deve poi precisare che, contrariamente a quanto accade in altri sistemi (l'esempio più significativo qui è quello del *common law* ove il vocabolo "contract" denota un contratto purché assistito da una *consideration*<sup>77</sup>), il termine arabo per contratto va inteso in senso molto ampio e onnicomprensivo<sup>78</sup>. Infatti, proprio perché etimologicamente il vocabolo coinvolge l'idea di legame, concettualmente esso si riferisce ad ogni sorta di relazione, spingendosi a comprendere l'obbligo alla preghiera, al mantenimento di buoni rapporti di vicinato, al sentimento di pietà verso gli uomini e gli animali<sup>79</sup>.

L'idea "allargata" di contratto appena richiamata contiene sfumature che esulano dalla sfera che qui interessa<sup>80</sup>. Anche a voler adottare una definizione ristretta, si deve sottolineare che il termine 'aqd abbraccia numerosi istituti del diritto privato, includendo nella propria area di influenza il contratto con obbligazioni a carico del solo proponente<sup>81</sup>, le donazioni<sup>82</sup> e gli

---

riguarda il diritto dei paesi arabi, si noti che "chaque pays publie ses lois dans la langue officielle. [...] Pour les musulmans, l'arabe constitue la langue officielle du droit musulman": Aldeeb Abu-Sahlieh, S., *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles-Référence, Paris, 2006, p. 263. Più in generale, sui problemi di traduzione nel diritto, Pozzo B., cur., *Ordinary Language and Legal Language*, Giuffrè, Milano, 2005 e Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, Utet, V ed., 1992.

<sup>76</sup> Questa è l'immagine che, coerentemente con l'origine del lemma, suggerisce Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 2.

<sup>77</sup> Fra i tanti si v. Von Mehren, A. (ed.), *Contracts in General*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Chapter 1, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1982, p. 4; Treitel, G., *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, VI ediz., 2004; Alpa, G., voce "Contratto nei sistemi di *common law*", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, IV, UTET, Torino, 1989, p.151.

<sup>78</sup> Tale aspetto è stato recentemente al centro di un dibattito dottrinale animato da coloro che sostengono l'impiego del termine nella sua concezione originale, da un lato, e quanti preferirebbero invece un approccio più in sintonia con le codificazioni occidentali (tra i quali al-Sanhūri, sul quale si rimanda al cap. 2), e quindi farebbero rientrare nell'accezione di 'aqd i soli contratti bilaterali. Sul punto si v. Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle codificazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, 7 (1999), p. 285.

<sup>79</sup> Si v. Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 3.

<sup>80</sup> Essa si potrebbe definire giuridica solo in un senso occidentale del termine, posto che nel diritto islamico l'aspetto strettamente giuridico e quello religioso si fondono (così Sacco, Gambaro, *Sistemi giuridici comparati*, op. cit., p. 472 s.).

<sup>81</sup> Tale contratto è valido e vincolante anche senza l'espressione del consenso dell'oblato.

<sup>82</sup> Infatti, "contract in Islamic law is in no sense the precise equivalent of the technical term contract in Western jurisprudence, which involves, certainly at the common law, the two basic



atti di disposizione unilaterale<sup>83</sup>. Si osserva, inoltre, che il lemma viene impiegato per riferirsi ad ogni manifestazione di volontà che vincola il dichiarante ad una qualsiasi obbligazione. Per questa via, la categoria 'aqd richiama anche negozi come il matrimonio<sup>84</sup> o il ripudio, che il giurista occidentale avrebbe difficoltà a far rientrare nella nozione di contratto<sup>85</sup>. In conclusione, si può affermare che 'aqd indica un qualunque impegno giuridico, in qualsiasi forma assunto<sup>86</sup>.

Volendo guardare al significato di 'aqd che più si avvicina alla nozione di contratto cui è avvezzo l'interprete italiano, merita ancora sottolineare come l'equivalente semantico arabo di contratto serva a denominare quegli atti bilaterali che implicano almeno due dichiarazioni concordanti volte a costituire o modificare una situazione giuridica<sup>87</sup>. In questa prospettiva, è la Majalla<sup>88</sup>, il codice ottomano, a fornire una definizione che – si allontana dalla visione "allargata" di contratto propria alla tradizione giuridica islamica e – si fa prossima alla nozione di contratto accolta negli ordinamenti continentali, tratteggiandolo come "l'accordo di due parti per il quale esse si obbligano reciprocamente in vista di un oggetto determinato; esso si forma dall'incontro dell'offerta [ijāb] con l'accettazione [qabūl]" (art. 103)<sup>89</sup>.

Per contro, persino tra i codici contemporanei pochi sono quelli che riportano una definizione di contratto: spiccano in questo senso il c.o.c.

---

essentials of agreement and consideration", come precisato da Coulson, N.J., *Commercial Law in the Gulf States: the Islamic Legal Tradition*, Graham & Trotman, Londra, 1984, p. 18.

<sup>83</sup> Così Donini, V.M., *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI (2010), p. 260.

<sup>84</sup> Sulle riflessioni intorno alla natura contrattuale del matrimonio si v., in Italia, Ferraboschi, M., *Il matrimonio: contratto o istituzione?* Industrie Grafiche, Ferrara, 1973, nonché, più di recente, Ferrando, G., *Il matrimonio*, Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>85</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 260.

<sup>86</sup> Coulson, *Commercial Law in the Gulf States*, cit., p. 18.

<sup>87</sup> Questa dichiarazione consiste in qualcosa di più della semplice promessa ('ida), come specificato da Donini, *Cenni*, op. cit., p. 260. Si rende allora necessario denominare gli atti unilaterali con altri termini, come *taṣarruf* (disposizione), o *iltizām* (obbligazione). V. Papa, *La definizione di contratto*, cit., p. 285.

<sup>88</sup> Su cui si v. il capitolo 2, paragrafo III.

<sup>89</sup> L'articolo è posto nel Libro I, tra le "Disposizioni preliminari dei termini giuridici relativi alla vendita". La citata definizione della Majalla è significativa in quanto pone la Majalla in contrasto con tutti i trattati di diritto musulmano. Nonostante il codice ottomano non contempli una teoria generale delle obbligazioni e dei contratti, esso offre una definizione esplicita del contratto. Questa circostanza è stata spiegata facendo riferimento al "processo di acculturazione giuridica che ha condotto all'adozione di soluzioni legislative e concezioni giuridiche estranee alla tradizione islamica" (Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America, Diritto romano comune*, 7/1999, pp. 290 e s).

libanese (art. 165), il c.c. iracheno (art. 73), il c.c. giordano (art. 87) e quello degli Emirati Arabi Uniti (art. 125). Questi, pur adottando definizioni piuttosto ampie, si discostano dal carattere omnicomprensivo delle prime definizioni islamiche. Ad esempio, il codice libanese definisce la *convention* come “ogni accordo di volontà destinato a produrre effetti giuridici; quando questo accordo tende alla creazione di rapporti obbligatori, prende il nome di contratto”, definizione che riprende la “confusione terminologica” dei codici maghrebini, i quali utilizzano “più o meno indistintamente i termini *contrat* e *convention*”<sup>90</sup>. Per parte sua, il c.c. giordano, la cui definizione di contratto è stata poi recepita dal c.c. degli UAE, parla di incontro di un'offerta proveniente da una delle parti contraenti con l'accettazione dell'altra in modo che incida sull'oggetto del contratto ed obbliga ciascuna parte contraente a ciò per cui ci si è impegnati nei confronti dell'altra<sup>91</sup>.

Le problematiche definitorie che accompagnano la nozione di contratto, ed alle quali i codici contemporanei hanno tentato di dare una risposta, si riverberano anche sulla costruzione di una teoria generale del contratto, tema oggetto del paragrafo che segue.

## **II. La mancanza di una teoria generale del contratto: la vendita come archetipo**

La prima, originale, peculiarità del diritto contrattuale islamico che sembra opportuno menzionare è rappresentata dall'assenza di una teoria generale del contratto<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 173. Il codice civile iracheno annovera tra i suoi redattori lo stesso compilatore del c.c. egiziano, Al-Sanhūrī (su cui si v. cap. 2, § III) ed è ispirato, oltre che al c.c. egiziano, tanto alla Majalla ottomana quanto al trattato di diritto hanafita *Murshid al-Hayran* di Qadri Pascià (su cui si v. Saleh, N., *Civil Codes of Arab Countries: the Sanhuri Codes*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 8, n. 2 (1993), pp. 161-167). Tale incontro ha condizionato il c.c. iracheno, che definisce il contratto come l'incontro dell'offerta proveniente da una delle parti con l'accettazione dell'altra in modo da produrre i suoi effetti sull'oggetto del contratto (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 173).

<sup>91</sup> Papa, *La definizione di contratto*, cit., p. 289.

<sup>92</sup> Su queste tematiche si v. Saleh, N., *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 5, no. 2 (1990), pp. 101-116; Donini, V.M., *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI (2010), pp. 260-282; Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 239 ss.; Fogel, D.S. *L'errore*

Tale aspetto si intreccia con un'altra problematica, ossia la mancanza di una compiuta ed esaustiva disciplina dei diversi tipi di contratto all'interno delle prime due fonti, in ordine gerarchico, del diritto islamico – Corano e Sunna. In questi testi, infatti, i contratti nominati sono tratteggiati in termini concisi, senza che i loro contenuti vengano specificati. Questo fenomeno ha portato i giuristi dei primi secoli a compiere un intenso lavoro di *ijtihād*, ossia di sforzo interpretativo, al fine di dedurre dagli scarni principi sciaritici le regole di dettaglio applicabili a ciascun tipo contrattuale<sup>93</sup>.

L'alacre attività ermeneutica dei dottori della legge non è però valsa a dotare il diritto islamico di una teoria generale del contratto. Ciò si deve al fatto che l'approccio del *fiqh* non muove dal generale verso il particolare, ma ha piuttosto un andamento inverso, che dallo specifico istituto inferisce regole che possono valere anche in via generale<sup>94</sup>. Come icasticamente osservato da Chehata, infatti, "le droit musulmane est un droit essentiellement empirique"<sup>95</sup>. Esso è animato, inoltre, da un *modus operandi* di tipo casistico, anziché dogmatico<sup>96</sup>.

Anche a causa di tale impostazione generale, i *fuqahā'*, i dottori della legge, invece che elaborare una teoria generale del contratto, si volsero a considerare il contratto di vendita come archetipo e modello di ogni altro contratto. Alla compravendita si è cioè guardato come al cuore del sistema del diritto contrattuale, di modo che tutto il sistema contrattuale si è sviluppato attorno al perno rappresentato dalla vendita<sup>97</sup>. Tale istituto venne innalzato a modello in quanto assai frequente e di notevole importanza

---

*contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, in Daimon – Annuario di diritto comparato delle religioni, 2003, n. 3, p. 263, e Rayner S.E., *The Theory of Contract in Islamic Law*, Graham & Trotman, Londra, 1991, p. 86: "il giurista musulmano resiste all'astrazione, alla sistematizzazione e alla codificazione. Egli eviterà generalizzazioni e anche definizioni".

<sup>93</sup> Peraltro, lo zelo ermeneutico ha presto subito una battuta d'arresto ed è stato confinato entro ristretti limiti, mediante il procedimento del *taqlīd* (si v. cap. 2, § 1), di modo che tutta la trattatistica seguita alla "chiusura della porta del ragionamento indipendente" ha, almeno sulla carta, rispettato le soluzioni interpretative adottate dai primi *fuqahā'*.

<sup>94</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 263.

<sup>95</sup> Chehata C., *La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans*, in *Revue internationale de droit comparé*, IV, 2, 1952, p. 218.

<sup>96</sup> Pertanto, i singoli istituti, che pur sono ricondotti nell'ambito dei contratti nominati (*al-'uqūd al-mu'ayyana*), descritti e disciplinati nel dettaglio, non sono tuttavia collocati entro una rigida architettura logica, come precisato da Saleh, N., *Definition and formation of Contract*, cit., p. 101.

<sup>97</sup> Così Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., pp. 243 e s.

nell'ambito delle transazioni quotidiane<sup>98</sup>. Si cercò così di estrapolare da esso tutte le regole che potessero servire a illustrare anche gli altri tipi contrattuali, applicandole, laddove possibile, mediante il procedimento analogico (*qiyās*)<sup>99</sup>.

La disciplina giuridica predisposta da Corano, Sunna e dall'interprete per la compravendita, del resto, si prestava agevolmente all'estensione dei principi che la governa(va)no ad altri istituti, in quanto l'ambito oggettivo di applicazione delle norme ad essa afferenti era, ed è, molto vasto<sup>100</sup>. Dal punto di vista classificatorio, infatti, la compravendita viene di volta in volta definita come lo scambio di due beni (*muqāyada*), lo scambio di un bene verso un corrispettivo in denaro (*bay'*), lo scambio di denaro contro denaro (*şarf*)<sup>101</sup>.

Dalla compravendita perciò i *fuqahā'* ricavarono definizioni e norme per gli altri contratti. Per esempio, il contratto di manifattura (*istisnā'*) si riteneva governato per analogia dalle norme sulla vendita<sup>102</sup>; lo stesso contratto di lavoro era descritto come una vendita della manodopera in cambio di un corrispettivo in denaro (il salario)<sup>103</sup>, e persino il matrimonio era ricondotto allo schema della vendita, perché paragonato ad uno scambio della disponibilità della donna contro il *mahr* (dote)<sup>104</sup>. Tuttavia questo schema non si adattava a tutte le transazioni, e con il tempo la dottrina evidenziò un considerevole numero di eccezioni alla generale applicabilità del regime giuridico (derivato analogicamente dalle regole) della compravendita.

---

<sup>98</sup> Zahraa, M. e Mahmor, S.M., in *Defintion and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 16, n. 3 (2001) lo definiscono come "the most common type of transaction and perhaps the most significant contract in our daily life", p. 215.

<sup>99</sup> Su modalità e limiti del procedimento analogico nel diritto musulmano, si v. Predieri, A., *Shari'a e costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 136 ss. e Aldeeb Abu-Sahlieh, S.A., *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles-Références, Parigi, 2006, pp. 173 e ss., e retro, cap. 2 § 1).

<sup>100</sup> Zahraa, Mahmor, *Defintion and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, cit., pp. 216 e ss. e *infra*, § IV.

<sup>101</sup> Per questa distinzione e classificazioni più dettagliate, basate sulla corporeità della cosa, nonché sul momento della consegna, si v. Zahraa, Mahmor, *Defintion and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, cit., pp. 216 e s.

<sup>102</sup> Si v. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 264; sulle problematiche del contratto di manifattura e divieto di *ribā* e *gharar* si vedano i §§ III e IV di questo capitolo.

<sup>103</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 107.

<sup>104</sup> Zahraa, Mahmor, *Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, cit., p. 215.

A queste difficoltà interpretative si cercò di supplire con l'elaborazione di principi generali che potessero governare il maggior numero possibile di istituti. Lo studio dei principi generali del contratto, dapprima embrionale, si andò via via sviluppando nel corso della storia del diritto islamico. Che il diritto islamico tradizionale fosse privo di una teoria generale del contratto non significava però che non si potesse individuare una serie di principi generali, di *qawā'id kulliyya*, che, sebbene non oggetto di una sistematica *ad hoc*, potevano essere estrapolati mediante induzione dal Corano e dalla Sunna<sup>105</sup>. Già nell'XI secolo il giurista Al-Hussein aveva individuato i seguenti quattro principi: gli usi hanno valore normativo; il dubbio non può cancellare la convenzione già formatasi; lo stato di difficoltà richiede un intervento che faciliti l'adempimento delle obbligazioni; il danno deve essere risarcito integralmente<sup>106</sup>. Successivamente i giuristi ne discernettero un numero crescente, fino ad arrivare ai 25 contenuti nella Majalla<sup>107</sup>. Con l'entrata in vigore di tale imponente opera di codificazione, il giurista islamico iniziò a confrontarsi con un'architettura giuridica che, sulla scorta dell'influenza dei modelli occidentali, tendeva alla dogmatica e all'astrazione maggiormente di quanto non avesse fatto fino a quel momento l'ermeneutica islamica.<sup>108</sup>

Si deve a questo punto precisare che, nel corso della storia giuridica islamica, si è fatta strada anche una classificazione dei contratti nominati, che procede per giustapposizioni. Si distinguono, quindi, i negozi onerosi da quelli a titolo gratuito; i contratti che trasferiscono la proprietà (*rectius*, sostanza, o *raqaba*) vengono contrapposti a quelli che trasferiscono soltanto

---

<sup>105</sup> Così osserva Donini, V.M., *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, p. 114.

<sup>106</sup> Si v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 115 nonché Jahel, S., *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n. 1 (2003), p. 108.

<sup>107</sup> Il preambolo della Majalla ne contiene in realtà 99, di cui 25 in materia contrattuale. Il processo di elaborazione dei principi generali è stato comune a tutte le scuole, e non soltanto a quella hanafita, da cui la Majalla è stata maggiormente influenzata. Pertanto, anche questo codice ha potuto attingere da altre fonti di ispirazione, tanto che i principi dell'autonomia della volontà e della libertà contrattuale derivano da opere hanbalite (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 115).

<sup>108</sup> V. Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., pp. 236 e ss.

il godimento della cosa (*manfa'a*), a quelli misti (cessione di proprietà e di godimento), ai contratti di custodia ed infine di beneficenza<sup>109</sup>.

A questa classificazione se ne aggiunge un'altra, che coinvolge tutti gli atti giuridici. Il giurista islamico distingue l'atto valido (*saḥīḥ*) da quello invalido (*bāṭil*). Il primo è definito come quello compiuto secondo le prescrizioni della legge (divina od umana), ovvero che contempla gli elementi essenziali e le condizioni prescritte dalla legge ai fini della validità. Se un requisito od una condizione necessaria non sono soddisfatti, l'atto è ritenuto invalido e non produce effetti<sup>110</sup>. I giuristi hanafiti adottano, sul punto, una classificazione tripartita, aggiungendo alle categorie appena menzionate quella degli atti viziati (*fāsid*), ossia imperfetti perché mancanti di un requisito, anche se non essenziale. Tali atti producono limitati effetti giuridici<sup>111</sup>.

Diversa, e più generale, è la questione relativa alla qualificazione degli atti secondo uno schema che ha la duplice valenza di distinzione etico-religiosa e giuridica: si tratta delle cinque categorie di norme (*al-aḥkām al-khamsa*)<sup>112</sup>. Secondo tale sistema di qualificazione, ogni atto giuridico (e, prima ancora, ogni atto umano) può essere: 1) obbligatorio (*farḍ* o *wājib*)<sup>113</sup>, ovvero un atto alla cui esecuzione il credente non può sottrarsi se non in gravi

---

<sup>109</sup> La classificazione dei contratti ricalca quella (già esposta in apertura di questo capitolo) delle obbligazioni. Cfr. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 263. Secondo questa ripartizione, la vendita è un contratto che trasferisce la *raqaba*, a titolo oneroso (*ibidem*). Occorre specificare che lo scambio di beni non viene dalla dottrina classica distinto dalla permuta, a meno che esso non abbia ad oggetto metalli preziosi o denaro, nel qual caso viene denominato *ṣarf*. Solo successivamente la *muqāyada* (permuta) assume autonoma connotazione. Su tutto ciò, v. anche Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 70).

<sup>110</sup> Solo l'atto valido, infatti, produce effetti, e può rendere validi altri atti ad esso collegati, che in mancanza dello stesso non lo sarebbero: l'esempio è quello del rapporto sessuale, che diventa lecito, per il diritto islamico, solo allorché segua al negozio matrimoniale. Sulla classificazione si v. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane*, p. 259, da cui è tratto anche l'esempio.

<sup>111</sup> Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane*, p. 259, riporta l'esempio di una vendita conclusa senza la fissazione del prezzo, allorché questo sia comunque determinabile: tale vendita è viziata, ma non nulla, e produce l'effetto giuridico del trasferimento di proprietà dell'oggetto del contratto stesso. *Ibidem*.

<sup>112</sup> Per tutti, si v. Castro, F., voce "*Al-aḥkām al-khamsa*" in *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile (Digesto IV)*, Utet, Torino, 1987, pp. 245-246. Numerosi dettagli ed esempi si trovano anche in Aldeeb Abu-Sahlieh, *Introduction à la société musulmane*, cit., pp. 249 e ss.

<sup>113</sup> Questo, a sua volta, si distingue in *farḍ 'alā al-'ayn*, o precetto personale (vale a dire l'imperativo di stretta osservanza che il buon musulmano deve compiere personalmente, ad es. la preghiera rituale) e *farḍ 'alā al-kifāya*, cioè precetto collettivo (ossia quello che tutti dovrebbero compiere, ma che è sufficiente che una parte dei credenti compia, ad es. il *jihād*, comunemente definito guerra santa ma la cui portata si rivolge anche allo sforzo di insegnamento della dottrina e di evangelizzazione). Si v. Castro, voce "*Al-aḥkām al-khamsa*", cit., p. 245.

circostanze<sup>114</sup>; 2) raccomandato (*mandūb*, o *mustaḥab* o di sunna), il cui adempimento è considerato meritorio, ma la cui omissione non è punibile; 3) permesso o lecito (*mubāḥ* o *jā'iz*), ossia un atto che non è meritorio compiere, né sanzionabile ove non compiuto; 4) riprovevole (*makrūh*) ossia quello da cui è bene astenersi, in quanto repressibile<sup>115</sup>; 5) vietato (*ḥaram* o *maḥzūr*), ovvero quello da cui è doveroso astenersi e il cui compimento è sanzionabile<sup>116</sup>. Tutti gli atti umani possono essere fatti rientrare in una di queste qualificazioni, che spesso sono predicate anche riguardo ai contratti. Uno stesso contratto, ad esempio, oltre che valido od invalido, può essere ora lecito ed ora vietato: si pensi al contratto di compravendita, che è lecito allorché abbia ad oggetto ad esempio un libro, ed è vietato quando sia rivolto al commercio di maiale<sup>117</sup>.

Quest'ultimo, assieme al divieto di assumere sostanze alcoliche, è certo una delle proibizioni di fonte religiosa più conosciute in occidente. I prossimi due paragrafi sono dedicati a due divieti altrettanto importanti, che caratterizzano e condizionano l'intera materia contrattuale e commerciale: le proibizioni di *ribā* e di *gharar*.

### III. Il divieto di *ribā*

Questo divieto<sup>118</sup> trae le sue radici da un concetto di equità tipicamente islamico, equità che nasce come connotazione etico-religiosa<sup>119</sup>

---

<sup>114</sup> Un esempio di circostanza grave è la possibilità di subire, per effetto del compimento dell'atto, un danno alla salute: Filoramo, G. (cur.), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 112.

<sup>115</sup> Le scuole hanno distinto l'atto riprovevole in maniera molto grave, tale da rasentare la proibizione (*makrūh taḥrīmī*), e l'atto riprovevole in misura minore (*makrūh tanzīhī*). Filoramo, *Islam*, cit., p. 113.

<sup>116</sup> Castro, voce "Al-aḥkām al-khamsa", cit., p. 245, Filoramo, *Islam*, cit., pp. 112 e s.

<sup>117</sup> Sulle regole alimentari, in generale, v. Francesca, E., *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, IPO, Roma, 1995 e Hafiz, C., Devers, G., *Droit et religion musulmane*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 137 ss.

<sup>118</sup> La proibizione in esame è oggetto di un'ampia letteratura. Fra i moltissimi, v. Piccinelli, G.M., *La finanza islamica tra crisi globale e innovazione: la prospettiva europea*, in Papa, M., Piccinelli G.M., Scolart D. (curr.), *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 977-998; id., *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello cliente-socio*, in Gimigliano, G. e Rotondo, G. (curr.), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 15-38; id., *Economia e banche tra islam e occidente: competizione e dialogo*, in Iura Orientalia, 2006, pp. 128-134; id., *Il sistema bancario islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1999; id., voce "Ribā" in *Digesto*, IV, Sezione Civile, Discipline Privatistiche, Utet, Torino, 1998, pp. 494-498; id., *Il divieto delle usure nell'Islam*, Università degli Studi di Pisa, 1995; Castro, F., Voce "Banca Islamica" in

e si infiltra in molteplici aspetti del diritto, influenzando profondamente, per quanto qui rileva, le regole relative all'oggetto del contratto.

La proibizione in esame, unitamente al divieto di *gharar* (analizzato nel paragrafo seguente), ha mantenuto fino ai giorni nostri la sua natura di obbligo religioso sufficientemente cogente da rendere l'opinione pubblica contraria ad una sua aperta e diretta trasgressione, come testimonia il proliferare degli istituti di finanza islamica, che a questo tema sono strettamente correlati. Peraltro, l'adesione alla regola è solo teorica, poiché la vita quotidiana e le esigenze del commercio hanno costantemente richiesto il compimento di negozi connotati da *ribā* e *gharar*. Per tale motivo, si sono sempre utilizzati degli espedienti giuridici (*ḥiyal*)<sup>120</sup> volti ad aggirare lecitamente la proibizione e a conseguire per altre vie i medesimi risultati.

Venendo ora all'analisi del divieto, la ragion d'essere più profonda di questa proibizione – come nel caso del *gharar* – va individuata nella tensione verso una società giusta<sup>121</sup>, in cui il più forte non possa prevaricare il più

---

Digesto, IV, Sezione Civile, Discipline Privatistiche, Utet, Torino, 1988, pp. 83-86; Nonne, L., *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in Papa, M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 831-874; Farooq, M.O., *Stipulation of Excess in Understanding and Misunderstanding Riba: The Al-Jassas Link*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 21, n. 4 (2007), pp. 285-316; Foster, N.H.D., *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System*, in *Arab Law Quarterly* vol. 21, n. 2 (2007), pp. 170-188; Lippa, G., *La realtà operative delle banche islamiche tra tradizione e innovazione*, in *Iura Orientalia*, vol. II (2006), pp. 110-127; Vogel F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (Contracts)-7; Abdulkader, T., *Examining the Role of Islamic Law*, in T. Abdulkader, S. Cox and B. Kraty eds., *Structuring Islamic Finance Transactions*, Euromoney Books, Londra, 2005, pp. 27 ss.; Comair-Obeid N., *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer law international, The Hague, 2005; id., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4 (1996), pp. 331-349; Saleh, N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, Londra, Graham and Trotman, 1992.

<sup>119</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 125 e ss.

<sup>120</sup> Sugli espedienti giuridici (*ḥiyal*) si v. Schacht, J., *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Ed. Fondazione G. Agnelli, 1995, pp. 83 ss., il quale precisa che gli *ḥiyal* hanno rappresentato l'elemento dialettico in grado di coniugare teoria e prassi, ossia "il massimo che la consuetudine poteva concedere e il minimo – cioè il riconoscimento formale – che la teoria doveva richiedere" (*ibidem*, p. 85).

<sup>121</sup> Da questo punto di vista va ricordato che il Corano, nel vietare l'usura, si pone perfettamente in linea con il dettato della Bibbia, che in molteplici passi parimenti vieta tale pratica: es. "se tu presti denaro al mio popolo, al povero che è con te, non ti comporterai come un creditore: non gli imporrete interesse" (Eso. 22, 24), e anche: "non prenderai da lui denaro per interesse o profitto. [...] Non gli darai il tuo denaro per ricavarne interesse" (Lev. 25, 36-37), oppure: "non esigerai interesse da tuo fratello" (Dt., 23, 20), etc. Esempi in Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit.,



debole. Il precetto, applicato al panorama contrattuale, impone che non ci sia squilibrio tra le prestazioni dei contraenti, ossia che il sinallagma non sia sbilanciato a favore di una delle parti. Si vuole, in altre parole, perseguire una certa giustizia ed equità sul piano contrattuale<sup>122</sup>, al fine di evitare che una parte tragga un indebito arricchimento a spese dell'altra, senza che quest'ultima consegua un pari profitto<sup>123</sup>.

Per comprendere la portata del divieto si impone una digressione lessicale. Dalla radice del vocabolo *ribā* si desume il significato letterale di "aumento", "accrescimento", come confermato dal verbo "*rabā*", che letteralmente vuol dire "aumentare"<sup>124</sup>. Da ciò discende che il termine, tradizionalmente tradotto con "usura", non è sempre impiegato con significato negativo, tanto che nel Corano<sup>125</sup> è menzionato, con la stessa radice, un aumento della grazia presso Dio del credente che avrà fatto dell'elemosina.

Peraltro, a parte questo singolare riferimento, il termine ha per lo più connotazione negativa, essendo impiegato col significato di ingiustificato arricchimento o di lucro usurario: "o voi che credete! Non praticate l'usura doppiando e raddoppiando" (Cor., III, 130). In particolare, questo versetto palesa la rottura con l'epoca preislamica<sup>126</sup> (nella quale l'usura era molto diffusa, implicando che, alla scadenza del debito, il creditore raddoppiasse l'importo dovuto dal debitore inadempiente)<sup>127</sup>. L'avvento dell'Islam, da questo punto di vista, è ricordato come l'affermarsi di una tendenza particolarmente forte verso la moralizzazione dei costumi e delle pratiche

---

p. 135. Si v. anche Bussani, M., *Il problema del patto commissorio: studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000, pp. 3 e ss..

<sup>122</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 353, Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 279.

<sup>123</sup> Così Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle legislazioni contemporanee*, in Roma e America, *Diritto romano comune*, 7/1999, p. 285, che precisa come "l'aspetto etico del diritto spiega la costante attenzione rivolta dai giuristi musulmani nella tutela di un'equa reciprocità delle prestazioni", *ibidem*.

<sup>124</sup> Piccinelli, voce "*ribā*", cit., p. 494; Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 279.

<sup>125</sup> Corano, XXX, 39. Il passo è citato da Piccinelli, voce "*Ribā*", cit., p. 494.

<sup>126</sup> Per una ricognizione del diritto preislamico si v. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 9 e ss., dove si legge che "un'importante fonte di informazione sul diritto commerciale e sulle consuetudini di Mecca al tempo di Maometto è costituita dal Corano che utilizza ampiamente termini tecnici commerciali, molti dei quali sono rilevanti dal punto di vista giuridico" (*ivi*, p. 9).

<sup>127</sup> Piccinelli, voce "*ribā*", cit., p. 494.

economiche<sup>128</sup>, che intendeva apportare un miglioramento alla vita di quanti appartenevano ai territori evangelizzati e si convertivano al nuovo credo.

Fu il Profeta ad estendere l'ambito di applicazione del divieto, che nella rivelazione coranica era allacciato unicamente al prestito ad interesse<sup>129</sup>. Si attribuisce a Maometto uno *ḥadīth* (un detto) in cui egli, parlando dei contratti, precisa che questi devono essere conclusi scambiando "l'oro per l'oro, l'argento per l'argento, l'orzo per l'orzo e il sale per il sale, senza differenza di qualità e quantità e dalla mano alla mano"<sup>130</sup>.

Da tale *ḥadīth* si desume che la proibizione riguarda non soltanto un'eccedenza quantitativa, ma anche qualitativa, come il maggior valore di un bene o un vantaggio sulle modalità di pagamento<sup>131</sup>. Il duplice aspetto – quantitativo e qualitativo – su cui l'eccedenza può influire ha condotto la giurisprudenza islamica ad elaborare due tipi di *ribā*: *ribā al-nasī'a*, cioè sul credito, o usura in senso tecnico, e *ribā al-faḍl*, che riguarda lo squilibrio tra prestazioni relativamente allo scambio di beni o alla prestazione di servizi<sup>132</sup>. Peraltro, secondo i più<sup>133</sup>, col tempo questa distinzione ha perso importanza.

E' spettato alla giurisprudenza islamica elaborare il divieto, proibendo ogni forma di ingiustificato arricchimento nei negozi commutativi<sup>134</sup>. Il *ribā* può quindi rendere *fāsid*<sup>135</sup> ogni obbligazione nella quale non ci sia un corrispettivo tra il sacrificio di una parte e il vantaggio dell'altra<sup>136</sup>.

---

<sup>128</sup> Sulle usanze preislamiche, si v. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 9 e, sull'opera di moralizzazione del Corano e del Profeta, p. 15 ("la legislazione coranica [...] fu dettata innanzitutto dall'insoddisfazione per situazioni assai diffuse e dal desiderio di migliorare la posizione delle donne, degli orfani e dei deboli in genere, di porre un freno al lassismo morale"). Ancora, "il divieto di giocare d'azzardo – pratica strettamente connessa al culto pagano –, di bere vino e di praticare l'usura costituisce probabilmente il momento di maggior rottura con i modelli di comportamento dell'antica Arabia": *ivi*, p. 16.

<sup>129</sup> Così Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (2001), p. 353.

<sup>130</sup> Piccinelli, voce "ribā", cit., p. 495.

<sup>131</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 279.

<sup>132</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 136 e *idem*, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 279.

<sup>133</sup> Piccinelli, G.M., *Il sistema bancario islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1989, p. 7.

<sup>134</sup> Si palesa, dunque, il ruolo del divieto di *ribā*, che esercita una "funzione di controllo sul contenuto negoziale al fine di evitare qualunque squilibrio contrattuale o arricchimento senza causa, sempre in un'ottica di equa reciprocità delle prestazioni e divieto di sfruttare la parte debole": Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., pp. 279 e s.

<sup>135</sup> Si v. *supra*, § 2.

<sup>136</sup> Su come il divieto è stato aggirato anche negli istituti della finanza islamica v. Piccinelli, voce "ribā", cit., p. 496.

Il citato *ḥadīth* ha portato la riflessione dottrinale a tratteggiare in maniera originale un concetto di rischio commerciale e imprenditoriale, che è divenuto il perno attorno al quale ruotano tutti i giudizi sulla liceità di qualsiasi rapporto obbligatorio e dei relativi effetti.

Infatti, se l'imprenditore e, prima ancora, il mercante<sup>137</sup> hanno diritto di godere dei frutti del loro lavoro (inteso anche in senso lato, e quindi comprensivo pure dell'assunzione di un rischio finanziario a seguito di un investimento), è il guadagno basato sul mero trascorrere del tempo che il diritto islamico non tollera: tale sarebbe il provento derivante dall'applicazione di un tasso di interesse su di una somma prestata, tasso che perciò la *sharī'a* etichetta come arricchimento ingiustificato e quindi proibito.

Al musulmano è pur sempre concessa la prerogativa di trarre un profitto dalla propria attività commerciale e finanziaria, profitto che differisce dall'interesse in quanto l'attività commerciale implica un sacrificio o, per lo meno, un rischio. Il profitto, al contrario dell'interesse, non è predeterminato né fisso, e può essere anche negativo: per tale ragione esso può venir inteso anche come un premio per il rischio finanziario assunto<sup>138</sup>. E' sulla base di questo principio che si fondano i moderni istituti bancari di finanza islamica.

Peraltro, a musulmani che, in ossequio ai dettami sciaritici, rifiutavano di riscuotere l'interesse maturato dai loro depositi bancari, si affiancavano gli intenti opportunistici di coloro che negavano di essere debitori degli interessi moratori decorsi sulle somme dovute a saldo di prestazioni e pagamenti in genere<sup>139</sup>. Questa prassi era assai diffusa nei Paesi del Golfo fino agli anni Ottanta del secolo scorso, fino a che i legislatori dei paesi interessati hanno approfittato della diffusa divisione della disciplina delle obbligazioni tra codice civile e codice di commercio per dotare di una disciplina specifica l'obbligazione di pagare gli interessi moratori sulle somme dovute nelle transazioni commerciali. Così, ad esempio, al mutuante è stato concesso il diritto di esigere l'interesse in materia di transazioni commerciali, ma non civili

---

<sup>137</sup> La figura del mercante, e la sua considerazione quale veicolo dei valori etici e giuridici islamici, è esplorata, fra gli altri, da Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, op. cit., pp. 265 s.

<sup>138</sup> Piccinelli, voce "ribā", cit., pp. 496 ss.

<sup>139</sup> Così Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 354.

(art. 102 del codice di commercio del 1980 del Kuwait, art. 76 del codice federale sulle transazioni commerciali degli UAE del 1993, art. 80 del codice di commercio del 1990 dell'Oman). Solo in Arabia Saudita continua a sussistere la forte proibizione di operazioni a base di *ribā*: peraltro, la richiesta degli interessi moratori è pratica comune nel Regno, anche se nessun giudice accorderebbe tutela ad una pretesa volta ad ottenere il pagamento degli stessi<sup>140</sup>.

Nonostante il divieto persista nell'architettura della banca islamica, la sua portata operativa si è quindi andata decisamente affievolendo, cedendo il passo, nelle codificazioni dei paesi arabi attuate in un'epoca più recente, al trapianto di modelli più vicini a quello occidentale<sup>141</sup>.

#### **IV. Il divieto di *gharar***

Il divieto di *gharar*, meno conosciuto di quello oggetto del paragrafo precedente, ha tuttavia un ruolo di pari rilievo nell'influenzare il diritto contrattuale ed in specie i requisiti del contratto.

Il termine viene generalmente tradotto con "alea", e indica ogni genere di incertezza o rischio che può condurre ad uno squilibrio. Il diritto islamico, proprio come nel caso del *ribā*, vieta i negozi caratterizzati da *gharar* perché conducono ad un assetto contrattuale iniquo per una delle parti, nella misura in cui è impossibile determinare, al momento della stipulazione, quali e quanti sacrifici e vantaggi saranno ascritti a ciascun contraente<sup>142</sup>.

Al contrario del divieto di *ribā*, le fonti della *sharī'a* non contemplano una proibizione espressa del *gharar*<sup>143</sup>, il cui divieto trae origine dal versetto del Corano che condanna il gioco d'azzardo (*maysir*)<sup>144</sup>. Tuttavia il divieto di

---

<sup>140</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 354.

<sup>141</sup> Piccinelli, G.M., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, fasc. 1, pp. 32 ss.

<sup>142</sup> Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., p. 14.

<sup>143</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 281.

<sup>144</sup> Si tratta di un gioco, diffuso già in epoca preislamica, consistente in una sorta di lotteria che prevedeva di puntare sulle parti commestibili del cammello (Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 281). Per quanto al testo della proibizione si v. Corano, II, 219: "Ti domanderanno ancora del vino e del *maysir*. Rispondi: c'è peccato grave e ci sono vantaggi

*gharar* venne ben presto ampliato dai primi *fuqahā'* fino a concernere anche il contratto di vendita di cosa futura (sulla quale si veda anche il paragrafo che segue), quelli caratterizzati da un oggetto indeterminato<sup>145</sup> e tutti i negozi aleatori in genere (compresi, in particolare, l'appalto e l'assicurazione).

Nell'ottica del divieto del *gharar*, al centro delle riflessioni dei giuristi islamici è stato soprattutto il contratto di manifattura o *istisnā'*. I risultati di questi studi sono stati poi estesi, per analogia, a contratti come l'appalto ed il contratto d'opera. Nel caso dell'*istisnā'*, l'oggetto venduto o commissionato non è ancora esistente, in quanto il contratto mira proprio ad obbligare il venditore a produrlo. Poiché il contratto, in linea generale, si conclude con l'incontro-scambio di offerta e accettazione, al momento della stipulazione del negozio l'oggetto non è ancora esistente. Così la dottrina si è adoperata per salvare questo contratto – molto diffuso nella prassi e necessario alla vita economica – dalla minaccia dell'invalidità. L'interpretazione maggioritaria suggerisce che nell'*istisnā'* oggetto del patto è l'obbligazione di fabbricare il bene, da un lato, e quella di pagare il prezzo, dall'altro lato – obbligazioni che non incorrono nel divieto di *gharar* grazie all'evoluzione dell'*ijmā'* (consenso) della comunità, alla consuetudine e alle esigenze del commercio<sup>146</sup>. Per altri studiosi, come Abū Ḥanīfa, invece, l'*istisnā'* non è nemmeno un contratto, bensì un mero scambio di promesse<sup>147</sup>.

Quanto all'assicurazione, la questione è complicata dalla circostanza che in essa è insito lo scopo speculativo di sfruttare una situazione giuridica di incertezza al fine di trarne un guadagno. Le ricadute sul piano del *ribā* sono evidenti. Infatti, la riflessione sulla liceità delle assicurazioni si scontra non solo con la problematica dell'incertezza riguardante l'oggetto del contratto, ma

---

per gli uomini in ambo le cose: ma il peccato è più grande del vantaggio". Analogamente in Corano, IV, 29: "O voi che credete, non consumate fra voi i vostri beni vanamente".

<sup>145</sup> In generale, Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 350; Zahraa, M., Mahmor, S.M., *The Validity of Contracts When the Goods Are Not Yet in Existence in the Islamic Law of Sale of Goods*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 4 (2002), pp. 379-397. Sul tasso di *gharar* insito nelle transazioni che avvengono via web si v. Razali, S.S., *The Dominance Entry of the Principles of Gharar in Electronic Contracts*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 2 (2009), pp. 207-216 e Alzaagy, A., *The Islamic Concept of Meeting Place and its Application in E-Commerce*, in *Masaryk Journal of Law and Technology*, Vol. 1, no. 1, 2007.

<sup>146</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 264.

<sup>147</sup> Kamali, M.H., *Islamic Commercial Law, An Analysis of Future and Options*, Islamic Texts Society, Cambridge, 2001, p. 133. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 264.

pure con il nodo del premio che l'assicuratore consegue anche se non si verifica l'evento dannoso, e del risarcimento che l'assicurato ottiene se questo si verifica. In questo modo, il meccanismo dell'assicurazione può portare ad infrangere il divieto di arricchimento ingiustificato<sup>148</sup>.

Peraltro, i giuristi islamici sono riusciti, ancora una volta con degli espedienti giuridici (*ḥiyal*)<sup>149</sup>, ad aggirare il divieto in parola<sup>150</sup>. L'istituto dell'assicurazione è stato quindi denominato ed edulcorato con il termine *takāful*<sup>151</sup> (solidarietà).

Nei moderni sistemi islamici, l'assicurazione è un contratto che consiste in un investimento "i cui profitti sono divisi *pro quota* tra i partecipanti, come soci nell'investimento, allo scadere di un certo periodo o all'avverarsi di un evento incerto ma altamente probabile" per l'assicurato<sup>152</sup>. A tale avvenimento (ad esempio la morte, o il raggiungimento di una certa età) è affiancato un evento secondario (come un sinistro o un altro accadimento che comporta una perdita economica) per il quale, se esso si verifica prima dell'evento principale, l'assicurato ha diritto ad una quota già concordata sui profitti maturati sull'investimento al tempo del sinistro stesso<sup>153</sup>. La ragione principale per cui l'assicurazione è in questi termini ammessa risiede nel fatto

---

<sup>148</sup> Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., p. 15.

<sup>149</sup> Più diffusamente, sugli espedienti giuridici (*ḥiyal*), Schacht, J., *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Ed. Fondazione G. Agnelli, 1995, pp. 83 ss. e *supra*, nota 120.

<sup>150</sup> Si ricorda qui la *fatwā* del *muffī* egiziano Muḥammad 'Abduh, che, con la sua rivisitazione dell'istituto, ha favorito l'apertura di giurisprudenza e legislazione dei paesi arabi verso l'assicurazione. Si v. Kettani, A., Sacco, R., *L'assicurazione in Marocco (contributo alla dottrina delle fonti del diritto)* in *Giurisprudenza Commerciale: Società e fallimento*, 9.3, maggio-giugno 1982, pp. 387-406.

<sup>151</sup> Per qualche approfondimento si v. Maglietta, F., *L'assicurazione in contesto islamico: l'istituto del takāful*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, fasc. 2, pp. 473 – 491; Bekkin, R.I., *Islamic Insurance: National Features and Legal Regulation* in *Arab Law Quarterly*, vol. 21, n. 1 (2007), pp. 3-34; vol. 21, n. 2 (2007), pp. 109-134; vol. 21, n. 3 (2007), pp. 251-268; Cooper Maysami, R., Joseph, W.J., *Evidence on the Relationship Between Takāful Insurance and Fundamental Perception of Islamic Principles* in *Applied Financial Economics Letters*, Vol. 2, n. 4 (July 2006), pp. 229-232; Ma'sum, B.M., *Insurable Interest: Can the Modern Law be Adopted in Takāful Operations?* in *Arab Law Quarterly*, vol. 15, n. 2 (2000), pp. 206-209; si v. anche Kettani, Sacco, *L'assicurazione in Marocco*, cit., pp. 387-406.

<sup>152</sup> Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., p. 16.

<sup>153</sup> Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., p. 16. In certi casi l'assicurazione è stata equiparata ad altre forme di contratto. In Arabia Saudita, ad esempio, il Consiglio degli *'ulamā* nel 1977 ha ammesso la stipula di contratti di assicurazione sotto forma di donazioni (escluse, come si ricorderà, dal divieto di *ribā* perché non sinallagmatiche), a patto che le stesse non generino profitti o arricchimenti senza causa. Così Stovall, H.L., Ballantyne, W.M., *Arab Commercial Law: Principles and Perspectives*, ABA Publishing, 2002, p. 841, e Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 139.

che essa mira a realizzare un ideale mutualistico-assistenziale di solidarietà<sup>154</sup>, come suggerisce lo stesso nome dell'istituto, ed è tesa ad eliminare, per quanto possibile, le conseguenze negative di certi eventi, con ciò dando concreta attuazione ai principi coranici di carità e pietà<sup>155</sup>.

## V. La vendita

Considerato il ruolo centrale che la vendita ricopre nel panorama contrattuale islamico, vale la pena tratteggiarne alcune caratteristiche. L'*excursus* permetterà anche di verificare come il divieto di *gharar* appena illustrato non sia da considerarsi assoluto, ma oggetto di eccezioni e temperamenti.

Anzitutto il Corano qualifica la vendita come attività lecita, in contrapposizione all'attività usuraria: "mentre Dio permette la vendita, ma proibisce l'usura" (Corano, II, 275).

Come anticipato, il concetto di compravendita (*bay'*) ha un significato molto ampio, visto che il termine abbraccia ogni contratto che implica uno scambio di due beni aventi un valore determinabile in denaro, con lo scopo di trasferire ed acquistare la proprietà su uno o più di essi<sup>156</sup>. Secondo i commentatori islamici, tutti i contratti commutativi (*'aqd mu'āwada*) possono essere ricondotti a questo schema<sup>157</sup>. A tale prima, sommaria definizione va aggiunto che il bene scambiato deve essere determinato, lecito e conosciuto dalle parti, e che il prezzo (*thaman*) deve essere prestabilito<sup>158</sup>. Non è necessario che quest'ultimo sia definito in denaro, purché il suo valore sia suscettibile di essere immediatamente corrisposto<sup>159</sup>. Infine, la compravendita

---

<sup>154</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 139.

<sup>155</sup> Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., p. 15.

<sup>156</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 107.

<sup>157</sup> Così Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 264.

<sup>158</sup> Ai fini di validità della vendita, lo *thaman* non deve necessariamente essere giusto. L'equità dell'ammontare del prezzo può peraltro rilevare in relazione alla possibilità di impugnare la vendita per lesione, possibilità ammessa dalla maggior parte dei giuristi islamici (Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove.*, cit., p. 115). Su questi temi si v. cap. 4 §II.

<sup>159</sup> La precisazione è di Vogel, F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII

è considerata un contratto consensuale, avente efficacia reale, nel quale quindi la regola è rappresentata dallo scambio contestuale dei beni, la cui proprietà viene immediatamente trasferita<sup>160</sup>.

La vendita vanta delle sottocategorie<sup>161</sup>, tra le quali la permuta (*muqāyada*), lo scambio di denaro o di preziosi in genere (*šarf*), il contratto di manifattura (*istisnā'*, cui si è già accennato nei paragrafi precedenti), la *tawliya*, o cessione<sup>162</sup>, la *wadī'a* o rivendita in diminuzione<sup>163</sup>, la *murābaha*<sup>164</sup> (o rivendita a prezzo fisso con aumento precedentemente concordato tra le parti), la vendita con patto di riscatto, e da ultima – ma non per importanza – la vendita *salam*. Quest'ultimo istituto è particolarmente significativo dal punto di vista dell'analisi del diritto islamico, poiché esso dimostra in modo particolarmente efficace come i giuristi dei primi secoli si sono confrontati con le esigenze della prassi. Per questo, il *salam* merita qui un breve approfondimento.

La *bay' salam* è caratterizzata dal fatto che pagamento e consegna del bene non sono contestuali. Mentre il pagamento avviene al momento della conclusione del contratto, ciò che fuoriesce dalla sessione contrattuale (*majlis al-'aqd*, su cui si v. cap. 4 par. VII) è la consegna del bene. L'anticipazione del prezzo è pertanto caratteristica peculiare dell'istituto. In questa luce la *bay' salam* è concettualmente assimilabile<sup>165</sup> ad una *emptio*

---

(Contracts)-7, p. 34, il quale specifica anche che tutte le deviazioni rispetto al tracciato di queste regole sono considerate eccezioni.

<sup>160</sup> Così Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005, p. 114.

<sup>161</sup> Secondo alcuni giuristi i contratti di vendita sarebbero riconducibili al numero di tredici, mentre altri li riportano a tre, e cioè: scambio di beni verso beni, di beni verso denaro e di denaro verso denaro, o scambio di preziosi in genere. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit. pp. 264 e s.

<sup>162</sup> La *tawliya* altro non è che una cessione del contratto, in quanto l'acquirente rivende il bene ad un altro soggetto (diverso dal venditore originario), al prezzo per cui esso è stato comperato nel primo contratto. I due negozi devono essere del tutto identici, ed ecco perché l'intera operazione è considerata "una sostituzione dell'originario acquirente con un nuovo acquirente" (Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit. p. 120).

<sup>163</sup> Essa si concreta nella vendita del bene ad un altro soggetto, ad un prezzo inferiore a quello originariamente pattuito tra le parti del primo contratto: Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit. p. 120.

<sup>164</sup> Si tratta di una rivendita a prezzo fisso, dove quest'ultimo è incrementato rispetto al contratto di compravendita originario: questo meccanismo è un altro degli *hiyāl* utilizzati per aggirare il divieto di prestito ad interesse (Piccinelli G.M., voce "*Mudaraba*", *Digesto IV, Sezione Civile, Discipline Privatistiche*, UTET, Torino, 1994, pp. 3 ss.).

<sup>165</sup> Così Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit. p. 118.



*rei speratae*, poiché la vendita ha ad oggetto un bene futuro. Tale circostanza basterebbe, di per sé, a rendere la vendita *salam* vietata in quanto essa, contrastando con il principio dell'immediatezza delle prestazioni, si espone al rischio di contenere *ribā* e, più ancora, *gharar*<sup>166</sup>.

Inoltre, il divieto di *ribā* può essere infranto in maniera ancor più evidente se si pone in essere una vendita con la quale si scambiano dei beni generici (si direbbe: fungibili), cioè *dayn*. Così, qualora la vendita avesse efficacia non reale ma obbligatoria – per dirla secondo una terminologia occidentale<sup>167</sup> – e la prestazione di entrambe le parti fosse posticipata rispetto al momento della stipulazione del contratto, potrebbe sussistere il rischio di speculazioni dovute al ritardo nella consegna del prezzo, da un lato, e della merce, dall'altro.

Pure il divieto di *gharar* rischierebbe di essere disatteso per la stessa ragione, in quanto è evidente il rischio speculativo insito nel fatto che una parte, con un investimento minimo di capitale, o anche in totale assenza di uscite, si garantisca, senza (ingenti) esborsi<sup>168</sup>, una posizione di credito, a detrimento della controparte, la quale viene così esposta ai capricci del mercato<sup>169</sup>.

Un'altra obiezione mossa alla vendita *salam* riguarda il fatto che, a fronte dell'operazione contrattuale, nessuna delle parti acquista un beneficio (nemmeno, per esempio, sotto la specie dell'usufrutto di uno dei beni scambiati). Peraltro, quest'obiezione è stata superata considerando che ciascun contraente ricava un vantaggio per il fatto che la controparte ha assunto un'obbligazione suscettibile di essere eseguita, in mancanza di spontaneo adempimento, coattivamente<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 108.

<sup>167</sup> Si esprime così anche Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 37.

<sup>168</sup> Infatti, l'oggetto della compravendita deve "rivestire un'utilità per l'uomo e, quindi, rispondere ad un suo bisogno: deve essere, cioè, un bene giuridico" (Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 114). Si v. anche Mahasneh, N.S., *Liability Exemption for Failure to Perform under both the Vienna Convention for International Sale of Goods 1980 and Islamic Jurisprudence*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 24 (2010), pp. 73 e ss.

<sup>169</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 37.

<sup>170</sup> Come puntualizzato da Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 37.

I giuristi islamici dei primi secoli erano consapevoli della pressione esercitata, ancora una volta, dalle esigenze del commercio, che richiedevano tale strumento per lo sviluppo dei traffici<sup>171</sup>. In particolare questa sottospecie di vendita era nata per far fronte alle necessità degli agricoltori, che avevano bisogno di un'anticipazione di capitale per provvedere alle spese alle quali andavano incontro dalla semina al raccolto, e che adempivano il contratto al momento della consegna dei frutti<sup>172</sup>.

Per tale motivo si è argomentato che la vendita *salam* assume il ruolo di strumento di finanziamento<sup>173</sup> e che la sua liceità debba vedersi con favore, poiché, se la vendita *salam* fosse proibita, i suoi potenziali beneficiari dovrebbero far continuo ricorso al prestito<sup>174</sup>.

Così, anche tenendo conto della benedizione (*baraka*) di cui tradizionalmente gode il mercante nella sua attività<sup>175</sup>, i dottori della legge hanno assecondato la prassi commerciale del *salam*, ricorrendo ad una tradizione attribuita al Profeta e ricostruendo il contratto in questione secondo la seguente interpretazione.

Anzitutto, le prestazioni devono essere equivalenti, e determinate sotto tutti gli aspetti (si pensi alla qualità della merce, al peso, al termine di consegna etc.). In caso di inadempimento del debitore all'obbligo di consegnare la cosa prevista, l'acquirente può chiedere la risoluzione del contratto ottenendo così la restituzione del capitale versato o, in alternativa, "rinnovare il *salam* per un ulteriore periodo di tempo"<sup>176</sup>.

Il bene venduto può essere presente al momento della stipula, o no; oppure può essere presente ma non venir esaminato. In tutti questi casi, l'acquirente ha l'opzione di risolvere la vendita dopo aver verificato la merce.

---

<sup>171</sup> In effetti, "historically Islamic law repeatedly transformed itself to meet temporal challenges" (Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 3).

<sup>172</sup> Lo schema contrattuale può però adattarsi anche ad artigiani, allevatori e a molte categorie di imprenditori. Tale spiegazione è fornita da Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 119.

<sup>173</sup> Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 119.

<sup>174</sup> Così Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 38.

<sup>175</sup> La considerazione speciale di cui godono i mercanti (e con essi il commercio, *tijāra*) si deve anzitutto al fatto che anche il Profeta era un mercante. E' curioso notare come molti "termini tecnici del commercio sono utilizzati per esprimere idee religiose" (Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 265). Inoltre, i mercanti, viaggiando, diffondevano il credo musulmano.

<sup>176</sup> Come precisato da Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 120.

Tale strumento è denominato “opzione di ispezione” ed è volto ad accertare l'assenza di difetti sulla merce venduta. Essa può essere esercitata al momento della consegna, sia essa o no contestuale alla conclusione del contratto<sup>177</sup>.

Ancora, l'interprete ricostruisce l'oggetto del contratto come attinente ad una promessa, e non ad un bene individuato nella sua concreta materialità. Peraltro, la promessa a sua volta deve necessariamente individuare, con una certa precisione, la data di consegna, la qualità e la quantità della merce. Mentre alcuni giuristi considerano valida questa interpretazione per i soli beni fungibili, altri la estendono a qualunque genere di beni<sup>178</sup>.

Un accorgimento ulteriore elaborato per rendere lecita l'operazione di *salam* consiste nello strutturare il contratto come una vendita a termine: in questo caso il debitore-venditore si impegna a consegnare il bene allo spirare di un termine<sup>179</sup>.

La preoccupazione delle dottrine medievali sopra esposte riguardo alla liceità della vendita e la ricostruzione interpretativa che la rende valida riemergono a tratti nei codici contemporanei. Infatti, analogamente a quanto si avrà modo di evidenziare a proposito dell'oggetto del contratto, alcuni codici arabi recuperano le regole sciariatiche a proposito delle precauzioni che pongono la *bay' salam* al riparo dalla scure del divieto di *gharar*.

Ad esempio, il codice dei contratti e delle obbligazioni libanese<sup>180</sup> dedica un titolo alla vendita *salam*, evidenziando i requisiti che la rendono valida. Lo stesso fa il c.o.c. marocchino (artt. 613-618), il quale dapprima

---

<sup>177</sup> Così Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., pp. 34 e s. e Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 108.

<sup>178</sup> Kamali, H., *Islamic Commercial Law. An Analysis of Features and Options*, Islamic Text Society, Cambridge, 2002, pp. 131 ss. Solo la scuola hanafita contempla la possibilità di non prevedere immediatamente anche la data di consegna e di fissarla in un momento successivo. *Ibidem*.

<sup>179</sup> Ciò non toglie che la vendita si perfezioni comunque al momento del pagamento del prezzo, ossia al momento della stipulazione del contratto. Inoltre, il termine può essere collegato alla venuta ad esistenza dei beni (si pensi, appunto, ad un raccolto) oppure svincolato da tale circostanza. Così Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 119.

<sup>180</sup> Nel libro primo, parte seconda, titolo terzo, dedicato appunto a particolari tipi di vendita.

definisce il *salam* come il “contratto per il quale una delle parti offre una somma liquida e determinata all'altra parte, la quale si impegna a consegnare alla prima una determinata quantità di merce o di altri beni mobili entro un termine convenuto” (art. 613). Successivamente il legislatore marocchino specifica che il prezzo è pagato contestualmente alla conclusione del contratto (art. 614) e che i beni oggetto del negozio devono essere “determinati, a pena di nullità, per quantità, qualità, peso o misura” (art. 616)<sup>181</sup>. E' infine attribuita all'acquirente la facoltà di risolvere il contratto o di rinnovare il *salam* se la consegna non avviene entro il termine stabilito (art. 618), proprio come prevede la norma islamica.

Il c.o.c. tunisino disciplina il diverso istituto della vendita sottoposta a condizione sospensiva a favore di una sola delle parti (artt. 700-711), mentre i codici egiziano (art. 418 c.c.), siriano (art. 386 c.c.), libanese (art. 407 c.c.) ed algerino (art. 351 c.c.) si confrontano con la tradizionale ripartizione delle sottocategorie della vendita, precisando che quest'ultima è il contratto con cui il venditore si obbliga a trasferire la proprietà di una cosa o di un diritto patrimoniale in cambio del pagamento del prezzo, necessariamente espresso in denaro. Tale definizione è volta ad eliminare dal novero dei contratti riconducibili alla vendita la permuta (*muqāyada*), che viene disciplinata a parte<sup>182</sup>.

Gli esempi sopra riportati, tra cui spicca per l'aderenza alla regola islamica quello marocchino, rappresentano un tipico caso di sopravvivenza del formante islamico nel contesto dei codici contemporanei, ed in particolare nel dato testuale (come visto nei casi marocchino e libanese) o nella *forma mentis* del legislatore (il cui omaggio alle categorie islamiche è testimoniato dagli esempi egiziano, siriano, libanese ed algerino). Il fenomeno sorprende assai poco, se si tengono in considerazione dinamiche già esposte

---

<sup>181</sup> Norme dispositive chiudono il sistema, puntualizzando che, se non è stabilito il termine di consegna, si fa riferimento agli usi (art. 615) e, se non è fissato il luogo di consegna, si presume che i beni vadano consegnati nel luogo di conclusione del contratto (art. 618).

<sup>182</sup> Tale definizione, inoltre, esclude anche il *šarf*, ossia lo scambio di denaro contro denaro, dalla disciplina dettata per la vendita. Il *šarf* viene invece ricondotto ad altre figure e autonomamente regolato. Si v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 111 e D'Emilia, A. *Intorno agli elementi costitutivi della compravendita secondo i vigenti codici di alcuni paesi musulmani*, in D'Emilia, A. (Castro, F., cur.), *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, p. 590.

nei capitoli introduttivi, di cui si vedranno ulteriori manifestazioni nel capitolo seguente

.



## 4. Il contratto nel diritto dei paesi arabi

### I. Principi generali: libertà contrattuale

Come accennato *supra* (capitolo 3, § 2), l'elaborazione dei principi generali del diritto islamico ha attraversato diversi secoli, dall'opera del giurista shafeita dell'XI secolo, Al-Hussein<sup>183</sup>, a quella dell'autore hanafita del XV secolo, Ibn Nujaim<sup>184</sup>, la cui sintesi interpretativa ha ispirato la stessa *Majalla* ottomana. Quest'ultima dedica il preambolo, composto di ben 98 articoli, a delineare i principi generali più conosciuti del *fiqh* hanafita<sup>185</sup>. Detti principi non sono di elaborazione giurisprudenziale, in quanto il giudice islamico (*qāḍī*) era escluso da questo processo di sintesi interpretativa, la quale viceversa era interamente affidata ai *fuqahā'*, i dottori della legge. Ecco, dunque, l'ennesima testimonianza della creazione dottrinale del diritto islamico.

L'importanza dei principi generali è cresciuta nel tempo, fino a giungere al ruolo rivestito nei codici contemporanei, i quali spesso prevedono che, in caso di lacuna, debba farsi riferimento ai principi generali di diritto musulmano e, in subordine, al diritto naturale e all'equità<sup>186</sup>. Del resto, le attuali codificazioni persistono nell'approccio tipico del diritto islamico, il

---

<sup>183</sup> Al Hussein elaborò i quattro primi principi: gli usi hanno valore normativo, il dubbio non può cancellare la convenzione già formatasi, lo stato di difficoltà richiede un intervento che faciliti l'adempimento delle obbligazioni ed infine il danno deve essere risarcito integralmente. È interessante notare come l'elaborazione dei principi generali del diritto inizia a fiorire proprio all'indomani della chiusura della porta del ragionamento indipendente (su cui si v. nota 93), quando la formazione del diritto islamico si doveva considerare, almeno formalmente, conclusa. L'apparizione tardiva dei principi generali è stata spiegata ragionando sul fatto che, mentre il diritto è in fase di formazione, non c'è bisogno di far ricorso ai principi generali, ben potendo l'interprete-legislatore verbalizzare una regola *ad hoc* per il problema che gli si presenta e su cui è chiamato a pronunciarsi. Su tutto ciò si v. Jahel, S., *Principes généraux du droit arabo-musulman*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 55, n. 1 (2003), pp. 108 e ss.

<sup>184</sup> Egli attribuisce gli stessi principi ad un discepolo dello stesso Abu Hanifa (l'epigono della scuola che da lui ha preso il nome). Ibn Nujaim propone venticinque principi generali che si ritrovano tutti nella *Majalla*. Si v. Jahel, *Principes généraux du droit arabo-musulman*, cit., pp. 108 s.

<sup>185</sup> Jahel, *Principes généraux du droit arabo-musulman*, cit., p. 109.

<sup>186</sup> Così si esprime Jahel, *Principes généraux du droit arabo-musulman*, cit., p. 109, affermando che "la place qui est faite aux *kawaed kuliyyat* dans les systèmes juridique des pays arabo-musulmans est loin d'être négligeable" (*ibidem*, p. 110).

quale, come già illustrato, aborre le sistemazioni dogmatiche<sup>187</sup>. Anche i legislatori contemporanei, infatti, privilegiano un'impostazione casistica, tanto è vero che "non offrono molte norme generali o definitorie"<sup>188</sup>. Questo dato è significativo per comprendere come il formante islamico abbia influenzato la stessa *forma mentis* dei legislatori contemporanei.

Ciò nonostante, come si avrà modo di constatare, molti codici contemplano dei principi generali, i quali rendono il diritto arabo meno ostico agli occhi del comparatista occidentale. Ciò accade anche perché i principi generali di cui si discute sono proprio quelle regole condivise da tutti i sistemi giuridici, quelle che "se ressemblent dans toutes les législations [...] Elles sont même identiques ou quasi-identiques aussi bien en droit romain, dans la *chari'a* islamique et dans les droits européens modernes"<sup>189</sup>.

Si passa ora a verificare come questi tratti si declinano con riguardo all'oggetto specifico del presente paragrafo, ossia la libertà contrattuale<sup>190</sup>.

Il tema rappresenta un terreno fertile per comprendere le dinamiche interne ai sistemi giuridici arabi, i quali da un lato si confrontano sempre con la tradizione islamica, e dall'altro lato tendono a forzare e ad allargare le maglie delle restrizioni dettate dalla *sharī'a*. Essi pongono così l'enfasi su alcune eccezioni o interpretazioni predisposte dagli stessi giuristi islamici o da una scuola in particolare, e in alcuni casi elevano una certa elaborazione dottrinale da proposta isolata a direttiva generale. Il dipinto che ne deriva, anche nel caso della libertà contrattuale, raffigura dei sistemi giuridici le cui componenti ed i cui strati sono sempre in rapporto dialettico e in costante confronto.

---

<sup>187</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 114.

<sup>188</sup> Secondo questa dottrina, solo il codice delle obbligazioni e dei contratti tunisino spiccherebbe tra gli altri per la corposità del titolo *ad hoc* dedicato alle regole generali (artt. 532-563; Donini, op. ult. cit., p. 114).

<sup>189</sup> Così Jahel, *Principes généraux du droit arabo-musulman*, cit., p. 116, che riporta il pensiero del giurista Sobhi Mahmassani, il quale giunge a citare Blackstone quando afferma che la somiglianza dei principi generali si rinviene "'all over all the globe, in all countries and all times' et donne de nombreux exemples de kawaed kuliyat auxquels correspondent de vieux adages formulés en latin". *Ibidem*.

<sup>190</sup> Si è preferito in questo paragrafo parlare di libertà contrattuale perché il termine traduce con vicinanza, oltre che concettuale, anche semantica, le espressioni di altre lingue, prima fra tutte quelle di "freedom of contract" e di "liberté contractuelle". Sui rapporti fra libertà ed autonomia contrattuale si v. Bussani, M., *Libertà contrattuale e diritto europeo*, UTET, Torino, 2005, p. IX e 5 e s.



E' stata del resto la stessa nozione in argomento ad essere al centro, specie nel secolo scorso, di intensi dibattiti, centrati sull'interrogativo se, nel diritto islamico, il principio della libertà contrattuale potesse dirsi presente o no.

La domanda traeva la sua origine dalla circostanza che la libertà in questione non figurava tra i canoni classici elaborati dai giuristi islamici nel corso del tempo. I primi giuristi musulmani non si arrovellarono sul problema della libertà contrattuale, in quanto ogni negozio era da annoverarsi o tra quelli leciti o tra quelli proibiti, e perciò la questione relativa all'autonomia delle parti non si poneva, venendo essa risolta a priori mediante l'impiego dei soli schemi contrattuali che portavano ad un risultato valido<sup>191</sup>.

La scuola hanbalita diede però un contributo significativo alla riflessione sul tema, instaurando una relazione biunivoca tra la libertà contrattuale e la dottrina della tolleranza (*'ibāha*)<sup>192</sup>, riflessione i cui risultati sarebbero poi confluiti nel preambolo della *Majalla* ottomana<sup>193</sup>. Essa si riferisce all'originaria libertà concessa da Dio agli uomini, nota anche come teoria della non restrizione<sup>194</sup>.

Successivamente le posizioni si differenziarono, e tra le dottrine delle diverse scuole vennero a determinarsi notevoli diversità riguardo all'estensione da ciascuna di esse riconosciuta alla libertà contrattuale accordata dalla *sharī'a*.

Prima di dar conto di tali posizioni, occorre sottolineare che il dibattito assunse contorni particolarmente interessanti, dal punto di vista della circolazione dissociata dei formanti, quando gli attuali paesi arabi caddero

---

<sup>191</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 119.

<sup>192</sup> Si rimanda a Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 119 e s. e Castro, F. (Piccinelli, G.M., cur.), *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 69.

<sup>193</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 115.

<sup>194</sup> La restrizione è il limite (*ḥadd*) che Dio pone agli uomini, specialmente per frenare alcuni comportamenti antisociali, immorali o dannosi di altri uomini o del rapporto con Dio: il concetto di *ḥadd* o limite ricorre infatti specialmente nel diritto penale. Più approfonditamente, su questo punto, Castro, F., voce "Al-aḥkām al-khamsa", in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione Civile (Digesto IV), Utet, Torino, 1987, p. 245.

sotto il dominio coloniale delle potenze europee<sup>195</sup>. In quel periodo, infatti, a volte prescindendo dai dettami sciariatici, i giuristi islamici preferirono enfatizzare che la *sharī'a* contemplava e promuoveva la libertà contrattuale, in quanto ciò la rendeva più moderna e compatibile con i sistemi occidentali<sup>196</sup>. Il formante dottrinale subiva così l'influenza del prestigio dei colonizzatori o semplicemente era portato, per imitazione di un modello ritenuto prestigioso, ad evidenziare la corrente, già insita nel sistema imitatore, le cui posizioni si armonizzavano con più facilità alle regole del sistema imitato<sup>197</sup>.

E' in ragione di tale fenomeno che si spiega come mai molti giuristi islamici, a partire dagli anni Sessanta dello scorso secolo, si ingegnarono nel dimostrare che le parti di un contratto regolato (anche) dalla *sharī'a* erano libere di prevedere qualunque clausola contrattuale (a patto che questa non violasse apertamente la legge sacra).

A sostegno di tale affermazione veniva con frequenza citato sia il passo coranico "Credenti, mantenete i patti"<sup>198</sup> (V, 1), sia la dottrina hanbalita ed in particolare il pensiero del giurista Ibn Taymiyya, secondo il quale alle parti contraenti era consentito predisporre proprie, originali clausole contrattuali<sup>199</sup>. Pure la scuola malikita<sup>200</sup> e i giuristi sciiti confermarono che, sotto l'ombrello normativo della *sharī'a*, le parti contraenti erano sostanzialmente libere di concludere qualunque pattuizione, fermo solo il divieto di violare i principi islamici<sup>201</sup>.

E' interessante notare come gli studiosi occidentali di diritto islamico non ebbero difficoltà ad avvallare questa ricostruzione operata dalla dottrina islamica, che richiamava gli aspetti della *sharī'a* che erano loro più familiari. Il

---

<sup>195</sup> Osservazioni di questo tenore in Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle legislazioni contemporanee*, in Roma e America, *Diritto romano comune*, 7/1999, pp. 285 ss.

<sup>196</sup> Cfr. Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does it Mean in the Context of Arab Laws?* in *Arab Law Quarterly*, vol. 16, n. 4 (2001), p. 346

<sup>197</sup> Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 346.

<sup>198</sup> Traduzione da Mandel, G., *Il Corano*, UTET, Torino, 2006.

<sup>199</sup> Come confermato da Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 346.

<sup>200</sup> Al-Asbahi, M.I.A., *Al-Modawwanah Al-Kubraa*, vol. 4, p. 116.

<sup>201</sup> La precisazione si legge Zahraa, M., *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 13, No. 3, p. 274, al quale si rimanda anche per un nutrito riferimento alle fonti.

giurista che approccia un sistema giuridico dal proprio – il comparatista, del fenomeno, è ben avvertito – tende a riconoscere in questo la norma che più è simile alla propria, preferendo l'interpretazione che più si avvicina a quella che già appartiene al suo bagaglio di nozioni giuridiche<sup>202</sup>.

Altri giusperiti islamici, ed in particolare gli zahiriti<sup>203</sup>, con maggior disincanto rispetto alla tradizione giuridica europea e maggior rigore, continuarono a sostenere che la *sharī'a* non riconosceva la libertà contrattuale. A supporto di tale tesi si citava il passo coranico che recita: “Ecco i limiti di Allah, non li trasgredite”<sup>204</sup>, e si ricordava come, nella *sharī'a*, i contratti validi erano solo quelli nominati<sup>205</sup>, ovvero conosciuti, menzionati e descritti nel Corano o nella Sunna<sup>206</sup>.

I giuristi più intransigenti, inoltre, negavano l'esistenza del principio di libertà contrattuale in quanto, se alle parti fosse stato concesso di predisporre un autonomo regolamento di interessi, si sarebbe di conseguenza dovuto ammettere che i contraenti possono sostituire la propria volontà a quella del legislatore, il quale – dalle correnti dottrinarie “puriste”<sup>207</sup> – è identificato con Allah<sup>208</sup>, perché “tutte le clausole che non si trovano nel Libro di Dio sono invalide”<sup>209</sup>.

Un orientamento più moderato, propugnato in particolare da hanafiti e sciiti<sup>210</sup>, sosteneva che, per quanto la libertà contrattuale fosse incompatibile con l'ambizione della *sharī'a* di controllare la liceità morale, oltre che

---

<sup>202</sup> Sacco., R., Gambaro, A., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2008, pp. 137 e ss..

<sup>203</sup> Più diffusamente, sull'orientamento in questione, Filoramo et alii, *Islam*, cit.

<sup>204</sup> Sura II, 229. Si vedano anche i seguenti passi: “Questi sono i limiti di Allah. Chiobbedisce al Allah e al Suo Messaggero, sarà introdotto nei Giardini dove scorrono i ruscelli, dove rimarrà in eterno. [...] E chi disobedisce al Allah ed al Suo Messaggero e trasgredisce le Sue leggi, sarà introdotto nel Fuoco, dove rimarrà in perpetuo e avrà castigo avvilito (Sura IV, 13 e 14). Passi citati da Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005, p. 111.

<sup>205</sup> Chehata, C., *Droit Musulman*, Précis Dalloz, Parigi, 1970, p. 146.

<sup>206</sup> Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 275. Il medesimo autore precisa, tuttavia, che l'interpretazione di tale corrente dottrinale “is not as restrictive as it may look, simply because the outcome of the application of their rather restrictive view does not differ substantially from that of the other schools”. *Ibidem*.

<sup>207</sup> In questo modo le definisce Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 346.

<sup>208</sup> Chehata, *Droit Musulman*, cit., p. 146.

<sup>209</sup> Così, nella traduzione della scrivente, Al-Bukhari, S., *Kitab Al-Bay'* vol. 3, p. 155; si v. anche Ibn Hanbal A.A.M., *Dar Ihya' Al-Turath Al-'Arabi*, 1993, vol. 7, pp. 119 e s., citato da Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 275.

<sup>210</sup> Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 275.

giuridica, del contenuto del contratto, tuttavia il diritto islamico contemplava in una certa misura l'autonomia negoziale, per lo meno con riguardo a certi tipi di contratti<sup>211</sup>. Tale assunto è forse il più fedele al dettato del diritto islamico<sup>212</sup>, visto che quest'ultimo pone alcune barriere non compatibili con il concetto di libertà contrattuale (si pensi alle particolarità della causa, al divieto di *ribā* e *gharar*, ai requisiti dell'oggetto del contratto, etc.) e che rendono assai stringenti le regole da soddisfare affinché clausole speciali (*shurūḥ*), ossia derogatorie rispetto ai precetti espressi delle fonti islamiche, siano ritenute valide.

A tal proposito, poiché è un'opinione condivisa quella secondo cui i contratti nel diritto islamico sono nominati, e producono solo gli effetti ad essi collegati dalla *sharī'a*, profondo è il dissenso circa i limiti di validità delle *shurūḥ*.

Il punto di partenza è il seguente. La dottrina è unanime nel riconoscere la validità di quelle *shurūḥ* che siano menzionate e considerate valide dalla *sharī'a*<sup>213</sup>. Su altre categorie di *shurūḥ* le scuole si dividono: alcune considerano valide solo le *shurūḥ* rientranti nel tipo appena menzionato (*zahirīti*), altre le ammettono con notevole parsimonia (*hanafīti* e *malikīti*), altre ancora, infine, pongono limiti meno stringenti (*hanbalīti*).

In particolare, la dottrina hanafita consente l'inserzione di *shurūḥ* nel contratto quando esse sono necessarie allo scopo perseguito dalle parti: ad esempio, è ammessa la modifica dello schema della compravendita se il venditore mantiene il possesso del bene fino a che non ha ottenuto il pagamento del prezzo, esercitando così una sorta di diritto di ritenzione. Ciò, infatti, risponde alla finalità del negozio, che è quella di attuare il passaggio di proprietà del bene compravenduto, attuando al contempo una sorta di protezione del venditore.

---

<sup>211</sup> Cfr. Schacht, J, *An Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1984, p. 144 e Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 347. Peraltro, è stato osservato, l'ansia dei giuristi islamici, al tempo della colonizzazione e dopo, di ampliare i margini di libertà contrattuale concessi dalla *sharī'a* è compensata dal fatto che "all systems of law have developed limits and barriers which curtail to a certain extent, the liberty of contracting" (Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 347). Infatti, "in capitalist and moderately socialist societies, mandatory provisions of the laws and public policy prevail over the parties' accord if dissenting". *Ibidem*.

<sup>212</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 347.

<sup>213</sup> Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 275.

Ancora, la medesima scuola ammette variazioni allo schema ordinario del contratto quando le modifiche apportate sono opportune per la salvaguardia degli interessi delle parti (si pensi al contraente che chiede alla controparte la costituzione di un pegno a garanzia dell'adempimento), oppure quando esse sono contemplate dalla prassi prevalente nel luogo del contratto<sup>214</sup>.

Gli studiosi esponenti della scuola malikita si preoccupano soprattutto di specificare che le clausole speciali (*shurūṭ*) sono assolutamente proibite allorché contrastino con il fine del negozio o con gli elementi essenziali del medesimo<sup>215</sup>: è il caso della condizione, apposta al contratto di vendita, che prevede l'inalienabilità del bene compravenduto<sup>216</sup>.

La scuola hanbalita acconsente a che il riconoscimento della validità delle *shurūṭ* sia la regola, e sostiene che la loro inserzione nel contratto è negata solo eccezionalmente, e cioè quando esse contraddicono lo scopo del negozio o violano un preciso dettame sciaratico.

E' stata proprio la condiscendenza di quest'ultima scuola dottrinale a favorire l'interpretazione di quanti proclamavano, sotto la suggestione del modello occidentale, l'esistenza, nel diritto islamico, del principio della libertà contrattuale<sup>217</sup>.

Occorre peraltro sottolineare come, a dispetto della posizione moderata da essi difesa quanto alla validità delle *shurūṭ*, un ruolo importante nel determinare il successo dell'impostazione più liberale è stato anche giocato dai giuristi hanafiti, che hanno sempre affermato la validità delle *shurūṭ* che fossero riconosciute dalla prassi<sup>218</sup>.

Quest'ultimo punto è assai importante per comprendere le dinamiche che hanno mosso, e muovono, il farsi del diritto islamico, che si è sempre caratterizzato per la persistenza delle sue soluzioni tradizionali, e per la loro

---

<sup>214</sup> Tutti gli esempi sono riportati da Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 354.

<sup>215</sup> Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 276.

<sup>216</sup> Per la rassegna delle scuole e delle diverse opinioni si v. Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 354.

<sup>217</sup> Così Saleh, *Freedom of contract*, cit., p. 355.

<sup>218</sup> Molti sono riferimenti alle fonti originali in Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 276.

continua rivisitazione e modernizzazione da parte degli interpreti (sul punto si v. il cap. 2, § I).

Ciò è quanto mai chiaro nell'ambito contrattuale, ove i soggetti il cui commercio quotidiano risultava quotidianamente impedito o rallentato da questa o quella restrizione, si sono adoperati per trovare una giustificazione giuridica alle consuetudini formatesi in antagonismo con la regola sciaritica, sforzandosi di attenuare quest'ultima, di aggirarla<sup>219</sup>, o di eluderne completamente gli effetti<sup>220</sup>.

Dal canto loro, i giuristi islamici orientavano le proprie disquisizioni al fine di prevedere i problemi giuridici che potevano sorgere nella gestione quotidiana degli affari, cercando di escogitare la soluzione appropriata, ed il punto di miglior compromesso fra principi tradizionali e necessità del commercio<sup>221</sup>. Tale considerazione è appunto applicabile anche alla libertà contrattuale, la quale ha goduto di una certa tolleranza pure grazie al riconoscimento delle *shurūṭ* che erano già ammesse dalla prassi.

Venendo ora al diritto dei paesi arabi, per comprendere come i legislatori contemporanei abbiano fronteggiato la tematica della libertà contrattuale e delle *shurūṭ*, è sufficiente considerare i seguenti esempi, che rappresentano i casi più significativi della maniera moderna di conciliare tradizione ed innovazione.

Il codice civile yemenita, il più fedele fra quelli contemporanei ai principi islamici in materia di *shurūṭ*, riporta espressamente molti dei requisiti sopra evidenziati. E' concesso apporre ad un contratto clausole speciali alla condizione che queste siano volte a "rafforzarne il contenuto" (art. 266), ovvero siano "previste dagli usi del luogo o siano state adottate dagli operatori commerciali o industriali nei rispettivi negozi" (art. 266). Il legislatore commina la sanzione della nullità alle clausole che "non sono necessarie e

---

<sup>219</sup> Si pensi ai risultati raggiunti tramite il meccanismo degli *ḥiyāl*, descritto al § III del cap. 3 e alla nota 120.

<sup>220</sup> Del resto, tale processo è comune anche ai giorni nostri: "le dynamisme s'apprécie en effet principalement au quotidien, dans les pratiques qui toujours créent, inventent de nouvelles figures contractuelles, sans seulement avoir besoin d'un quelconque support soit d'une quelconque autorisation de la loi". Così Lecuyer, H., *Le contrat au Liban en 2001*, CEDROMA, disponibile alla pagina web <http://www.cedroma.usj.edu.lb/files/conf2005.htm>, p. 2.

<sup>221</sup> In questi termini, Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 277.

non sono richieste dal contratto, a meno che non servano a rafforzarne il contenuto e non siano previste dagli usi" (art. 267). Inoltre, è nulla la clausola che "non porta alcun vantaggio ad una delle parti o ai terzi" (art. 267)<sup>222</sup>.

Anche il codice civile giordano del 1976, all'art. 164, resta, in prima battuta, fedele alla dottrina islamica, ed in particolare alla scuola hanafita, riprendendo i requisiti enumerati da quest'ultima. Infatti, esso stabilisce che un contratto può prevedere una clausola che ne rafforzi un requisito, o che sia opportuna per il raggiungimento dello scopo del contratto, o che sia riconosciuta dagli usi o dalla prassi. Tuttavia, dopo aver saldato i conti con l'insegnamento hanafita, il secondo comma del medesimo articolo dispone che "un contratto può altresì contenere una clausola a vantaggio di una delle parti contraenti o di un terzo, purché questa non sia vietata dal legislatore o non sia contraria all'ordine pubblico o al buon costume". Com'è facilmente comprensibile, l'ultima previsione stempera notevolmente il rigore del primo comma, traducendosi, sostanzialmente, in un "è permesso tutto ciò che non è vietato"<sup>223</sup>.

Il codice civile del Kuwait è più disinvolto di quello giordano, in quanto passa subito alle conclusioni: "un contratto può prevedere una clausola concordata tra le parti, purché non sia vietata dalla legge o non sia contraria all'ordine pubblico o al buon costume" (art. 175).

Gli esempi normativi appena illustrati fanno comprendere come il confronto con le fonti del diritto islamico sia costante, nel diritto dei paesi arabi, ma anche come questi ultimi – emblematico è sotto questo profilo il caso della Giordania – si affranchino dai dettami sciariatici nel momento in cui questi ultimi divengono troppo stringenti<sup>224</sup>.

E' ai principi di ordine pubblico<sup>225</sup> che i legislatori contemporanei attribuiscono un ruolo di controllo a valle del meccanismo contrattuale,

---

<sup>222</sup> In ossequio al principio di conservazione del contratto, viene espunta la clausola nulla e l'atto resta valido (art. 267).

<sup>223</sup> L'art. 206 del codice civile degli Emirati Arabi Uniti è molto simile all'art. 164 del c.c. giordano. Si v. Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 355.

<sup>224</sup> Ulteriori dettagli normativi in Saleh, *Freedom of Contract*, cit., pp. 354 e s.

<sup>225</sup> La nozione, se declinata in senso laico, è di definizione piuttosto agevole, anche a mezzo dell'interpretazione datane da giurisprudenza e dottrina. Esso, come noto, presenta un carattere mutevole, che varia nel tempo. Al contrario, l'ordine pubblico connesso a precetti di rilevanza religiosa è immutabile ("religious public policy is characterized by its immutability,

ponendo così una valvola di chiusura del sistema, che permette di sanzionare il contratto non espressamente contrario ad una norma di legge, e tuttavia offensivo dei valori fondamentali dell'ordinamento<sup>226</sup>. Diversi codici dell'area del Golfo<sup>227</sup> precisano difatti che, quando l'oggetto del contratto è contrario ad una norma di legge, all'ordine pubblico o al buon costume, l'atto è interamente nullo e invalido. La stessa regola vale in molti paesi con riguardo ai motivi del contratto<sup>228</sup>.

Merita tuttavia ricordare come la regola sia temperata dalla direttiva che impone, qualora la contrarietà alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume sia riferita ad una specifica clausola, che sia quest'ultima ad essere espunta dal regolamento contrattuale in quanto nulla e invalida, ed a essere considerata come non apposta. La clausola può tuttavia viziare l'intero contratto se risulta che è stata il solo motivo che ha indotto le parti a contrarre o che le parti non avrebbero stipulato il negozio senza di essa<sup>229</sup>.

La conclusione che si può trarre dal raffronto tra le enunciazioni del diritto islamico e il diritto dei paesi arabi conferma la suddivisione tra i formanti dei sistemi contemporanei di cui è stato dato conto *retro*, cap. 1 e 2).

Infatti, la libertà contrattuale – a dispetto di quanti<sup>230</sup> ne nega(va)no la compatibilità con la *sharī'a* – è una presenza rilevante nel diritto islamico. Certo, le sue applicazioni sono circondate di requisiti piuttosto stringenti. E' ciò nonostante indubbio che, nel diritto codificato dei paesi arabi, essa ha oramai acquisito una dimensione nuova, non troppo distante da quella che,

---

for it depends upon religious rules which do not change": Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 356). E', inoltre, difficile comprendere quali precetti sono di stretta osservanza e quali no. Un criterio proposto per tracciare tale *discrimen* consiste nel recuperare le categorie tradizionali, di cui si è dato conto nel capitolo precedente al § 2, ad esempio quella relativa agli *al-aḥkām al-khamsa*. Così, un atto il cui compimento è obbligatorio per tutti gli uomini (e non solo in generale, come può essere il *jihād*), è sicuramente di stretta osservanza e va considerato rientrare nel concetto di ordine pubblico di rilevanza religiosa (sul punto si v. Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 356).

<sup>226</sup> Significativamente è stato osservato che "Arab Civil Codes endow public policy with a censorial role" (Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 355).

<sup>227</sup> Art. 130 I co. del codice civile iracheno, art. 8 IV co. del codice civile del Qatar e art. 172 del codice civile kuwaitiano.

<sup>228</sup> La disciplina è racchiusa agli artt. 132 I co. del c.c. iracheno, 35 I co. c.c. qatario, 207 c.c. Emirati Arabi Uniti. Si ricordi, da questo punto di vista, che i motivi, nel diritto islamico, rivestono un ruolo non secondario, e tale importanza si coglie di riflesso anche nel diritto dei paesi arabi. Sul punto si v. oltre, § XI, in tema di causa.

<sup>229</sup> Così prevedono gli artt. 131 co. II del c.c. iracheno e 164 co. II del c.c. giordano.

<sup>230</sup> Ad esempio il giurista Chehata, v. *supra* in questo paragrafo.



nel mondo occidentale, è il dominio proprio alla nozione di libertà contrattuale<sup>231</sup>.

Da ciò deriva pure una conferma di un altro dato sottolineato in precedenza (cap. 1 e 2), ovvero che i due strati del diritto – islamico e positivo di ispirazione laica –, pur essendo entrambi componenti vive dei sistemi giuridici considerati, sovente si muovono lungo linee diverse, se non addirittura divergenti<sup>232</sup>.

## II. Segue: equità

Il principio di equità rappresenta un esempio significativo di come le fonti del diritto islamico, fortemente caratterizzate dalla loro dimensione etico-religiose, hanno influenzato l'architettura contrattuale delle regole islamiche dapprima, e dei codici contemporanei dei paesi arabi, poi.

L'equità<sup>233</sup> è menzionata anzitutto dal Corano, il quale in diversi passi esorta tutti i credenti a comportarsi secondo giustizia ed equità. Si può così leggere: “credenti, siate testimoni solidi davanti a Dio, e siate equi [...]. Praticate l'equità; ciò è più vicino alla devozione” (V, 8); ed anche “Noi abbiamo mandato i Nostri profeti con prove evidenti. Abbiamo fatto scendere con loro il Libro e a bilancia affinché gli uomini osservino l'equità” (LVII, 25); oppure “Dio vi ordina di restituire i depositi a chi ne ha diritto e – quando giudicate tra le genti – di giudicare con equità” (IV, 58)<sup>234</sup>. In particolare, in quest'ultimo versetto è chiaro l'accenno all'equità c.d. giudiziale.

---

<sup>231</sup> Infatti essa “acquires a wider dimension, not too distinct from the Western concept”: Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 356.

<sup>232</sup> L'espressione (“the two are not the same”) è di Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 357, che precisa “the two are not the same, although we are sometime asked to believe that they are”. *Ibidem*.

<sup>233</sup> Per i primi riferimenti al tema, Makdisi, J., *Legal Logic and Equity in Islamic Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1985, vol. 33, n. 1, pp. 63 e ss.

<sup>234</sup> I versetti sono tratti da Mandel, G., *Il Corano*, UTET, Torino, 2006 e i passi citati da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p.p. 125 ss. Accanto a questi se ne annoverano molti altri, come “mi è stato ordinato di essere giusto con voi” (VII, 157); “quando giudicate, siate onesti anche quando si tratta di un parente” (VI, 152); “sia la vostra una comunità che richiami al bene, ordini il conveniente, proibisca il disprezzabile” (III, 104).

Anche la Sunna affronta il tema, dedicando diversi *ḥadīth* (detti del Profeta) all'equità. Ciò non deve stupire, in quanto la derivazione del diritto islamico da una religione rivelata implica la conclusione, da parte dei giuristi, che il legislatore del sistema (ossia Allah) non possa più legiferare – se non inviando un altro Messaggero<sup>235</sup> –, con la conseguenza che l'equità assume il ruolo fondamentale<sup>236</sup>, anche se non sempre dichiarato, di integrare il sistema normativo ove questo presenti delle lacune o appaia suscettibile di dar luogo a distorsioni.

E' in una simile ottica che va considerato l'apporto offerto dall'*interpretatio prudentium*<sup>237</sup>, mediante le figure ermeneutiche di *istiṣlāḥ*<sup>238</sup>, ossia il criterio dell'utilità, e l'*istiḥsān*<sup>239</sup>, ovvero "ciò che è meglio", spesso tradotto con il termine "equità"<sup>240</sup>. Detti concetti sono dei chiavistelli che aprono le porte dell'interpretazione analogica e guidano lo sforzo ermeneutico (*ijtihād*). Essi sono infatti stati impiegati proprio per "adeguare il diritto, statico e immutabile per la sua connotazione religiosa, alle diverse esigenze"<sup>241</sup> delle parti coinvolte – comprese quelle contrattuali e commerciali.

L'*istiḥsān* – che tra i due termini è quello che più interessa in questo paragrafo – è stata spesso utilizzata per far prevalere la soluzione "migliore" (come suggerisce lo stesso etimo della parola, la cui radice è collegata all'idea di "meglio") su quelle, magari fondate più saldamente nei testi sacri, però meno adatte a normare la situazione considerata. In altre parole, proprio perché l'*istiḥsān* richiama un concetto che può essere declinato in

---

<sup>235</sup> Si ricorda infatti il versetto V, 3: "oggi ho completato per voi la vostra religione". Trad. Mandel, *Il Corano*, cit.

<sup>236</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 127.

<sup>237</sup> Castro, *Il modello islamico*, cit., pp. 22 e s.

<sup>238</sup> Per l'esame della posizione delle diverse scuole si v. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 64 ss.

<sup>239</sup> Sul ruolo dell'equità nell'interpretazione ed esecuzione del contratto si v. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 155 e 160.

<sup>240</sup> O "considerazione equitativa": si v. la traduzione italiana di Schacht, J., *Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, ediz. It. ad opera di Guazzotti, P., e Lanfranchi, E.: *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondaz. G. Agnelli, Torino, 1995, p. 224.

<sup>241</sup> Così Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 275.

senso soggettivo<sup>242</sup>, essa autorizza il giudice ad applicare il diritto secondo modalità operative che privilegiano la soluzione più temperata, che non sia eccessivamente rigorosa e tenga conto delle necessità della parte debole: insomma, più equa<sup>243</sup>.

Il metodo dell'*istiḥsān* è condiviso ed applicato da quasi tutte le scuole giuridiche, ad eccezione di quella scafeita, che lo rifiuta in quanto esso contribuirebbe a sostituire, al legislatore divino, l'opera dell'interprete<sup>244</sup>.

Un successo non minore ha incontrato il concetto in giurisprudenza. Ricorrendo alla nozione in esame, il giudice islamico era in grado di citare la regola da applicare per via analogica, per poi giustificare, tramite *istiḥsān*, la decisione secondo equità, al fine di conseguire la decisione che, legata o no alle fonti classiche, egli considerava più giusta nel caso di specie<sup>245</sup>.

Da questo punto di vista il principio di equità si intreccia con altri due istituti molto particolari del diritto islamico: la teoria della non restrizione o tolleranza (*'ibāha*, di cui si è già detto nel § 1) e l'abuso del diritto (su cui si v. *amplius* al § 4). Per quanto all'*'ibāha*, viene generalmente citato il passo coranico che spiega come Dio non imponga all'uomo pesi più gravosi di quanto l'essere umano possa sopportare. In codesto brano, Allah si comporta con equità, ed il suo comportamento è considerato come metro di paragone per i terreni negozi giuridici<sup>246</sup>. In questa prospettiva l'abuso del diritto rappresenta la deviazione più marcata rispetto alla direttiva di condotta equa, ed infatti proprio il principio di equità "si traduce anche nel negare

---

<sup>242</sup> Assai più di quanto avvenga con l'*istiḥsān*, che ha a che fare con l'interesse pubblico o *maṣlaḥa*: cfr. i rilievi di Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 64 ss. e Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 127.

<sup>243</sup> *Amplius*, Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 127.

<sup>244</sup> Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 275.

<sup>245</sup> Così riporta Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 275.

<sup>246</sup> Il versetto recita "Dio impone ad ogni anima secondo la di lei capacità: ad essa ciò che ha meritato, e contro di essa ciò che ha meritato. [...] 'Signore, non imporci ciò che non possiamo sopportare" (II, 286), ed anche: "a nessuno Noi imponiamo se un carico se non secondo la sua capacità", VII, 42. Peraltro, questi stessi versetti sono adoperati per giustificare la teoria della necessità.

ogni protezione alla cattiva fede"<sup>247</sup> che sorregga un atto che pure si avrebbe il diritto di compiere.

Così enucleato, il principio di equità – il quale, come si è visto, nasce nel diritto islamico attraverso un'intensa opera di coloritura etico-religiosa – influenza svariati aspetti delle dinamiche contrattuali. Esso infatti si declina lungo diverse dorsali del panorama contrattuale, come il divieto di danneggiare la controparte; l'esortazione a non attendere un formale sollecito prima di adempiere il debito, pagando piuttosto nel più breve tempo possibile; l'invito a sopportare temporaneamente un minor guadagno o una perdita, nel contratto, se la controparte è più debole; il suggerimento di andare incontro alle necessità dell'altro contraente qualora questi si trovi in stato di bisogno od anche solo di semplice difficoltà, per esempio acconsentendo alla risoluzione del contratto o ad una dilazione di pagamento<sup>248</sup>.

Come i giuristi islamici hanno sottolineato, il principio di equità, analogamente a quanto accade per la buona fede, non si traduce solo in una serie di divieti di comportamenti iniqui, ma esorta concretamente ad un comportamento positivo improntato a canoni solidaristico-assistenziali<sup>249</sup>.

Se questo è il quadro del diritto islamico, si tratta ora di vedere come il principio in questione è stato accolto dalle codificazioni contemporanee. Queste ultime si dividono tra quelle che accordano all'equità il rango di fonte del diritto e quelle che ne fanno un mero criterio interpretativo o un mezzo di integrazione del contratto<sup>250</sup>.

---

<sup>247</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 129.

<sup>248</sup> Gli esempi sono citati da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 131.

<sup>249</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 130 e ss.

<sup>250</sup> L'equità è infatti generalmente suddivisa a seconda della funzione svolta, in equità a) generale, dove essa è una fonte del diritto; b) interpretativa, utilizzato come criterio ermeneutico del diritto vigente; c) giudiziale, ossia criterio di giudizio, accanto o al posto del diritto positivo; d) integrativa, ossia completamento di particolari elementi di una fattispecie, o determinazione degli effetti della fattispecie medesima. Nella prospettiva comparatistica, Bussani, M., Fiorentini, F., *The Many Faces of Equity, A Comparative Survey of the European Civil Law Tradition*, in Carpi, D., ed., *The Concept of Equity – An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag, Winter, Heidelberg, 2007, pp. 101-134; Monticelli, N., *Equità ed equity a confronto: esperienze ordinamentali di civil law e common law a confronto*, in *Giustizia Civile*, 2003, II, pp. 549 e ss.

Entro il primo gruppo, esemplificativo è il caso del codice civile egiziano, che all'art. 1 menziona l'equità come fonte del diritto, subito dopo la legge, gli usi e la *sharī'a*. Una posizione analoga è accordata all'equità nei codici civili algerino e giordano<sup>251</sup>.

Fra le codificazioni che non assegnano all'equità un posto a sé nella gerarchia delle fonti, va citato anzitutto il c.o.c. libanese, il quale annovera l'equità tra le fonti di interpretazione dei contratti, e ne fa un criterio-guida (assieme alla buona fede ed alla conformità agli usi) dell'esecuzione degli accordi<sup>252</sup>. Anche il c.o.c. tunisino<sup>253</sup> e quello marocchino<sup>254</sup> adoperano l'equità come criterio interpretativo, statuendo che "l'interpretazione, in caso di necessità, deve tendere a mitigare la portata della legge e mai ad aggravarla"<sup>255</sup>.

Per quanto alcuni autori<sup>256</sup> abbiano evidenziato come l'equità tenda a farsi evanescente nei codici contemporanei, l'analisi appena svolta permette di concludere che l'equità non solo è sempre più presente nel tessuto positivo dei paesi arabi, secondo un processo tutt'altro che sconosciuto nei paesi occidentali<sup>257</sup>, ma pure offre al formante giurisprudenziale e agli operatori del diritto uno strumento per piegare le regole normative alle necessità di volta in volta messe sul piatto dalla fattispecie concreta. Peraltro, il concetto di equità

---

<sup>251</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 132.

<sup>252</sup> Art. 221 c.o.c. libanese, come riportato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 132.

<sup>253</sup> Art. 556 c.o.c. tunisino, che recepisce il c.d. principio del male minore, secondo cui, allorché la scelta deve giocoforza ricadere su due ipotesi che presentano entrambe degli svantaggi, si sceglierà l'alternativa che presenta lo svantaggio minore: si v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 133, la quale cita tale principio come una manifestazione del concetto di equità.

<sup>254</sup> Si v. art. 473 c.o.c. marocchino, che, come l'art. 529 del c.o.c. tunisino, assegna all'equità un ruolo che si intreccia con il principio di necessità (*ḍarūra*): quest'ultimo "serve a rendere lecito ciò che in circostanze normali sarebbe vietato" (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 133) ed è definito come causa di esonero da un obbligo o da un dovere (Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 221).

<sup>255</sup> Art. 541 c.o.c. tunisino, nella traduzione di Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 133, da cui sono presi gli esempi.

<sup>256</sup> Cfr. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 132: le codificazioni contemporanee "non sempre formalizzano il principio di equità", per quanto si possano "rinvenire tuttavia una serie di norme che più o meno si riferiscono a tale principio".

<sup>257</sup> V. i necessari riferimenti in Bussani, Fiorentini, *The Many Faces of Equity*, cit., p. 114.

va positivizzandosi sempre più, secondo un processo tutt'altro che sconosciuto anche ai paesi occidentali<sup>258</sup>.

### III. Segue: buona fede

Il Corano, come si è visto per altri concetti attinenti alla sfera contrattuale, promuove la lealtà nelle transazioni, esortando i credenti a praticare i commerci secondo buona fede: "fate piena misura quando misurate, e pesate con bilancia precisa. E' il meglio, e il risultato sarà migliore"<sup>259</sup>.

Pure la Sunna contiene numerose previsioni in tal senso. Tra queste, si ricorda quella che, confrontandosi con l'economia del tempo, basata su una scarsa agricoltura, sul commercio e sui traffici fiorenti lungo le rotte carovaniere<sup>260</sup>, così dispone: "non esimerti dal mungere i cammelli o le pecore, in modo che il loro latte appaia più abbondante all'acquirente"<sup>261</sup>. Oppure: "colui che vende un oggetto che ha un difetto senza dichiararlo, sarà sempre in odio a Dio e gli angeli non cesseranno di maledirlo"<sup>262</sup>. O ancora: "il Messaggero di Dio passò con la mano un mucchio di vivande. La sua mano scese in profondità e le sue dita incontrarono dell'umidità. Disse: 'cos'è questo, o proprietario dei viveri?' e quello rispose 'lo ha colpito la pioggia, o Messaggero di Dio'. Riprese: 'perché non lo poni in cima alle

---

<sup>258</sup> Infatti, con l'avvento del giuspositivismo, "law legitimacy tended to overlap with a national, political power regarded as the source itself of codification. Consequently, 'law' tended to be confused with the 'positive law' [...]. Legal positivism was driven by the dream of rendering the legal order into a complete, autonomous and self-sufficient system of positive rules. From this perspective, equity as a gap-filling conveyor of meta-positive elements, of ethics, morals, fairness, equity as the predominance of the jurist over the legal text, had to be greatly restricted". Così Bussani, Fiorentini, *The Many Faces of Equity*, cit., p. 114.

<sup>259</sup> Sura XVII, 35. Traduz. Mandel, *Il Corano*, cit.

<sup>260</sup> E' stato osservato che si possono enucleare tre tappe significative nella storia del commercio arabo: nella prima, dal VII al X secolo, si sono formate le strutture giuridiche essenziali, in concomitanza con la fioritura del commercio con l'Estremo Oriente e lungo la via della seta; nella seconda, dall'XI al XIII secolo, i traffici si volgono nuovamente ad occidente, prediligendo la Spagna e la Sicilia; infine, nella terza (dal XIV al XVI secolo), si intensificano gli scambi con l'Europa continentale (si v. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., p. 265).

<sup>261</sup> Sunna citata da Vogel F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (Contracts)-7, p. 14.

<sup>262</sup> Come riportato da Santillana, D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, con riguardo anche al sistema sciafiita, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, p. 84 e Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 141.

vivande, così la gente lo può vedere? Colui che inganna non è dei nostri”<sup>263</sup>. Altri *ḥadīth* si pongono su un piano più generale, come quelli che recitano: “non è cosa conveniente alla dignità virile lucrare a spese dei fratelli” e “il mercante probo e leale sarà coi Profeti e coi giusti in Paradiso”<sup>264</sup>.

Questo concetto di buona fede si avvicina alla concezione romanistica<sup>265</sup>, poiché esso, come in quella, consiste nella “convinzione ragionevole, seria, anche se fondata su uno scusabile errore di fatto, di far cosa legittima”<sup>266</sup>. Nel diritto islamico, la buona fede è presunta, in base al principio più generale per cui si presume che un certo stato di fatto, presente in un determinato momento, continui a perdurare<sup>267</sup>.

La regola appena citata è seguita anche dai codici contemporanei, i quali, oltre a riprendere la definizione offerta dalla *sharī'a*, confermano il sistema di presunzioni appena visto. Per esemplificare: sia il c.o.c. tunisino (art. 558) che il c.o.c. marocchino (art. 477) dispongono che “la buona fede si presume sempre, fino a quando non sia dimostrato il contrario”.

Sulla scia del diritto islamico, molti codici contemporanei prevedono inoltre che la buona fede sia la stella polare sulla cui orbita si muovono i contratti. Ad esempio, i codici delle obbligazioni e dei contratti tunisino e marocchino stabiliscono espressamente che “ogni obbligazione deve essere eseguita secondo buona fede, ed obbliga [le parti] non solo a quanto da

---

<sup>263</sup> Fatto del Profeta citato da Vogel, *Contract Law of Islami and the Arab Middle East*, cit., p. 14.

<sup>264</sup> Detti del Profeta citati da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 141 e Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 84.

<sup>265</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 140. Sul dibattito tra coloro che sostengono la derivazione del diritto islamico da quello romano e quanti ne affermano invece l'autonoma origine si v. Donini, *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, cit., pp. 266 e ss. che acutamente ricorda come sia “indiscutibile che nelle sue fasi iniziali il diritto islamico abbia effettivamente islamizzato elementi estranei, soprattutto per quanto riguarda il diritto romano e bizantino, ma è altrettanto indubbio che il diritto islamico, a sua volta, abbia anche influenzato questi diritti e che i giuristi islamici medievali abbiano contribuito non poco allo sviluppo della *lex mercatoria*” (ivi, p. 268). Si v. anche D'Emilia, A., *Diritto romano e diritto musulmano*, in *Scritti di diritto islamico*, IPO, Roma, 1976, pp. 181-192, Id., *Roman Law and Muslim Law. A Comparative Outline*, in EW, 5, 1953, pp. 3-10, Nallino, C.A., *Considerazioni sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Raccolta di scritti editi e inediti* (cur. Nallino, M.), IPO, Roma, 1942, pp. 85 ss., e Santillana, D., *Il libro di diritto di Zayd b. 'Ali e il sistema zaydita*, in *Rivista di Studi Orientali*, VIII, 1920, pp. 773 ss.

<sup>266</sup> Secondo la definizione riportata in Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 344.

<sup>267</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 141.

essa previsto ma pure alle conseguenze che la legge, gli usi o l'equità fanno discendere dalla natura dell'obbligazione" (art. 243 c.o.c. tunisino e art. 231 c.o.c. marocchino; sulle medesime linee, ma con qualche modifica, si pone anche l'art. 148 c.c. egiziano)<sup>268</sup>.

In altri paesi, invece, la buona fede funge da criterio ausiliario ai fini dell'interpretazione del contratto, oltre che da principio informatore dell'esecuzione dell'obbligazione, come è, ad esempio, in Libano (art. 221 c.o.c.)<sup>269</sup>.

Insomma, tanto il diritto islamico quanto i codici contemporanei conoscono un concetto di buona fede che costituisce, come negli ordinamenti continentali di derivazione romanistica, una valvola di chiusura del sistema. La forte radice etica e religiosa della nozione facilita il suo impiego da parte degli interpreti come correttivo di norme la cui applicazione a certe fattispecie rischierebbe di condurre a risultati insoddisfacenti.

Buona fede ed equità si applicano all'intero settore contrattuale, ma hanno le loro ricadute più evidenti su due istituti in particolare: la mora del debitore e l'abuso del diritto.

#### **IV. Segue: abuso del diritto**

Il tema oggetto del presente paragrafo offre uno spunto notevole per indagare lo sviluppo del diritto islamico ed il modo di operare dei formanti che, a quello sviluppo, maggiormente hanno contribuito.

Un primo dato da evidenziare concerne la circostanza che il concetto di abuso del diritto, anziché essere frutto dell'ispirazione da modelli stranieri – e segnatamente da quello francese, che si è visto (cap 2 par. III) essere il

---

<sup>268</sup> Esempi citati in Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 141 e s.

<sup>269</sup> Sin qui si è parlato di buona fede in senso oggettivo. Per completezza va precisato che nei codici contemporanei vi è spazio pure per quella che, secondo la terminologia italiana, è definita buona fede in senso soggettivo, ossia la buona fede imputabile, nella dizione dell'art. 1147 c.c., a chi "ignora di ledere l'altrui diritto". Anche nei codici arabi la buona fede soggettiva entra in gioco riguardo al possesso ed alle presunzioni ad esso relative: ad esempio, gli artt. 488-491 del c.o.c. tunisino tutelano il possessore di buona fede e pongono delle presunzioni incentrate sul tema del possesso.



modello più seguito nell'area che qui interessa –, è nozione giunta nel diritto dei paesi arabi direttamente dal sistema islamico tradizionale.

Detta origine risuona chiaramente nelle codificazioni contemporanee dei paesi arabi. La relazione esplicativa di accompagnamento al codice civile egiziano<sup>270</sup> annovera l'abuso del diritto tra gli istituti che il codice ha accolto mutuandoli dal diritto islamico, e che costituivano argomento di prova del fatto che la *sharī'a* figurava tra le fonti del codice stesso<sup>271</sup>.

Analogo ragionamento si rinviene nella relazione che accompagna il codice civile giordano, e che pone in evidenza come il concetto di abuso del diritto, incorporato nella codificazione stessa (nell'art. XXX), fosse presente nel diritto islamico molto prima di essere verbalizzato nei codici civili del continente europeo<sup>272</sup>.

Riferimenti dello stesso tenore si trovano nella relazione al codice civile kuwaitiano, che pone in luce le radici dell'istituto, non sconosciuto al diritto di quel paese, le quali affondano nella Majalla (art. 91) e, prima ancora, nella precedente giurisprudenza islamica<sup>273</sup>.

Risalendo verso l'apice della piramide gerarchica delle fonti del diritto islamico, si può ricordare che la prescrizione circa l'abuso del diritto è ricollegata direttamente al Corano, attraverso l'enfasi posta su alcuni principi basilari, ossia lo spirito di carità, la necessità, la ricerca del giusto mezzo e il divieto di porre in essere azioni dalle quali possa conseguire un male maggiore del bene<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> L'opera di esplicazione redatta da Al-Sanhūrī è considerata quasi una fonte del diritto (come precisato da Castro, *Il modello islamico*, cit.), e ad essa si rimanda, *Al-Wasit*, Il Cairo, vol. 1 (1952), p. 47.

<sup>271</sup> Così riporta Al-Qasem, A., *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39 (n. 2, 1990), p. 396.

<sup>272</sup> Come si legge in *The Explanatory Memorandum of the Jordanian Civil Code*, vol. I, Amman, 1976, p. 81.

<sup>273</sup> *The Explanatory Memorandum of the Kuwaiti Civil Code*, Kuwait, 1980, p. 24, e Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., pp. 396 e s.

<sup>274</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 130, Shouaib, M., *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit* in *Revue juridique et politique*, 2(2002), pp. 245 e ss.; Chehata C., *La théorie de l'abus des droits chez les juristes musulmans* in *Revue internationale de droit comparé*, IV, 2, 1952, pp. 217 e ss.; Fathy, M., *La doctrine musulmane de l'abus des droits*, Lione, 1903.

La maggior parte dei giuristi<sup>275</sup> quindi concordava sul fatto che, dall'esercizio di un diritto, poteva derivare un danno, e che pertanto pure un atto di per sé legittimo poteva divenire, per chi esercitava il diritto corrispondente, fonte di responsabilità nei confronti del danneggiato<sup>276</sup>. La teoria in discorso vale cioè a “rende[re] illecito un atto che altrimenti, in circostanze normali, sarebbe lecito”<sup>277</sup>.

In una prospettiva particolarmente pragmatica del diritto<sup>278</sup>, la *sharī'a* ha inteso proibire che, sotto la protezione formale di una prerogativa riconosciuta dall'ordinamento, si potesse porre in essere una condotta intenzionalmente lesiva di un terzo, e giustificare il danno risultante mediante l'alibi dell'esercizio del diritto<sup>279</sup>. Al fine di giungere a questa conclusione, i giuristi islamici hanno fatto ricorso al meccanismo interpretativo di *istiḥsān*, ossia della discrezionalità orientata dalla preoccupazione per “ciò che è meglio” (si v. *supra*, § II), al fine di evitare soluzioni chiaramente contrassegnate dalla mancanza di equità, e quindi ingiuste<sup>280</sup>.

Tale criterio ermeneutico ha illuminato non solo i giuristi islamici, ma pure gli interpreti contemporanei che si sono occupati dell'istituto in analisi. Così, tra gli altri, si può ricordare l'esempio del giudice della Corte d'Appello egiziana, Hussein Amer, il quale, in occasione di una sentenza rimasta celebre, con una digressione storica, è giunto ad enfatizzare e promuovere l'impiego del divieto di abuso del diritto sulla base del fatto che – sostiene il giudice – il diritto islamico restringe, a vantaggio della società, l'esercizio di alcuni diritti che appartengono agli individui, a differenza di quelli che

---

<sup>275</sup> Sul punto si era aperto un dibattito: da un lato, alcuni sostenevano che i diritti non potevano che essere assoluti e, pertanto, il loro esercizio non potesse essere soggetto ad alcuna limitazione, nonostante che da esso potesse derivare un danno per altri soggetti. Per altri, invece (e questa è l'opinione che ha infine prevalso), anche un atto di per sé legittimo, commesso con l'intento di cagionare un danno, può essere vietato. Così Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 397.

<sup>276</sup> Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 397.

<sup>277</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 130.

<sup>278</sup> Così si esprime Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 397.

<sup>279</sup> Shouaib, M., *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit* in *Revue juridique et politique*, 2(2002), pp. 245 e ss.

<sup>280</sup> Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 398.

appartengono a Dio, i quali non sono suscettibili di limitazione. La ragione di tale limitazione, secondo Amer, sta proprio nel dovere di evitare un danno ad altri soggetti<sup>281</sup>.

La Majalla, essendo una delle prime codificazioni dell'area in questione, è anche il primo significativo esempio di come l'abuso del diritto sia stato regolato. Peraltro, il concetto trova applicazione specialmente in materia di proprietà (in tema di immissioni ed atti emulativi<sup>282</sup>), di patria potestà e di ripudio<sup>283</sup>. Tuttavia, dall'emanazione del codice, la giurisprudenza e la dottrina ottomana si sono sempre adoperate al fine di estendere l'applicazione dell'abuso del diritto anche all'area contrattuale, estensione giustificata dalla sua menzione fra i principi generali del diritto. E' proprio in virtù del divieto in questione che, ad esempio, l'obbligo di tenere un comportamento conforme alla buona fede in ambito obbligatorio veniva allargato anche alla fase delle trattative precontrattuali<sup>284</sup>.

Seguendo questa interpretazione, i moderni codici arabi hanno codificato il principio non solo in ambito proprietario, ma pure contrattuale.

---

<sup>281</sup> Il contenuto della decisione è citato da Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 397.

<sup>282</sup> Ad esempio, costituiscono applicazioni dell'abuso del diritto, in materia di immissioni, il caso in cui vicino ad un'abitazione venga costruita una fonderia e le attività colà svolte indeboliscano la struttura della casa, oppure il caso in cui un panificio inizia ad operare vicino ad una abitazione civile e gli odori da esso derivanti provocano disagio agli inquilini della casa stessa (art. 1200 della Majalla, cit. da Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 399). In materia di atti emulativi, si ricorda il caso in cui, essendo vietato aprire vedute che affacciano nel giardino del vicino dove le donne abbiano libero accesso, venga aperta una luce ad un'altezza maggiore di quella della testa di un uomo. Tale apertura non è illegittima e non può essere richiesta la sua rimozione (art. 1202 Majalla, cit. in al-Qasem, *ibidem*).

<sup>283</sup> Nell'ipotesi in cui, essendo richiesto il consenso del padre per le nozze della figlia, questi rifiuti il suo assenso senza alcuna giustificazione, la nubenda potrà adire il giudice affinché costui pronunci il consenso in luogo del padre (Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 400). La figura dell'abuso del diritto conosce applicazioni operative anche in tema di ripudio, sebbene l'istituto, per il diritto islamico, costituisca un diritto esclusivo del marito. Se difatti l'uomo ne abusa, la moglie può chiedere la liquidazione del danno. Tale principio è stato perfino seguito in una decisione giordana degli anni Settanta, in cui, essendosi il marito cristiano di una donna cristiana convertito all'Islam, ed avendo egli subito dopo ripudiato la moglie, quest'ultima ha ottenuto il riconoscimento del danno sofferto e la relativa liquidazione (ma non la restaurazione del vincolo coniugale), poiché la Corte ha giudicato che il ripudio fosse stato illegittimamente esercitato, in combinazione con il cambio di religione, visto che la confessione cui apparteneva il marito non consentiva il divorzio né il ripudio (Cass. Civ., n. 196/1974, cit. in Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 400).

<sup>284</sup> Come specificato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 130.

Illustrazione di quanto appena asserito si rinviene nel codice egiziano, il quale, dopo aver previsto che colui il quale esercita legittimamente un diritto non può essere ritenuto responsabile dei danni che ne possano conseguire (art. 4), specifica che l'esercizio di un diritto si considera abusivo quando a) l'unica intenzione dell'autore del gesto è di arrecare danno; b) sussiste una sproporzione tra l'interesse che ci si prefigge di soddisfare e il danno conseguentemente cagionato ad un altro soggetto; c) l'interesse che si vuole soddisfare è illegale (art. 4 c.c.).

Sebbene tali previsioni siano collocate nella parte iniziale del codice, dedicata alle disposizioni generali, la relazione sui lavori preparatori spiega che il principio trova applicazione privilegiata in materia di obbligazioni, nel settore commerciale e nel processo<sup>285</sup>. Nella visione dei compilatori del codice egiziano, la necessità di una sanzione per l'impiego abusivo del diritto si connette ad una rivisitazione più generale dell'idea del diritto in sé considerato, rivisitazione che porta i codificatori da una nozione di diritto spiccatamente individualistica – come è quella riconosciuta dalla tradizione romanistica e consacrata dalla Rivoluzione Francese – ad un'idea che “enfattizza la funzione sociale” attribuita alle facoltà individuali assicurate dall'ordinamento<sup>286</sup>.

Molti codici dell'area sono influenzati dalle scelte del modello egiziano in tema di abuso del diritto. Così, ad esempio, i codici algerino (art. 41 c.o.c.), libico (artt. 4 e 5 c.c.), libanese (art. 124 c.o.c.) e siriano (artt. 5 e 6 c.c.) riproducono fedelmente le disposizioni sopra illustrate<sup>287</sup>.

Anche il c.o.c. tunisino (art. 103) e quello marocchino (art. 94) riprendono la regola suddetta, specificando entrambi che, “se l'esercizio di tale diritto causa un danno considerevole a terzi e il danno non può essere evitato o eliminato senza inconveniente grave per l'avente diritto, si configura

---

<sup>285</sup> *Preliminary Works of the Egyptian Civil Code*, I, Il Cairo, 1948, p. 202. Si v. anche Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 403.

<sup>286</sup> Così si legge nei *Preliminary Works of the Egyptian Civil Code*, Cairo, 1948, I, p. 202, nella traduzione inglese di Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 403.

<sup>287</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 130 e Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 401 e ss.

una responsabilità civile se non è stato fatto quanto necessario per prevenire il danno o farlo cessare" (ivi).

Si discosta dal calco egiziano il codice iracheno, il quale si confronta invece con un'altra corrente della dottrina islamica, secondo la quale la circostanza che un diritto sia riconosciuto dalla legge esclude che esso sia fonte di responsabilità<sup>288</sup>.

Tale massima era stata recepita, in precedenza, anche dalla *Majalla* (art. 91), la quale faceva riferimento a quella frangia dottrinale che non riteneva possibile che dall'esercizio di un diritto potesse derivare un danno<sup>289</sup>.

Il codice iracheno, quindi, così dispone: "colui che esercita il proprio diritto in modo conforme alla legge non sarà ritenuto responsabile del danno da esso derivante" (art. 6). Peraltro, già l'art. 7 esplicita che "colui che esercita illegittimamente il proprio diritto sarà tenuto a corrispondere un'indennità". Segue poi l'illustrazione del significato di "illegittimamente", che si mostra sostanzialmente conforme a quanto previsto dal già citato art. 5 del c.c. egiziano.

Il codice civile giordano segue il modello iracheno, aggiungendo, tra i casi che rendono abusivo l'esercizio del diritto, l'ipotesi in cui tale esercizio sia contrario agli usi e alle consuetudini (art. 66). Sulla scia del legislatore giordano, il codice degli Emirati Arabi ricalca il medesimo dettato normativo (art. 104).

Analogamente, il codice yemenita espone la regola generale già vista per il caso iracheno (art. 19) e poi specifica che "qualora l'esercizio non sia conforme alla legge o agli usi, [colui che l'ha posto in essere] sarà responsabile del danno nascente dall'esercizio illegittimo del diritto" (art. 19 c.c.).

Infine, il codice civile kuwaitiano va menzionato perché include nella formulazione della norma il riferimento alla base teorica dell'istituto<sup>290</sup>:

---

<sup>288</sup> La massima viene felicemente tradotta in inglese con "legal permissibility negates liability": Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 401.

<sup>289</sup> Ad esempio Chehata, C., *La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans* in *Revue internationale de droit comparé*, IV, 2, 1952, pp. 217 e ss. cita Abū Ḥanifa e Al-Shaff'i.

<sup>290</sup> Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 402.

“l'esercizio di un diritto è illegittimo qualora colui che lo esercita abbia deviato dallo scopo o dalla funzione sociale del predetto diritto” (art. 20 c.c.). A tale enunciato di carattere generale seguono le previsioni già citate anche dal c.c. egiziano, oltre al caso in cui dall'esercizio del diritto “consegua un danno serio ed inconsueto ad un'altro soggetto” (art. 20 c.c.)<sup>291</sup>.

Come si può arguire, per quanto la formulazione degli articoli differisca leggermente, la sostanza non cambia. Tutti i paesi analizzati sostanzialmente condividono l'estensione dell'ambito di applicazione oggettivo del principio, che si estende dal diritto delle obbligazioni ai diritti reali allo statuto personale, e finanche, in alcune ipotesi, al diritto commerciale<sup>292</sup>.

Tutti i codici pongono una regola generale (che riprende la massima islamica secondo cui, nella traduzione inglese, “legal permissibility negates liability”), salvo poi introdurre eccezioni che rappresentano altrettanti casi di esercizio abusivo del diritto. Alla luce di una simile struttura appare chiaro che l'onere della prova grava su chi allega il danno<sup>293</sup>. Le eccezioni codificate, peraltro, sono considerate dalla giurisprudenza e dalla dottrina dei diversi paesi come un elenco non esaustivo ma meramente esemplificativo delle fattispecie rilevanti ai fini dell'esercizio abusivo del diritto<sup>294</sup>. Per tale via, l'applicazione dell'istituto è destinata ad essere forgiata ed eventualmente estesa dalle esigenze del commercio e della prassi<sup>295</sup>.

---

<sup>291</sup> Il codice civile kuwaitiano offre, in questi termini, un'evoluzione del concetto di abuso del diritto. Peraltro, anche la prima versione del c.c. egiziano si discostava da quanto già illustrato, poiché inizialmente esso recitava “l'esercizio di un diritto è illegittimo qualora ecceda i limiti richiesti dalla buona fede o dallo scopo per cui il diritto è stato riconosciuto” (già art. 8). Tuttavia la previsione fu espunta dalla versione finale, perché ritenuta troppo vaga. Il reintegro della stessa nella compilazione kuwaitiana (chiara è infatti la simmetria a proposito dello scopo del diritto) avvenne anche grazie all'opera del giurista Al-Sanhūrī, che fu tra i compilatori del c.c. egiziano (datato 1948) e che, “all'epoca della redazione del codice civile kuwaitiano (1980), lavorò in qualità di consulente del progetto” (così Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 402).

<sup>292</sup> Basti citare la relazione esplicativa del codice giordano, che concorda con il legislatore egiziano sull'ampiezza dell'applicazione del principio Si v. *Explanatory Memorandum of the Jordanian Civil Code*, Amman, 1976, I, p. 82, che specifica come il divieto di abuso del diritto interessi tanto i diritti nascenti da obbligazioni, quanto il diritto commerciale, lo statuto personale, i diritti reali, fino ad abbracciare pure il diritto processuale e il diritto pubblico.

<sup>293</sup> Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 405.

<sup>294</sup> Alcuni codici, come quello kuwaitiano, espressamente precisano che i casi previsti sono citati a mero titolo esemplificativo.

<sup>295</sup> Infatti, “there is general agreement, based on judicial precedents and writing of jurists, that the cases listed in the codes are only examples and not exhaustive. Judicial discretion is thus

In conclusione, si può osservare la particolarità dell'istituto, di cui si dava conto in apertura di paragrafo: l'abuso del diritto è stato mutuato direttamente dalla *sharī'a*, attraverso un costante confronto con la tradizione dottrinale islamica. L'istituto, inoltre, rappresenta uno degli esempi più spiccati di uniformazione giuridica entro i sistemi considerati, uniformazione che si è potuta attuare o mediante la circolazione del modello egiziano, o per l'influenza che, sui legislatori nazionali, ha avuto l'apporto scolare di quegli stessi giuristi (Al-Sanhūrī su tutti) che furono chiamati a svolgere l'opera di compilazione – o consulenza alla redazione – dei codici dei vari paesi (ad es., nel caso di Al-Sanhūrī, Iraq e Kuwait)<sup>296</sup>.

## V. Segue: interpretazione

A presidio ed orientamento dell'attività ermeneutica, i legislatori arabi pongono una serie di norme, nei rispettivi codici, che seguono linee non troppo diverse da quelle che sono familiari all'interprete occidentale.

Anche sul punto, l'attenzione al fenomeno interpretativo non può certo ascrivarsi al solo trapianto dei modelli occidentali. Numerose sono difatti le indicazioni al riguardo pure nel diritto sciariatico.

Anzitutto, nel Corano si può leggere “Dio non vi punirà per una leggerezza nei vostri giuramenti, ma per il contenuto dei vostri giuramenti” (V, 89)<sup>297</sup>. La necessità di guardare alla *mens* dei contraenti è confermata dalla Sunna, in quanto un *ḥadīth* riporta “gli atti sono secondo le intenzioni”<sup>298</sup>.

Effettivamente, le prime due fonti del diritto islamico paiono rinvenire il criterio principe di governo dell'interpretazione contrattuale in quello soggettivo, che mira ad indagare l'intenzione effettiva dei contraenti.

---

maintained to apply the concept to the facts as adduced by the court. In that manner the flexibility of application is retained to evolve with the evolution of society's attitude to the exercise of any specific right” (Al-Qasem, *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, cit., p. 405).

<sup>296</sup> Sul singolare fenomeno dell'imitazione trasversale ai formanti dei vari sistemi si v. Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, V ediz., 2003, pp. 137 e s.

<sup>297</sup> Mandel, *Il Corano*, cit. Un'altra traduzione recita: “vi riprenderà per ciò che avranno inteso fare i vostri cuori” (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 148).

<sup>298</sup> Detto del Profeta citato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 148 e da Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano*, cit., p. 22.

Ma questo criterio è destinato ad operare unicamente in presenza di un dubbio sul contenuto di una clausola contrattuale. Anche la regola generale enunciata da diversi codici è in sintonia con quel principio che la dottrina continentale suole riassumere nel brocardo *in claris non fit interpretatio*<sup>299</sup>. Infatti, secondo gli artt. 513 del c.o.c. tunisino, 461 del c.o.c. marocchino, e 150 del c.c. egiziano si prescinde dall'indagine sulla volontà delle parti allorché i termini dell'accordo siano chiari. .

Tale regola è recepita pure dall'art. 150 cpv. del c.c. egiziano, secondo cui il ricorso ai criteri ermeneutici è possibile solo qualora il dettato contrattuale dia àdito a dubbi<sup>300</sup>. Il codice siriano sul punto specifica che, nel caso in cui la lettera del contratto sia chiara, il giudice non può discostarsene col pretesto di perseguire la volontà delle parti<sup>301</sup>.

Il c.o.c. tunisino (art. 515) e il gemello c.o.c. marocchino (art. 462), dopo aver enunciato la regola appena illustrata, elencano espressamente i casi in cui può farsi luogo ad interpretazione, ovvero allorché a) i termini impiegati non siano conciliabili con lo scopo perseguito nella stipulazione dell'atto; b) gli stessi termini non siano chiari, o esprimano la volontà del dichiarante in maniera incompleta; e c) quando l'incertezza risultante dal confronto di diverse clausole dell'atto fa nascere dubbi sulla portata delle clausole stesse.

---

<sup>299</sup> Come precisato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 148.

<sup>300</sup> E' stato osservato che questo è uno dei casi in cui il codice egiziano "si discosta dal modello francese, che preferisce una tendenza soggettivista diretta a indagare la reale volontà delle parti (cfr. art. 1156 code civil)" (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 149). Sulle problematiche dell'interpretazione nel diritto egiziano si v. anche Chehata, C., *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau code civil égyptien*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, vol. 6, n° 2, pp. 241-249. Inoltre, merita segnalare come, secondo il suo stesso principale redattore Al-Sanhūrī, il codice egiziano è caratterizzato da una scelta "oggettivista", che si colloca a metà strada tra il diritto islamico e quello germanico, che opta per accordare massima rilevanza alla volontà dichiarata. Si v. Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 269.

<sup>301</sup> Peraltro, criticamente sul punto Al-Sanhūrī osserva che, "with regard to Islamic law, although intent is the prevailing rule, i.e. the real will of the contracting parties, jurists often stop at the apparent meaning of the words used by the parties, and do not reach beyond to get the hidden meaning expressing the intention. In our opinion, it is not a matter of sticking to any given word, but rather about apparent will prevailing over real will" (Al-Sanhūrī, *Al Wasīf*, cit., p. 181, nella traduzione di Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, p. 269).



In questi casi secondo i codici marocchino e tunisino, e in presenza di profili di incertezza secondo gli altri codici, si può fare ricorso ai criteri interpretativi.

Tra questi, come annunciato, i legislatori arabi prediligono l'aderenza all'impostazione propria alle fonti islamiche (che su questo aspetto è in armonia col modello francese, ossia) il metodo che mira a dare esecuzione alla effettiva volontà delle parti. Sul punto si possono ricordare gli artt. 515 del c.o.c. marocchino e 462 del c.o.c. tunisino, insieme all'art. 366 c.o.c. libanese ("il giudice deve ricercare la comune intenzione delle parti") ed all'art. 150 del c.c. egiziano.

Canone ermeneutico strettamente connesso a quello che precede è il principio del c.d. *favor contractus*: l'applicazione privilegiata di detto criterio riguarda anzitutto l'ipotesi in cui il contenuto del contratto sia in contrasto con la denominazione datane dalle parti, nel qual caso prevale la sostanza sul *nomen iuris*<sup>302</sup>.

Ulteriore applicazione del *favor contractus* risiede nel principio di conservazione delle clausole, per cui sarà preferita l'interpretazione che consente al giudice di preservare una certa disposizione rispetto alla lettura che lo costringerebbe a dichiararne l'invalidità. Così, "se un'espressione o una clausola è suscettibile di essere interpretata in due sensi, la si deve intendere nel senso in cui essa può avere qualche effetto, anziché in quello secondo cui non ne avrebbe alcuno" (artt. 465 c.o.c. marocchino e 518 c.o.c. tunisino). Il codice libanese riproduce, con minime difformità terminologiche, lo stesso concetto, aggiungendo però che deve essere preferita l'interpretazione che meglio si adatta allo scopo e allo spirito del contratto e che permette al contratto la produzione di effetti (art. 367 c.o.c.)<sup>303</sup>.

Ancora, i codici arabi impiegano il criterio secondo il quale "le clausole devono essere interpretate le une per le altre e dando a ciascuna il senso che risulta dall'intero atto; qualora le clausole non siano tra loro conciliabili, sarà

---

<sup>302</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 148; si v. anche Chehata, C., *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, Parigi, 1969, p. 138.

<sup>303</sup> In generale, su tutti questi criteri, si v. anche Linant De Bellefonds, Y., *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1958, vol. 10, n° 3, pp. 510-521.

preferita l'ultima in ordine di scrittura" (art. 518 c.o.c. tunisino, sul quale si modellano anche gli artt. 464 c.o.c. marocchino e 368 c.o.c. libanese)<sup>304</sup>.

Ulteriori regole prevedono l'interpretazione dei termini secondo il significato proprio o l'accezione seguita nel luogo in cui il contratto è concluso (es. artt. 519 c.o.c. tunisino e 466 c.o.c. marocchino); disciplinano le ipotesi in cui nelle clausole siano previsti dei numeri (e allora la scrittura in lettere prevale su quella in cifre: artt. 527-528 c.o.c. tunisino e 471-472 marocchino)<sup>305</sup>; e, infine, prevedono che, allorché si faccia riferimento ad un bene indivisibile, la menzione di una parte equivalga alla menzione del tutto (art. 525 c.o.c. tunisino)<sup>306</sup>.

Infine, occorre dar conto delle interpretazioni secondo buona fede ed equità, le quali appaiono tanto più interessanti quando si considera il ruolo centrale da esse svolto nel diritto islamico delle obbligazioni, ruolo che influenza non solo la fase precontrattuale, di stipulazione e dell'esecuzione del contratto, ma pure gli aspetti concernenti l'esegesi ermeneutica dell'*'aqd*<sup>307</sup>.

La buona fede è, dunque, un altro dei dettami che il giudice deve seguire nel chiarire i dubbi che si presentano in una statuizione contrattuale, come dispongono, tra gli altri, l'art. 150 del c.c. egiziano<sup>308</sup> e l'art. 477 c.o.c. marocchino. Il riferimento alla buona fede è condiviso anche dai codici siriano (artt. 151 e s.), iracheno (artt. 155 e ss.), giordano (art. 239 e s.) e tunisino, il quale precisa che, quando dall'interpretazione di una clausola deriva un significato irragionevole e contrario alla legge, la disposizione si

---

<sup>304</sup> Esempi citati in Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 148 e ss., che ivi opera anche un'interessante comparazione con i principi UNIDROIT in materia di interpretazione.

<sup>305</sup> Le illustrazioni di cui al testo si leggono in Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 154.

<sup>306</sup> Tale norma affronta la problematica della *sineddoche* nel linguaggio giuridico, che può essere di difficile soluzione in mancanza di regole *ad hoc* o di dottrina e giurisprudenza unanimi: su analoghe tematiche in diritto francese si v. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 33 e s.; Monateri, P.G., *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1984.

<sup>307</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 148.

<sup>308</sup> Si v. Chehata, *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau code civil égyptien*, cit., pp. 241 e ss.

considera come non apposta e ciò “in virtù del più generale principio di equità e buona fede”<sup>309</sup>.

L'applicazione di quest'ultimo canone si spinge fino a predisporre un criterio ermeneutico che impone l'interpretazione a favore del debitore e contro il creditore (es. artt. 529 c.o.c. tunisino, 473 c.o.c. marocchino, 369 c.o.c. libanese). Tali previsioni, sebbene non equivalgano nella forma ad una interpretazione *contra proferentem*, “sostanzialmente comporta[no] gli stessi effetti”<sup>310</sup>.

Anche in questo caso si è potuto confermare come il diritto islamico rappresenti una delle fonti da cui i legislatori contemporanei attingono per le soluzioni normative, o con la quale comunque si confrontano. Inoltre, la circolazione di modelli – specialmente di quello tunisino, egiziano e della *Majalla* – rappresenta un fattore unificante di sicura importanza<sup>311</sup>.

## VI. Proposta e accettazione

Quanto illustrato nel precedente paragrafo, a proposito dell'essenziale centralità della volontà effettiva delle parti nell'assetto contrattuale, si riverbera anche sul piano della formazione del negozio.

Infatti, nel diritto sciaratico come nel diritto dei paesi arabi contemporanei, si ritiene che il contratto non giunga ad esistenza se la volontà delle parti non è chiaramente e univocamente manifestata<sup>312</sup>. Tale necessità, come si vedrà, non ha portato all'adozione di rigidi formalismi interpretativi<sup>313</sup>, ma ha determinato l'evoluzione di strumenti peculiari, tra i quali la c.d. opzione della sessione contrattuale (si v. *infra*).

---

<sup>309</sup> Come esplicito da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 155.

<sup>310</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 153. Peraltro, in questo caso, secondo il legislatore tunisino, al debitore può essere deferito giuramento in ordine alla veridicità di una tale statuizione: art. 529 c.o.c.

<sup>311</sup> Si v. per molti spunti di riflessione Carbonnier, J., *Les phénomènes d'inter-normativité*, in Id. *Essais sur les lois*, Défrenois, Paris, 1979, pp. 251-270.

<sup>312</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 44 e Alzaagy, A., *The Islamic Concept of Meeting Place and its Application in E-Commerce*, in *Masaryk Journal of Law and Technology*, Vol. 1, no. 1, 2007, p. 3.

<sup>313</sup> Così Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 44. Infatti, “la conclusione del contratto è essenzialmente informale; solo i significati letterali di certi termini tecnici, come *śafqa*, ‘battere una mano sopra l'altra’ per concludere un contratto, riflettono

Dal punto di vista della proposta e dell'accettazione il diritto islamico non sembra, di primo acchito, presentare particolarità degne di rilievo, in quanto il contratto si ritiene perfetto<sup>314</sup> quando alla proposta (*ijāb*), contenente precise indicazioni sugli elementi essenziali del contratto<sup>315</sup>, segue un'accettazione (*qabūl*) esattamente coincidente con l'offerta<sup>316</sup>. Che la proposta debba essere precisa è condizione richiesta dalla dottrina islamica sulla base delle norme inscritte nel Corano, le quali impongono l'obbligo di comunicare al compratore la quantità e la misura esatta dei beni al centro dell'affare<sup>317</sup>.

E' la nozione di volontà, però, a meritare qualche approfondimento<sup>318</sup>. Su di essa, le maggiori scuole di diritto islamico sono in disaccordo: mentre Hanbaliti e Malikiti fanno riferimento alla volontà effettiva (*al-irada al-batina*)<sup>319</sup>, che comprende pure i motivi che inducono alla contrattazione, Sciafiiti e Hanafiti si richiamano prevalentemente alla volontà apparente (*al-irada al-thahira*), ossia alla volontà delle parti così come manifestata all'esterno<sup>320</sup>. Ecco perché, per questi ultimi, il contratto è perfezionato allorché sussiste in uno scambio di dichiarazioni, mentre per i primi è il mutuo consenso a determinare il perfezionamento del contratto. Più recentemente, anche il giurista Al-Sanhūrī ha condiviso la teoria hanbalita-malikita, spiegando il

---

antichi atti simbolici" (Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 154). Inoltre, secondo alcuni (es. Al-Shafi'i), solo le parole sarebbero adeguate per esprimere la volontà contrattuale, con il risultato che resterebbero escluse tanto la modalità *per facta concludentia* quanto la formulazione scritta (si v. Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 44).

<sup>314</sup> Riprendendo la metafora che dà origine al nome stesso del contratto, in arabo, ossia 'aqd (nodo), il contratto "concluso" è "annodato", *mun'aqid*. Così specifica Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 172.

<sup>315</sup> La necessità della precisione della proposta vale a scongiurare il rischio di incertezza (*gharar*), su cui si v. *retro*, cap. 3 par. IV.

<sup>316</sup> Saleh, N., *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 5 n° 2, 1990, p. 107 e Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 3.

<sup>317</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 172.

<sup>318</sup> Per un'interessante disamina del ruolo della volontà nei sistemi giuridici religiosi si v. Fogel, D.S., *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, in *Daimon – Annuario di diritto comparato delle religioni*, 2003, n. 3, pp. 243-287.

<sup>319</sup> Con ciò essi non si discostano molto dall'impostazione romanistica, che "serves as a foundation for the French law of contract" (Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., p. 110).

<sup>320</sup> La posizione si avvicina a quella germanica: Saleh, op. ult. cit., *ibidem*. Il medesimo Autore spiega il contrasto mediante la diversità di vedute delle differenti scuole in merito ai rapporti esistenti tra volontà e causa (*sabab*). *Ivi*.

contratto come la manifestazione e congiungimento dell'intima volontà delle parti contraenti<sup>321</sup>.

Che la volontà, reale o dichiarata, sia il perno attorno al quale ruota il contratto si desume anche dai codici contemporanei: infatti, i legislatori di Egitto (art. 89 c.c.), Giordania (art. 93 c.c.), Libano (art. 176 c.o.c.), Iraq (art. 79 c.c.), Qatar (art. 10 c.c.), e Kuwait (art. 65 c.c.) si riferiscono alla *rida* (o *taradi*: mutuo consenso), che significa consenso e che è collocata da tali codici in posizione assolutamente centrale rispetto al meccanismo formativo del contratto<sup>322</sup>.

Peraltro, la divisione dottrinale di cui si è appena dato conto si riflette pure nel diritto attuale: infatti, in Giordania, dove ha prevalso la scuola Hanafita, il contratto è il mero congiungimento di offerta e accettazione (art. 90 c.c.), e la relazione esplicativa del codice precisa che il legislatore si è basato sulla volontà apparente (*al-irada al-thahira*) anziché su quella effettiva, intima (*al-irada al-batina*). Lo scambio di dichiarazioni sarà, pertanto, ritenuto sufficiente senza bisogno di ulteriori indagini sulla volontà effettiva<sup>323</sup>.

Al contrario, in Kuwait, il cui legislatore tradizionalmente segue la scuola malikita, se è vero che "il contratto si conclude mediante il congiungimento di offerta e accettazione" (art. 32 c.c.), si specifica altresì che la volontà deve "essere animata da un fine (*sabab*) lecito e determinato" (art. 33). Così, seguendo fino in fondo il dettato malikita, "nel caso in cui la manifestazione della volontà sia diversa dall'intenzione del suo autore, prevarrà l'intenzione" (art. 38 c.c.).

Scendendo nel dettaglio di offerta e accettazione singolarmente intese, si può notare come la prima, per il diritto islamico, sia vincolante, nel senso che il proponente deve ritenersi obbligato in caso di accettazione<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> Cit. da Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., p. 108.

<sup>322</sup> Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., p. 107. Per un esame critico del concetto di *rida*, invece, cfr. Chehata, C., *Droit Musulman*, Précis Dalloz, Parigi, 1970, pp. 124 e ss.

<sup>323</sup> Si v. *Explanatory Memorandum of Jordanian Civil Code*, cit., pp. 95-97 e Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., p. 110.

<sup>324</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., 175.

La proposta può essere indirizzata ad una persona, a più soggetti, od anche essere rivolta al pubblico, purché, in quest'ultimo caso, sia dimostrata l'intenzione del proponente a contrarre il vincolo e siano individuati in maniera precisa l'oggetto (ad esempio i beni da compravendere) e le modalità di esecuzione del contratto<sup>325</sup>. Questa regola è stata recepita dal legislatore ottomano e codificata nella Majalla (art. 101).

La proposta, come si è detto, è vincolante. Un altro principio generale islamico che riguarda la proposta, tuttavia, prevede che la revoca (*rujū'*) della stessa possa essere sempre effettuata, prima che intervenga l'accettazione<sup>326</sup>. I codici tunisino (art. 30 c.o.c.) e marocchino (art. 26 c.o.c.) recepiscono la direttiva, aggiungendo la condizione che la revoca non possa più legittimamente esercitarsi laddove l'altra parte abbia già dato inizio all'esecuzione. Il codice libanese ammette sempre la validità della revoca, a meno che dalla natura della prestazione si possa desumere che il proponente intendeva restare obbligato (art. 179 c.o.c.). In quest'ultimo caso egli resta vincolato per il termine che è stato stabilito da lui stesso, dalla legge o dagli usi.

La proposta in Tunisia è irrevocabile se viene fissato un termine per l'accettazione, allo spirare del quale il proponente è liberato se non è intervenuta alcuna accettazione (art. 33 c.o.c.). La stessa regola si ritrova in Libano (art. 179 c.o.c.), in Egitto (art. 94 c.c.) e in Marocco (art. 29 c.o.c.). In quest'ultimo sistema – proprio come in Tunisia: art. 34 c.o.c. – si disciplina che l'offerta è irrevocabile pure se è effettuata per corrispondenza (art. 30 c.o.c.). Analoga soluzione è seguita dal legislatore libanese, il quale aggiunge il caso in cui l'offerta consista in una promessa di ricompensa (art. 179 c.o.c.)<sup>327</sup>.

---

<sup>325</sup> Pertanto, una comunicazione con cui si attua un generico invito a trattare non può essere considerata come una proposta contrattuale (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 175). Si v. anche Billah, M.M., *Invitation to Treat under the Law of Contract: Islamic Religious and Common Law Doctrines*, in *Islamic Comparative Law Review*, XV, 1, 1995-1996, pp. 37 e ss.

<sup>326</sup> Schacht, *Introduzione al diritto islamico*, cit., p. 154 e Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., p. 109.

<sup>327</sup> Alcuni esempi citati sono tratti da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 175 e ss. Va anche specificato che pure il c.o.c. tunisino (art. 20) prevede che la promessa di una ricompensa non possa essere ritirata se l'altra parte ha già dato inizio all'esecuzione del comportamento contrattualmente richiesto.

Per quanto all'accettazione, anch'essa come la proposta non è generalmente soggetta a forme particolari, a meno che la legge, la volontà delle parti o gli usi non dispongano altrimenti<sup>328</sup>. Pertanto, è ammissibile anche l'accettazione esternata per fatti concludenti o mediante l'inizio dell'esecuzione del contratto. I codici dell'area considerata condividono tale impostazione, sebbene con differenti disposizioni che non mutano però il risultato complessivo.

Ad esempio, il codice egiziano pone una norma molto generale sull'espressione della volontà, prevedendo che essa possa essere manifestata oralmente, in forma scritta, con comportamenti concludenti o implicitamente, salvo che la legge disponga altrimenti (art. 90 c.c.).

Altri codici, tra cui quelli tunisino (art. 29 c.o.c.) e marocchino (art. 25 c.o.c.), statuiscono che, "quando l'accettazione non è richiesta dal proponente o dalla prassi commerciale, il contratto è perfetto quando la parte dà inizio all'esecuzione"; inoltre, "l'assenza di risposta vale come consenso allorché la proposta si riferisce a relazioni commerciali già instaurate tra le parti" (*ibidem*). Anche il codice libanese si occupa in qualche misura della problematica del rifiuto della proposta, disponendo che, in linea generale, l'oblato la possa rifiutare (art. 181 c.o.c.)<sup>329</sup>.

## VII. Segue: la "sessione contrattuale"

Come anticipato, nel meccanismo formativo del contratto particolare importanza assume il concetto di *majlis al-'aqd*, che in prima approssimazione si può tradurre con "sessione contrattuale"<sup>330</sup>.

---

<sup>328</sup> Sull'assenza di un impianto particolarmente formalista, nel diritto islamico e contemporaneo, si v. Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?* In *Arab Law Quarterly*, vol. 16, n. 4 (2001), pp. 346-357.

<sup>329</sup> Tuttavia, se la proposta si inserisce in particolari contratti nei quali l'accettazione potrebbe pervenire da un vasto numero di destinatari (si pensi al contratto di ristorazione, di albergo, etc.), il rifiuto deve essere motivato da ragioni legittime; qualora non lo sia, il proponente incorrerà in responsabilità contrattuale (art. 181 c.o.c.).

<sup>330</sup> Sul punto si v. Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., pp. 272 ss.; Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., pp. 3 e ss.; Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 185 e ss.; Negotiating Contracts in Islamic Middle East, cit., pp. 205 e ss; Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, cit., pp. 101 e ss.

Una delle definizioni maggiormente diffuse<sup>331</sup> delinea l'istituto come "l'intervallo di tempo durante il quale le parti coinvolte si adoperano insieme alla formazione del contratto, senza essere occupate da alcuna altra attività che non sia legata alle trattative tra loro in corso"<sup>332</sup>.

Come precisa l'autore hanafita Kasani, la sessione contrattuale è caratterizzata da un'unità di tempo e dal fatto che le parti, in quel periodo temporale, non si dedicano ad altre attività. Così, "se la sessione contrattuale si interrompe – come quando il venditore fa la sua offerta e l'altra parte si alza e lascia la sessione prima che sia conclusa, o come quando l'oblato inizia un'altra attività, con ciò significando che la sessione è conclusa, e poi invece accetta – il contratto non è concluso"<sup>333</sup>.

La finalità di tale regola consiste nel definire un intervallo di tempo durante il quale l'offerta rimane valida, senza che il proponente subisca potenzialmente un danno per il fatto che la proposta resta valida troppo a lungo; d'altra parte, pure l'oblato trae un certo vantaggio dalla sessione contrattuale, in quanto, in quell'intervallo di tempo, egli può ripensare all'offerta soppesandone vantaggi e svantaggi<sup>334</sup>.

L'istituto del *majlis al-'aqd* nasce specialmente per esigenze di tutela delle parti e per dare certezza dei rapporti giuridici: la natura istantanea della sessione conferisce alle trattative una sicurezza che, al contrario, la distanza o il tempo comprometterebbero, introducendo un elemento di aleatorietà nel processo contrattuale<sup>335</sup>.

Com'è facile intuire, la suddetta concettualizzazione può portare a delle difficoltà nella stipulazione dei contratti, tanto maggiori se si considera che, qualora la sessione contrattuale non sia valida, ad esempio perché le parti sono lontane, il contratto non si ritiene perfezionato. Naturalmente l'unità della sessione contrattuale è suscettibile di deroga ad opera delle parti, che

---

<sup>331</sup> Tale definizione è adottata, con qualche sfumatura, da un gran numero di giuristi hanafiti, malikiti e shafeiti. Si v. Jaber, Al-S., *Majlis al-'aqd fī al-fiqh al-Islāmī wa al-qanūn al-wadhī*, Dar al-Jamī'a al-jadīda, Alessandria, 2001, pp. 90 e ss.

<sup>332</sup> Così riporta Alzaagy, *Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 4.

<sup>333</sup> Kasani, *Bada'i*, (XII sec.), v, 137, cit. da Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., p. 272.

<sup>334</sup> Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 4.

<sup>335</sup> Come suggerisce Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., p. 272.



possono prevedere che l'offerta si mantenga valida, per un tempo determinato, anche dopo l'interruzione del *majlis al-'aqd*<sup>336</sup>.

Una prima evoluzione dell'istituto si ebbe già nell'antichità, quando la prassi, secondo un processo già più volte citato *retro*, manifestò la necessità di concludere i contratti per corrispondenza.

La pratica fu perciò rivista dalla dottrina nei primi secoli dopo la sua diffusione, in quanto frequentemente i contratti venivano conclusi – per usare una terminologia occidentale – *inter absentes*, ad esempio con l'ausilio di messaggeri che recapitavano offerta e accettazione. In tal caso la sessione si considerava aperta quando il proponente comunicava l'offerta, e conclusa allorché il messo dell'offerente abbandonava il luogo in cui l'oblato gli aveva espresso la propria accettazione. Così, lo scambio epistolare venne equiparato alla sessione contrattuale, e questa poté continuare ad essere rappresentata come unitaria<sup>337</sup>.

Un'altra problematica legata alla necessaria contrazione dell'unità spaziale compresa nel *majlis al-'aqd* è rappresentata dal movimento: nella vita quotidiana i contraenti potevano trovarsi a discutere delle trattative durante un viaggio. I primi autori islamici sul punto distinsero le ipotesi a seconda che il movimento del mezzo di trasporto fosse causato dalla volontà dell'uomo o no. Così, secondo Kasani, poiché il movimento di una barca spinta dal vento non dipende da un contributo volitivo umano, la sessione contrattuale continua *de jure* per tutta la durata del tragitto.

Invece, nel caso di viaggio a dorso di animale, poiché l'uomo può scegliere di sospenderne il procedere, è necessario che il *majlis al-'aqd* mantenga l'unità spaziale: pertanto, i contraenti dovrebbero, qualora le loro intenzioni siano di dar vita ad una seria contrattazione, arrestare il proprio cammino per dedicarsi esclusivamente al negozio<sup>338</sup>.

---

<sup>336</sup> Così precisa Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 4.

<sup>337</sup> Si v. Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., p. 273, che collega a questa evoluzione l'affermarsi, nel diritto islamico, della "teoria dichiarativa". Infatti, è sufficiente per l'oblato dichiarare la propria accettazione affinché il contratto sia concluso (ivi). Si v. anche Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 185 e Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., pp. 4 e s.

<sup>338</sup> Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., p. 273.

Peraltro, mentre la soluzione adottata nel caso del contratto concluso per corrispondenza è stata seguita dai legislatori contemporanei, altrettanto non si può dire per l'ultimo caso illustrato.

Ad esempio, il codice egiziano prevede che l'unità della sessione contrattuale è rispettata se le parti, che si sono accordate per incontrarsi in un certo luogo, vi si sono recate al fine di stipulare il negozio. Infatti, il proponente è liberato dalla propria offerta se l'oblato non accetta immediatamente (art. 94 c.c.), e quindi interviene un cambio di conversazione tra le parti, un evento, un intervallo di tempo tra la sessione e il successivo incontro, oppure esse si allontanano. Tutto ciò, a meno che il contesto generale o gli usi non facciano concludere che l'offerta rimane valida (art. 94 c.c.)<sup>339</sup>.

Attualmente tale teorizzazione è stata piegata all'evoluzione dei mezzi di comunicazione, per far rientrare negli schemi islamici anche i contratti conclusi per via telematica. In questi ultimi, e con riferimento ad un'unità solo temporale, per sessione contrattuale *inter praesentes* si intende il lasso di tempo in cui le parti sono in comunicazione tra loro, essendo entrambe "in linea". Al contrario, sarà adoperato lo schema della contrattazione *inter absentes* se la transazione non si svolge in tempo reale<sup>340</sup>.

L'evoluzione di cui si è appena dato conto si riflette perfettamente in alcuni codici contemporanei. Ad esempio, il codice degli Emirati Arabi recepisce nel dettaglio la regola del *majlis al-'aqd*, quando precisa che, se le parti sono riunite per discutere del contratto, ma ad un certo punto della contrattazione si dedicano ad altro argomento, la sessione si considera conclusa (art. 137)<sup>341</sup>.

---

<sup>339</sup> Critico verso questa soluzione è Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., p. 274.

<sup>340</sup> Si v., anche per ulteriori dettagli relativi al commercio elettronico, ad Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., pp. 4 e ss. e Razali, S.S., *The Dominance Entry of the Principles of Gharar in Electronic Contracts*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 2 (2009), pp. 207-216.

<sup>341</sup> L'esempio è tratto da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 185. La separazione dei contraenti, e il conseguente termine della sessione contrattuale, può avvenire anche per il semplice fatto che una parte si allontani dalla stanza o dal luogo dove si sta svolgendo la contrattazione, a meno che non sia manifestata la volontà di mantenere il *majlis*. Lo stesso dicasi per cause esterne alla volontà delle parti, come quelle di forza maggiore che impediscono il permanere della sessione e pertanto la conclusione del contratto. Si v. anche Comair-Obeid, N., *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1996.

Pure i codici magrebini recepiscono la regola, in quanto il c.o.c. tunisino statuisce: "l'offerta fatta ad una persona presente, senza che sia fissato un termine, si considera non avvenuta se non è accettata al momento dall'altra parte" (art. 27). Inoltre, per quanto ai contratti *inter absentes*, "questa regola si applica alle offerte effettuate per telefono" (*ibidem*). Come spesso accade, la medesima regola è riprodotta dal legislatore marocchino (art. 23).

I codici appena citati fanno comprendere come, in tali paesi, in armonia con il diritto islamico, "la coincidenza dei consensi si presume esistente al momento dell'accettazione"<sup>342</sup>. Infatti, tanto in Marocco (art. 24 c.o.c.) quanto in Tunisia (art. 28 c.o.c.), il contratto per corrispondenza si intende concluso al momento e nel luogo in cui l'oblato accetta. Anche il Libano si conforma a questa regola, applicazione del principio di spedizione<sup>343</sup>.

Tuttavia in altri sistemi la direttiva è stata scalzata dall'influenza dei modelli occidentali. Infatti, il codice egiziano non la recepisce, stabilendo invece che il contratto *inter absentes* è concluso quando la comunicazione di accettazione perviene all'offerente, salvo che le parti abbiano stabilito diversamente<sup>344</sup>. E' evidente la differenza con la regola islamica, adottata anche dai codici magrebini, secondo la quale il contratto tra assenti si conclude al momento dell'accettazione, e non in quello, successivo, in cui l'accettazione perviene al proponente. La regola egiziana, anche in virtù

---

p. 127 e Rayner, S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, Graham & Trotman, London, Dordrecht, Boston, 1991, p. 107.

<sup>342</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 186.

<sup>343</sup> Con queste parole Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 186. Il legislatore libanese specifica che il contratto tra assenti può essere concluso per corrispondenza o tramite un "messaggero" incaricato (art. 184 c.o.c.).

<sup>344</sup> Si presume che l'offerente conosca l'accettazione quando questa giunge al suo indirizzo. Si v., anche per un'interessante comparazione con i principi UNIDROIT in materia di proposta e accettazione, Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 184 e ss.

della più volte citata influenza del codice sanhuriano in tutta l'area araba, è stata adottata pure in Libia, Iraq, Emirati Arabi, Kuwait e Bahrein<sup>345</sup>.

Una particolarità connessa al *majlis al-'aqd* consiste nell'opzione della sessione contrattuale (*khiyār al majlis*). Secondo tale istituto, finché le parti non abbandonano il luogo della contrattazione, ossia anche dopo che l'accettazione è stata verbalizzata all'offerente, esse possono riconsiderare il negozio e far valere il proprio diritto a recedere dal contratto appena formatosi<sup>346</sup>. E' a tal fine sufficiente che una delle parti abbia ripensato all'assetto di interessi appena formalizzato, e non abbia più intenzione di uniformarsi, a seguito di una seconda valutazione sul contratto. In questo senso, il fatto di abbandonare la sessione contrattuale, o di interromperla, contribuirebbe a rendere vincolante il negozio<sup>347</sup>.

La *ratio* di quest'opzione risiederebbe nell'esigenza di garantire la genuinità delle dichiarazioni di volontà<sup>348</sup>, e concedere alle parti non solo un congruo periodo per meditare sul contratto, prima della sua conclusione, ma anche un certo intervallo di tempo per ripensarci, subito dopo la stipula dell'accordo<sup>349</sup>.

La regola ha conosciuto una diffusione assai differenziata nel formante legislativo contemporaneo. Ad esempio, per quanto la scuola hanbalita conosca l'opzione della sessione contrattuale, e per quanto essa abbia avuto diffusione nella zona della penisola araba, non tutti i legislatori dell'area

---

<sup>345</sup> Sul punto si rimanda a Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 186.

<sup>346</sup> Sul meccanismo del , Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., pp. 4 e ss. e Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 44.

<sup>347</sup> Come suggerito da Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 44.

<sup>348</sup> Così Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (2001), p. 348, che specifica anche come l'opzione non sia riconosciuta dalle scuole malikita e hanafita. Esistono altri tipi di opzioni, che si possono suddividere in convenzionali e legali. Tra le prime si ricordano: a) l'opzione della scelta, che permette all'acquirente di scegliere tra due o più beni. Egli può esercitare l'opzione entro tre giorni dalla stipulazione del contratto, che non acquista, quindi, validità fino allo spirare del termine previsto per l'opzione (di fonte convenzionale); b) l'opzione della condizione, che si traduce in realtà in una condizione sospensiva secondo la quale le parti convengono di sospendere la validità del contratto sino al verificarsi di un certo evento. La principale opzione di fonte legale nel diritto islamico consente al compratore di ispezionare la merce, e gli permette di sciogliere il contratto formatosi nel caso in cui la merce non risponda alle caratteristiche pattuite (si v. supra, in tema di vendita). Sul punto, *amplius*, Mallat, *Introduction to Middle Eastern Law*, cit., pp. 279 e s. e Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 45.

<sup>349</sup> Così Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place*, cit., p. 4.

l'hanno recepita<sup>350</sup>. Così, mentre riceve applicazione in Arabia Saudita<sup>351</sup>, essa non è accolta in Qatar, dove "l'accettazione, una volta perfezionata, non può essere ritirata" (art. 13 l.c.c.), e lo stesso accade negli Emirati Arabi (art. 136 c.f.o.). Analogamente, in Kuwait, una volta che all'offerta è seguita l'accettazione, nessuna delle parti può mutare la propria dichiarazione, nemmeno se esse sono ancora fisicamente presenti nello stesso luogo (art. 47 c.c.).

Come si vede, nonostante l'influenza della scuola hanbalita, i legislatori contemporanei dei paesi che più hanno risentito della sua influenza hanno preferito accordare maggior peso alla certezza dei traffici giuridici, sacrificando ad essa l'istituto dell'opzione della sessione contrattuale. Peraltro, l'opzione è stata oggetto di considerazione in altri paesi, con risvolti anche molto significativi per l'analisi trattata in questa sede. Ad esempio, il *khiyār al-majlis* è stato recepito nella legislazione algerina in tema di tutela dei consumatori (si v. cap. seguente, par. VIII 8), il che testimonia nuovamente come i formanti degli ordinamenti considerati conservino un rapporto dinamico e dialettico con tutti gli strati, compreso quello islamico, presenti nel loro sistema giuridico.

### **VIII. L'accordo delle parti**

Qualche considerazione ulteriore va spesa sull'accordo delle parti. Si è già detto che il consenso rappresenta una pietra miliare del meccanismo formativo del contratto non solo nel diritto islamico, ma pure nel diritto contemporaneo dei paesi arabi.

Un'enfasi particolare è posta dalla *sharī'a* sulla *niyya*, ossia la volontà di obbligarsi<sup>352</sup>. Si sottolinea pertanto che la volontà si deve essere effettivamente formata nell'animo dei contraenti, i quali non devono prestare

---

<sup>350</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 348.

<sup>351</sup> Per questo ed altri riferimenti si v. Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 348.

<sup>352</sup> Chehata, *Volonté réelle et volonté déclarée*, cit., pp. 241 e ss; Saleh, N., *The Role of Intention (Niyya) under Saudi Arabian Hanbali Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 3 (2009), pp. 347-352 e vol. 23, n. 4 (2009), pp. 469-475, Paciullo, Cpii, *Il diritto altrove*, cit., p. 109.

il consenso per scherzo o per gioco: l'intenzione di obbligarsi, insomma, deve essere connotata da serietà<sup>353</sup>.

Inoltre, non è ammessa la simulazione: il negozio simulato non produce alcun effetto, e resta valido solo quello dissimulato. Tuttavia, l'accordo dissimulato illecito non produrrà modificazioni nella sfera giuridica dei contraenti<sup>354</sup>.

Al fine di concludere un negozio valido le parti devono, secondo il diritto islamico, possedere particolari requisiti. Tra questi, rileva anzitutto la maturità fisica e intellettuale che si fa corrispondere, in linea di principio, alla maggiore età<sup>355</sup>. Lo sviluppo fisico e mentale fa presupporre il raggiungimento della piena capacità di contrarre obbligazioni, denominata *ahliyya al-ada'*, espressione che si può tradurre con "capacità di agire".

Prima del raggiungimento della maggiore età, un soggetto può, secondo alcune scuole, contrarre determinati tipi di obbligazioni. I giuristi<sup>356</sup> ritengono che, raggiunta l'età della ragione (*tamyyiz*), ovvero dopo i sei-sette anni, il minore sia infatti in grado di ragionare, e lo ritengono capace di stipulare validamente contratti che comportino, per lui, esclusivamente dei vantaggi, come accettare eredità o legati. Al contrario, i negozi che determinino interamente degli svantaggi, come la stipulazione di garanzie o mutui, sono preclusi al minore, mentre sono sottoposti alla ratifica del tutore i contratti che presentano sia benefici che perdite<sup>357</sup>.

Generalmente sono i codici contemporanei a fissare l'età superata la quale si è considerati capaci di agire e si entra nella maggiore età. Ad

---

<sup>353</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 227 e Saleh, *The Role of Intention (Niyya) under Saudi Arabian Hanbali Law*, cit., pp. 469 e ss.

<sup>354</sup> Come specificato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 227.

<sup>355</sup> Con queste parole, Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 111, che precisa come tale maturità non pertenga ai fanciulli, e tanto meno al feto o all'embrione. Tuttavia, questi ultimi non sono per ciò solo privati di qualunque capacità, in quanto posseggono la c.d. *ahliyya al-wujub*, ossia la capacità, riconosciuta a ciascun essere umano, di essere titolare di diritti (quella capacità che la dottrina continentale definisce giuridica). Inoltre, anche i soggetti non ancora nati possono acquistare *mortis causa*. *Ibidem*.

<sup>356</sup> In particolare Hanafiti e Malikiti, come specificato da Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 111.

<sup>357</sup> Così Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 111. Sciafeiti e hanbaliti non riconoscono la validità dei contratti conclusi dai minori, nemmeno se ratificati dal tutore. *Ivi*. Si v. anche Zahraa, *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 268.

esempio, in Kuwait si è maggiorenni all'età di 21 anni (art. 96 c.c.), in Bahrain<sup>358</sup> e in Qatar a 18 (art. 22 l.c.c.), così come in Giordania (art. 43 c.c.)<sup>359</sup>. In quest'ultimo paese, peraltro, i fanciulli maggiori di sette anni sono ammessi a concludere determinati negozi, scelta che palesa l'influenza della scuola hanafita, sopra citata, sul legislatore giordano<sup>360</sup>. Analoghe regole si rinveggono negli Emirati Arabi (dove dai 7 ai 21 anni, quando si raggiunge la maggiore età, si possono stipulare i contratti espressamente previsti dalla legge) ed in Yemen<sup>361</sup>.

Peraltro, così come in occidente, non è detto che il soggetto maggiorenne consegua automaticamente, grazie alla sola età anagrafica, la piena capacità di agire. E' necessario l'ulteriore requisito della *rushd*, definita capacità di discernimento o capacità di intendere e di volere.

Può darsi infatti il caso di soggetti che non siano in grado di concludere validamente negozi in quanto manchevoli, in modo permanente, della *rushd*. Secondo la maggior parte dei giuristi islamici<sup>362</sup>, l'incapacità, per rilevare in sede contrattuale, deve essere riconosciuta e dichiarata dal giudice.

Anche il genere, come si può facilmente intuire, influisce sulla capacità di concludere validamente dei contratti. La questione legata alla capacità delle donne nel diritto islamico è risolta in maniera difforme dalle diverse

---

<sup>358</sup> La legge unica in materia di obbligazioni e contratti (una sorta di codice delle obbligazioni), datata 1969, non prevedeva esplicitamente la soglia dei 18 anni, che venne fissata dal codice commerciale del 1987 per i negozi che ricadevano nell'ambito di applicazione di quest'ultimo. Per quanto l'interpretazione prevalente abbia assimilato le diverse ipotesi di obbligazioni "civili" e "commerciali", si sono registrati anche orientamenti che suggerivano di ricorrere alla *sharī'a* al fine di determinare il raggiungimento della maggiore età. Sul punto Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 114.

<sup>359</sup> In tutti questi paesi il computo degli anni, per espressa disposizione di legge, si basa, ai fini del computo della maggiore età, sul calendario cristiano o solare. Infatti, il calendario normalmente seguito nei paesi arabi, oltre a considerare come anno zero l'anno dell'Egira (622 d.C.), è fondato sui cicli lunari, col risultato che un mese dura 28 giorni. E' evidente che, in tal modo, la durata dell'anno lunare non coincide con quella dell'anno solare. Sul punto si v. Aldeeb Abu-Sahlieh, S., *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles-Référence, Paris, 2006.

<sup>360</sup> E' palese la somiglianza con le disposizioni e le interpretazioni che si rinveggono anche nei paesi occidentali. Ad esempio, anche in Italia il minore – e, in alcuni casi, l'inabilitato – può concludere quei negozi che servono a disimpegnare le esigenze della ordinaria vita quotidiana. Inoltre, come in Italia, i codici arabi contemporanei spesso consentono che il minore possa concludere dei contratti di lavoro: ad esempio, in Kuwait, è ammesso alla stipulazione colui che ha superato i 15 anni (art. 94 c.c.).

<sup>361</sup> Per ulteriori dettagli si rimanda a Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 114 e Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 72.

<sup>362</sup> Per una panoramica sui contrasti presenti nella dottrina islamica su tale questione si rimanda a Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 112.

scuole. Essa, come tutte le problematiche attinenti allo statuto personale, per quanto abbia subito una considerevole evoluzione nel diritto dei paesi contemporanei, è ancora oggetto di regole piuttosto significativamente influenzate dalla *sharī'a*.

Inoltre, le soluzioni sono assai differenziate sia nel diritto islamico (ad esempio, per i malikiti la donna resta priva di capacità di agire fino a che non contrae matrimonio, mentre altre scuole ammettono che ella possa disporre dei suoi beni), sia nei sistemi contemporanei<sup>363</sup>, dove tale normativa – la cui trattazione approfondita esula dall'oggetto della presente analisi – è fonte di una notevole disparità di disciplina tra i diversi stati arabi<sup>364</sup>.

Come accade nei sistemi occidentali, la volontà dei contraenti può essere compromessa non solo da una limitata capacità di agire, ma pure dai vizi del consenso.

## **IX. segue: i vizi del consenso**

E' stato osservato che nel diritto islamico è assente una "costruzione dottrinale dei vizi del consenso simile a quella italiana o francese"<sup>365</sup>, poiché in tale sistema vige un complicato meccanismo di opzioni contrattuali (si vedano i paragrafi precedenti), le quali attribuiscono al contraente, che ha subito una distorsione nel procedimento formativo della volontà contrattuale, il potere di risolvere immediatamente il negozio<sup>366</sup>.

---

<sup>363</sup> Si rimanda per esempio ad Aluffi Beck Peccoz, R., *Persone Famiglia Diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Giappichelli, Torino, 2006; id., *Le leggi del diritto di famiglia negli Stati arabi del Nord-Africa*, Ediz. Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1997; Bydoon, M., *Reservations on the "Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)" Based on Islam and its Practical Application in Jordan: Legal Perspectives*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 25, n. 1 (2011), pp. 51-69; Amani Saleh, A., *Sex Discrimination within Kuwaiti Family Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 24, n. 2 (2010), pp. 119-190.

<sup>364</sup> Sul punto, per quanto al diritto islamico, si rimanda a Saleh, *Definition and Formation of Contract under Islamic Laws*, cit., p. 113. Sui paesi contemporanei invece, vedasi Aluffi Beck Peccoz, R., *Persone Famiglia Diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Giappichelli, Torino, 2006.

<sup>365</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 228.

<sup>366</sup> Come puntualizzato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 228.



Secondo un'impostazione diffusa in letteratura<sup>367</sup>, attraverso le opzioni contrattuali dolo ed errore acquisterebbero rilevanza nel sistema di diritto contrattuale islamico, al quale sarebbe sconosciuta solo la violenza. La soluzione è differente quando si guardi allo strato codificato del diritto dei paesi arabi, poiché, come si vedrà *infra*, i codici contemporanei riprendono la suddivisione occidentale dei vizi del volere, trattando alla stessa stregua, dal punto di vista concettuale, dolo, errore e violenza<sup>368</sup>. Elencano i vizi del consenso, riprendendo la dogmatica occidentale, il codice tunisino (art. 43 c.o.c.), marocchino (art. 39 c.o.c.), libanese (art. 202 c.o.c.) ed egiziano, il quale, pur non dedicando alla tematica una norma generale, disciplina dolo, violenza ed errore uno dopo l'altro, evidentemente adottando un'impostazione unitaria (artt. 120-130 c.c.).

Cominciando l'*excursus* sui vizi del volere dalla violenza (*ikrāh*), occorre precisare che essa è trattata, inizialmente, dal Corano, dove si raccomanda che "non vi sia costrizione nella fede" (II, 256)<sup>369</sup>, prescrizione assurta a fondamento della riflessione dottorale sulla *ikrāh*.

La dottrina islamica ha orientato la propria ricostruzione dell'istituto in esame anche alla luce del divieto di arricchimento ingiustificato (sul quale si v. *supra*). Il ragionamento è il seguente: qualora una parte riuscisse ad esercitare sull'altra una coartazione del volere, alto sarebbe il rischio di un'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni, che potrebbe quindi tradursi in un vantaggio ingiustificato e in un profitto illecito per uno dei contraenti<sup>370</sup>.

Secondo i giuristi islamici la violenza consiste nella totale soppressione del volere del contraente. Poiché è compromesso il libero arbitrio e la volontà non nasce spontaneamente nella sfera volitiva della parte, la sussistenza della

---

<sup>367</sup> Si v. per esempio El Fadl, K.A., *The Common and Islamic Law of Duress*, in *Arab Law Quarterly*, VI, 2, 1991, pp. 121 e ss.; Rayner, S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law: A Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, Graham & Trotman, London, Dordrecht, Boston, 1991, p. 245.

<sup>368</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 228.

<sup>369</sup> Su tale versetto, preso alla lettera, si basa pure la necessità che la conversione alla fede islamica avvenga senza alcuna costrizione, e sia un atto caratterizzato dalla massima libertà (si v. per esempio Filoramo, G. (cur.), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007).

<sup>370</sup> Come ricorda Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 229; si v. anche Rayner, *The Theory of Contracts in Islamic Law*, cit., pp. 107 e ss.; El-Hassan, A., *The Doctrine of Duress (Ikrāh) in Shari'a, Sudan, and English Law*, in *Arab Law Quarterly*, I, 2, 1985, pp. 231 e ss.

*ikrāh* impedisce il corretto formarsi dell'accordo e quindi del vincolo contrattuale, con la conseguenza che il negozio diventa annullabile.

La violenza può essere manifestata mediante un costringimento fisico o morale, e può consistere anche in una minaccia, rivolta tanto alla persona fisica quanto ai beni della stessa, purché sia sufficientemente grave da impressionare il soggetto che la subisce<sup>371</sup>.

A parte la definizione, su cui le scuole sostanzialmente concordano, consta una diversità di opinioni relativamente alle modalità con le quali la violenza può essere esercitata.

La dottrina hanafita parla di violenza perfetta (o completa o assoluta), quando essa si sostanzia in percosse o in una coazione fisica tale da impedire la manifestazione del volere. Si denomina invece imperfetta la violenza che non annulla completamente la capacità di scelta della parte, ma influisce sull'intenzione (*niyya*) al punto da compromettere la formazione del volere. Nella sostanza la violenza imperfetta corrisponde alla figura che la dogmatica continentale è solita riassumere nel brocardo *coactus tamen voluit*. Infatti, in questo caso, il contraente ha potuto scegliere una certa pattuizione, ma tale scelta è stata influenzata dalla violenza ricevuta<sup>372</sup>.

Infine, la dottrina malikita ritiene che la violenza sia rappresentata da qualunque coazione (perpetrata senza la causa di giustificazione della previsione *ex lege*), portata a termine o rimasta al grado di minaccia<sup>373</sup>.

Quest'ultima impostazione dottrinale è confermata dall'impostazione dei codici tunisino (art. 50 c.o.c.) e marocchino (art. 46 c.o.c.), nei quali la violenza è definita come "la costrizione esercitata senza l'autorità della legge, attraverso la quale si costringe una persona a compiere un atto al quale ella non ha acconsentito". E' evidente che il formante legislativo riproduce il

---

<sup>371</sup> Si v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 230.

<sup>372</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 229. Secondo alcuni autori, tra cui Chehata, tale distinzione è priva di pregio, visto che il risultato sostanziale consiste comunque nella privazione della libertà di scelta della parte (Chehata, C., *Droit Musulman*, Précis Dalloz, Parigi, 1970, p. 120).

<sup>373</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 230. Per una interessante ricognizione di come sono trattate le dichiarazioni di volontà nei sistemi giuridici di matrice religiosa si v. Fogel, D.S., *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, in Daimon – Annuario di diritto comparato delle religioni, 2003, n. 3, pp. 243-287.

concetto generale di violenza già enucleato dalla dottrina malikita, la quale ha conosciuto una notevole espansione proprio nell'area magrebina.

Non ogni tipo di *ikrāh* conduce all'invalidità del contratto. E' difatti considerata rilevante a questo fine solo la violenza che sia stata determinante ai fini del contrarre, esercitando cioè sul soggetto una coartazione tale da modificarne il volere. Onde verificare se vi sia stata o no coercizione, occorre effettuare una valutazione di tipo soggettivo sulle parti coinvolte, centrata sull'età, il sesso, il grado di istruzione, la posizione sociale, etc.<sup>374</sup>: così dispongono i legislatori arabi (es. art. 51 c.o.c. tunisino, 47 c.o.c. marocchino, 211 c.o.c. libanese, 127 c.c. egiziano).

A tale regola i codici contemporanei aggiungono quella per cui il timore reverenziale non conduce all'invalidità del contratto. Secondo il codice libanese il timore reverenziale che può avere rilievo contrattuale è solo quello verso il padre, la madre o altri ascendenti (art. 212 c.o.c.). Altri codici sono più generici e non operano questa distinzione su base soggettiva (es. 55 c.o.c. tunisino, 51 c.o.c. marocchino), mentre altri ancora (come quello egiziano) nemmeno considerano la tematica, che resta esclusivamente rimessa all'elaborazione interpretativa.

Ovviamente, per spiegare l'efficacia invalidante, la violenza (ma lo stesso può dirsi per il timore reverenziale) deve essere legata da un nesso eziologico alla modificazione del volere, secondo un rapporto di causa-effetto<sup>375</sup>. Qualora detto nesso vi sia, le codificazioni contemporanee sono unanimi nel sancire l'invalidità del contratto concluso per effetto di violenza (o, nelle ipotesi in cui è ammesso, di timore riverenziale). Oltre ai già citati codici magrebini, ad esempio, il c.c. egiziano sanziona l'annullamento il contratto concluso sotto coartazione e "ingiusta intimidazione" (art. 127 c.c.)<sup>376</sup>. Lo stesso fa il codice libanese, il quale include tra le azioni suscettibili

---

<sup>374</sup> Anche per le scuole diverse dalla malikita la violenza, se esercitata in base ad una disposizione di legge, è coperta dalla giustificazione dell'agire secondo diritto (si pensi ad esempio all'impiego della forza pubblica), come ricordato da *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 230.

<sup>375</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 230.

<sup>376</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 231.

di dar luogo al vizio del consenso in questione le minacce provenienti da un terzo (art. 231 c.o.c.).

Diverse sono le regole e l'approccio dominanti in tema di errore<sup>377</sup>. La dottrina è discordante sulla collocazione dogmatica dell'istituto. Mentre gli autori hanafiti trattano l'argomento, qualificandolo l'errore come un vizio del volere che nasce dalla falsa rappresentazione della realtà<sup>378</sup>, secondo altri<sup>379</sup> non esisterebbe una vera e propria teoria dell'errore nel diritto islamico. Così, l'atto sarebbe viziato solo allorché l'errore cade sopra l'oggetto della stipulazione (si pensi alla sostanza, alla qualità), nel qual caso entrerebbero in gioco il sistema di opzioni a garanzia dell'acquirente e le rigide direttive in materia di oggetto del contratto, che renderebbero superfluo sistematizzare un istituto come l'errore quale vizio del consenso<sup>380</sup>.

Secondo la dottrina hanafita, che accoglie la prima delle due impostazioni appena citate, gli effetti derivanti da questo vizio della volontà sono diversi a seconda dell'elemento su cui cade l'errore (*ghalat*): se infatti esso riguarda la sostanza del bene, l'accordo è nullo (*batil*); se invece concerne la qualità del bene il contratto è annullabile (*fasid*)<sup>381</sup>.

Tuttavia l'errore, per avere rilevanza, deve cadere su un elemento ritenuto essenziale del contratto: pertanto, anche un errore relativo alla qualità del bene renderà il contratto nullo e non annullabile, qualora esso assuma valore essenziale. L'esempio è quello della vendita di un vestito di seta, del quale l'acquirente scopre in ritardo che solo la fodera dell'abito è di seta, mentre l'esterno è tessuto in altro materiale. In questo caso il contratto è

---

<sup>377</sup> Anche se, secondo alcuni la riluttanza del diritto islamico ad adottare astrazioni e concettualizzazioni (si v. capitolo precedente) potrebbe rendere questa disamina "un approccio troppo occidentale e sistematico per essere applicato ai casi che riguardano l'errore" (Fogel, D.S. *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, in Daimon – Annuario di diritto comparato delle religioni, 2003, n. 3, p. 263), tanto che alcuni escludono che il diritto islamico fornisca una "ricostruzione dottrinale dell'errore" (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 236).

<sup>378</sup> Per una ricognizione generale, v. Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., passim.

<sup>379</sup> Ad esempio Chehata, C., *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Paris, Sirey, 1969, p. 125.

<sup>380</sup> Si v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 238.

<sup>381</sup> Sul punto Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., p. 264, che riferisce numerosi esempi, tratti dalla dottrina hanafita, tra qui quello per cui è nullo il contratto col quale l'acquirente, convinto di comperare una gemma preziosa, acquista in realtà un pezzo di vetro.

nullo, se il contraente aveva ritenuto di acquistare quel capo proprio in virtù del tessuto con cui era stato confezionato<sup>382</sup>.

Quando l'errore ricade sulla persona dell'altro contraente, il diritto islamico giunge alla stessa soluzione del diritto europeo-continentale: l'elemento scriminante è rappresentato dal c.d. *intuitus personae*. Pertanto, se la parte voleva stipulare quel certo contratto a prescindere dalla persona dell'altro contraente, l'errore relativo a quest'ultimo non inficia la validità del negozio. Alla conclusione opposta si giunge se la persona della controparte era rilevante, tanto da essere il motivo determinante dell'accordo<sup>383</sup>.

Un esempio particolarmente interessante al riguardo si rinviene nel caso in cui ad un soggetto spetti il diritto di prelazione su un immobile posto accanto ad un altro immobile, già di sua proprietà. Egli decide di rinunciare alla prelazione sulla base della convinzione che l'altro acquirente non prelazionario potrà essere un ottimo vicino. Qualora il prelazionario scopra che il nuovo vicino ha qualità completamente diverse da quelle sperate, tali da rendere insopportabile la convivenza, egli, secondo le regole del diritto islamico, potrà revocare la propria rinuncia alla prelazione<sup>384</sup>. Ma la fattispecie più significativa sotto questo profilo è certamente quella rappresentata dal contratto di mandato, nel quale le caratteristiche del mandatario sono di indubbia rilevanza, e tali da giustificare l'annullamento del contratto – tipicamente connotato dall'*intuitus personae* – qualora l'errore cada proprio sulle qualità della persona prescelta. Infatti, secondo il diritto islamico se il mandante avesse conosciuto *ab initio* i connotati effettivi dell'altro contraente, egli non avrebbe concluso il negozio, e quindi sussistono i presupposti per l'annullabilità del negozio a seguito di errore sulla persona<sup>385</sup>.

---

<sup>382</sup> L'esempio è tratto da Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., p. 266.

<sup>383</sup> Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., p. 266 e Dib, P., *Essai sur une théorie des mobiles en droit civil Hanafite*, Imprimerie Catholique, Beirut, 1952, p. 191.

<sup>384</sup> Così Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., p. 267 e Dib, *Essai sur une théorie des mobiles en droit civil Hanafite*, cit. p. 120. Lo stesso principio è alla base dell'annullamento del contratto concluso con una tata, in virtù della convinzione che ella abbia doti che la rendono adatta a tale lavoro, mentre in realtà è di cattivo carattere e segue "costumi riprovevoli" (*ibidem*).

<sup>385</sup> Come sottolineato da Fogel, *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, cit., p. 267.

I codici contemporanei dell'area magrebina sono influenzati dall'impostazione della scuola hanafita, visto che contemplano tanto l'errore sulla qualità e sulla sostanza dell'oggetto (artt. 45 c.o.c. tunisino e 41 c.o.c. marocchino), quanto quello sulle qualità della persona (artt. 46 c.o.c. tunisino e 42 c.o.c. marocchino). I contratti viziati sono annullabili, ma nel caso di errore sulla qualità della persona, le caratteristiche credute devono essere state determinanti ai fini del consenso<sup>386</sup>.

Anche il codice civile egiziano infligge la sanzione dell'annullabilità al negozio in cui una delle parti sia incorsa in errore, ma questo, si specifica, deve essere essenziale (ossia determinante del consenso, tale per cui, in assenza di esso, il contratto non sarebbe stato concluso) e conosciuto o facilmente riconoscibile da parte dell'altro contraente (artt. 120-124 c.c.)<sup>387</sup>.

Il legislatore libanese, quanto agli effetti del contratto, aggiunge alla categoria dell'annullabilità quella dell'inesistenza. Infatti, se l'errore riguarda la natura stessa del contratto o l'oggetto dell'obbligazione, si ritiene che il consenso non si sia nemmeno formato, e che l'atto vada considerato *tamquam non esset* (art. 203 c.o.c. libanese). La categoria dell'annullabilità trova invece spazio laddove il vizio insista sulla qualità del bene o, nei contratti caratterizzati dall'*intuitus personae*, della persona del contraente<sup>388</sup>.

Infine, si segnala la diversità di disciplina sussistente in materia di errore di diritto: mentre i codici egiziano (art. 122 c.c.) e libanese (art. 206 c.o.c.) lo equiparano *tout court* all'errore di fatto, consentendo l'annullamento del negozio alle stesse condizioni previste per l'errore di fatto, i codici magrebini sanzionano l'atto con l'invalidità soltanto nel caso in cui l'errore fosse scusabile o se esso è stato l'unica causa che ha indotto il contraente alla stipulazione (art. 44 c.o.c. tunisino e 40 c.o.c. marocchino)<sup>389</sup>.

---

<sup>386</sup> E' contemplato anche l'errore di calcolo, che però è soggetto ad una mera correzione: art. 47 c.o.c. tunisino e art. 43 c.o.c. marocchino. Anche il legislatore egiziano dispone in tal senso (art. 123 c.c.).

<sup>387</sup> Anche il codice civile egiziano segue le stesse regole già viste per i codici magrebini nel caso di contratto connotato da un forte *intuitus personae*, allorché il vizio riguardi proprio le qualità dell'altro contraente.

<sup>388</sup> Alcuni di questi esempi sono tratti da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 238 e s.

<sup>389</sup> Per le illustrazioni di cui al testo, v. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 239 e s.

Resta da esaminare il terzo vizio della volontà, il dolo.

Il dolo (*tadlīs*) rappresenta un'applicazione ulteriore del principio secondo cui il rapporto contrattuale deve essere assolutamente equilibrato: infatti ciascuna parte deve poter conoscere, in maniera trasparente e veritiera, tutte le circostanze attinenti al negozio. Da ciò consegue che il dolo è considerato come un elemento inficiante la validità dell'atto.

Il Corano recita: "o Genti del Libro, perché avvilluppate nel falso il vero e nascondete il vero quando sapete?" (III, 71). Peraltro, discusse sono le origini dell'istituto, che secondo alcuni avrebbe radici latine<sup>390</sup> o greco-bizantine<sup>391</sup>.

In ogni caso, la connotazione religiosa del sistema islamico, che pretende la giustizia e l'equità nei negozi umani, si ripercuote tipicamente sulle regole circa gli effetti del dolo. Secondo l'interpretazione dei giuristi musulmani, difatti, la volontà viziata di per sé non è sufficiente a invalidare l'atto, essendo a tal fine pure necessario che dai raggiri sia derivato un danno. Tale danno non è che l'altra faccia dell'arricchimento ingiustificato dell'autore del gesto malizioso (si v. *supra*, a proposito di *ribā*)<sup>392</sup>. E' in ragione di detto arricchimento, che l'intenzione dolosa viene colpita da sanzione, ed alla parte raggirata è riconosciuto il diritto di recedere dal contratto<sup>393</sup>. Per lo stesso motivo, è tutelato soltanto il contraente che subisca un inganno grave (ossia che comporta un grave perturbamento nella rappresentazione della realtà), mentre il c.d. *dolus bonus* non è causa di annullamento del negozio<sup>394</sup>.

I codici contemporanei sono concordi nell'affermare che il dolo causa l'invalidità del contratto a patto che esso sia stato elemento determinante

---

<sup>390</sup> Così Schacht, secondo il quale è la radice della parola (*tadlīs*, dolo), ossia *adl* (imbrogliare) a tradire la derivazione dal latino *dolus*: Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 12).

<sup>391</sup> Come suggerisce Coulson, *Commercial Law in the Gulf States*, cit., p. 69. Si v. anche Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 233.

<sup>392</sup> Il suggerimento viene da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 234, la quale riporta la distinzione della scuola malikita tra dolo reale (consistente in raggiri e comportamenti fraudolenti) e dolo verbale (assimilabile al *dolus bonus*); si v. anche Comair-Obeid, N., *Le contrat en droit musulman des affaires*, Economica, Parigi, 1995, p. 103.

<sup>393</sup> Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 45.

<sup>394</sup> Paciullo, Ceppi, *Il diritto altrove*, cit., p. 109.

del consenso (artt. 56 c.o.c. tunisino, 52 c.o.c. marocchino, 125 c.c. egiziano e 208 c.o.c. libanese<sup>395</sup>).

Generalmente i raggiri assumono rilevanza nel caso in cui sia stato il contraente a porli in atto. Se il comportamento truffaldino proviene da un terzo, ciò provoca l'annullamento del contratto solo qualora il contraente ne abbia beneficiato (art. 209 c.o.c. libanese, 56 c.o.c. tunisino, 52 c.o.c. marocchino), mentre in caso contrario resta salva la possibilità di azionare lo strumento risarcitorio.

Quello che la dottrina occidentale chiama dolo omissivo è del pari contemplato nel diritto islamico, sulla base della particolare considerazione che esso nutre rispetto al dovere di buona fede, trasparenza, equità e lealtà nelle transazioni. Tali doveri, come più volte espresso *retro*, sono frutto dell'impostazione religiosa e solidaristica del diritto islamico, e trovano recepimento anche negli ordinamenti contemporanei, specie in tema di obblighi informativi nei confronti dei consumatori (sul punto si rimanda al capitolo seguente)

Come si può notare dall'*excursus* in materia di vizi del consenso, le regole dei sistemi contemporanei sono influenzate dal diritto islamico, in alcuni casi anche in maniera considerevole<sup>396</sup>. Un aspetto che merita di essere rilevato, fra gli altri, è la circostanza che il divieto di *ribā*, latamente inteso come divieto di ingiustificato arricchimento, trova applicazione operativa con riguardo a tutti i vizi del volere, e funge da principio di orientamento dell'interprete anche nel governo delle questioni di dettaglio relative agli istituti appena discussi. Ancora una volta, si tratta di soluzioni che non trovano il comparatista occidentale completamente sfornito di paragone, rispetto ai sistemi che gli sono noti.

---

<sup>395</sup> In questo sistema il legislatore dà diretta rilevanza anche al dolo c.d. incidentale, ossia al raggio che ha influito sulla conclusione del contratto ma non è stata la ragione principale della sua stipulazione: esso dà origine alla pretesa del contraente raggirato di vedersi risarcito il danno così determinato (art. 209 c.o.c. libanese).

<sup>396</sup> Si v. anche Zahraa, *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 267 e ss.



## X. L'oggetto

L'oggetto del contratto (*mahal*)<sup>397</sup> è uno dei temi in cui si fanno assai stringenti le regole islamiche, poste a tutela della certezza dei traffici e del contraente debole. La particolare attenzione posta dalla *sharī'a* sulla regolamentazione dell'oggetto del contratto impone ai legislatori contemporanei un attento confronto con il dettato normativo islamico.

Secondo la maggior parte dei giuristi islamici<sup>398</sup> l'oggetto del contratto deve essere, al momento della stipulazione, esistente, possibile, determinato o determinabile, lecito. I primi tre requisiti derivano dall'applicazione del divieto di *gharar* che, in questo caso, se sfruttato da uno dei contraenti, potrebbe condurre ad un ingiustificato arricchimento (*ribā*)<sup>399</sup>. La pretesa di liceità è direttamente influenzata, come agevolmente si può intuire, dalla proclamazione di adesione incondizionata alle regole religiose anche in ambito contrattuale<sup>400</sup>.

Venendo al dettaglio dei citati requisiti, l'oggetto deve anzitutto essere esistente al momento della stipulazione. Tale prescrizione si basa sullo *ḥadīth* che recita "non vendere ciò che non hai"<sup>401</sup>. I dottori della legge hanno distinto due diverse ipotesi: quella in cui l'oggetto è rappresentato da un'obbligazione di fare e quella in cui le parti si accordano sopra un'obbligo di dare.

Nella prima ipotesi, attraverso un tipico procedimento di *istiḥsān* (si v. *supra*, § II), gli esegeti del diritto islamico hanno elaborato un'eccezione alla norma che proibisce la vendita di una cosa inesistente, consentendo che il contratto sia validamente stipulato, nonostante l'oggetto interessato non sia ancora venuto in essere, qualora detto oggetto non sia un bene materiale. Tale ragionamento evidentemente è stato motivato dal fatto che molti

---

<sup>397</sup> Per un'interessante comparazione con l'oggetto del contratto così come rappresentato dalle codificazioni e dalla dottrina occidentale si v. Comair Obeid, N., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 11, n. 4 (1996), pp. 331-349.

<sup>398</sup> Si v. Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (2001), p. 350.

<sup>399</sup> Come precisato da Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., pp. 23 e s.

<sup>400</sup> Così Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 210.

<sup>401</sup> Citato da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 210.

contratti – soprattutto quelli la cui esecuzione riguarda proprio la creazione o produzione dell'oggetto medesimo, anche per gradi, come l'appalto – non avrebbero potuto altrimenti essere perfezionati<sup>402</sup>.

La seconda ipotesi cui si accennava è quella rappresentata da contratti con obbligazioni di dare. In questo caso gli studiosi di diritto islamico concordano sul fatto che l'oggetto deve essere esistente al momento della conclusione del negozio<sup>403</sup>.

La vendita di un raccolto sarebbe assolutamente negata fino al momento dello stoccaggio delle messi nel fienile, e le medesime regole sarebbero suscettibili di trovare applicazione in molteplici altri ambiti: si pensi alla produzione di beni comuni, come penne, libri, macchinari etc. Onde ovviare alla rigidità di una simile conclusione, si ammette che si possa ad esempio vendere un bene non ancora esistente quando la futura esistenza di quella determinata cosa è certa. Per riprendere l'esempio del raccolto, se i frutti sono colti continuamente e a breve intervallo di tempo, è ammessa la vendita dell'intero raccolto<sup>404</sup>.

I codici contemporanei si dividono tra quelli che apertamente infrangono la regola dell'esistenza dell'oggetto (ad es. Egitto, Iraq) e quelli che, come visto per altri istituti, sembrano pagare il tributo alla *sharī'a*, salvo poi piegare le norme ad interpretazioni assolutamente compatibili con il diritto occidentale (ad es. Giordania)<sup>405</sup>.

Appartiene a quest'ultima classificazione il codice civile giordano, il quale (art. 160) prevede che l'oggetto di un contratto può essere costituito da una cosa futura "purché sia evitato ogni rischio". Il medesimo articolo – ed ecco la modernizzazione della regola, e il suo forgiarsi secondo le esigenze della prassi – specifica che per rischio si intende una sostanziale ignoranza sull'oggetto del contratto da parte di uno o entrambi i contraenti<sup>406</sup>. La

---

<sup>402</sup> Sul punto Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., p. 336.

<sup>403</sup> La ricognizione della dottrina su questo frangente è offerta da Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., p. 336.

<sup>404</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., pp. 350 e ss.

<sup>405</sup> Si v. Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., pp. 344 e ss.

<sup>406</sup> Per un commento si v. Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., pp. 344 e s.

relazione al codice giustifica tale impostazione, precisando che, sebbene la scuola hanafita consideri l'esistenza dell'oggetto del contratto come un requisito imprescindibile, è anche vero che alcuni contratti come la vendita di cosa futura o il contratto di manifattura hanno ad oggetto un bene non ancora esistente. Inoltre, sussiste un numero così elevato di ulteriori qualificazioni e restrizioni di tale principio, che si può ritenere che esso non costituisca un principio generale portante. Secondo i commenti ai moderni codici, non deve stupire che il divieto di *gharar*, a cui le regole sull'esistenza dell'oggetto sono preordinate, venga superato mediante la prescrizione che importa una più approfondita precisa conoscenza da parte dei contraenti. Infatti, "come potrebbero le parti prestare il loro consenso al trasferimento di un bene che potrebbe non esistere o del quale non hanno la piena conoscenza?"<sup>407</sup>.

Altra scelta compiono i legislatori iracheno ed egiziano, rompendo senza mezzi termini con la tradizione. Nel codice egiziano apertamente è previsto che "cose future possono costituire l'oggetto di un'obbligazione", senza alcuna restrizione. Nella relazione al codice, redatta da al-Sanhūrī, è riportato chiaramente che tale norma confligge con le regole sciaritiche<sup>408</sup>.

Il codice iracheno (art. 129) sostanzialmente condivide l'impostazione egiziana, statuendo che "l'oggetto di un contratto può non essere esistente al momento della stipulazione", ma prevede alcune cautele, in quanto ciò è permesso purché "l'esistenza dell'oggetto sia possibile in futuro, sia determinato in modo preciso e purché ciò non sia rischioso". Il Qatar (art. 33 l.c.c.) segue quasi alla lettera questa definizione e l'impostazione di fondo è condivisa dal legislatore del Kuwait, il quale (art. 168 c.c.) consente che l'oggetto di un contratto possa consistere in una cosa futura purché la sua esistenza non dipenda unicamente da una mera probabilità.

---

<sup>407</sup> Così Vogel, *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, cit., p. 24.

<sup>408</sup> La relazione, seppure in maniera del tutto sfuggente, si confronta con la tradizione precisando, in una nota a piè di pagina, che la soluzione adottata non confligge completamente con la dottrina della *sharī'a*, dal momento che un giurista islamico, Ibn Qayyim, era a favore delle obbligazioni che hanno per oggetto cose future, quando ciò non sia fonte di incertezza. Si v. Ah Sanhūrī, *Al Wasit*, cit., vol. I p. 410 cit. da Saleh, *Freedom of Contract*, cit., pp. 351.

In conclusione si può affermare che nelle codificazioni arabe contemporanee o il contratto può tout court avere ad oggetto cose non ancora esistenti (Egitto), oppure la prescrizione di evitare l'incertezza materiale sull'esistenza dell'oggetto è sostituita dal divieto sciaratico di stipulare un contratto che abbia ad oggetto una cosa inesistente. Solo l'assoluta incertezza o la mera eventualità della futura esistenza dell'oggetto causano la nullità del contratto.

Il secondo requisito concerne la possibilità dell'oggetto. Tutte le scuole islamiche sono concordi nell'affermare, utilizzando ancora una volta il contratto di vendita come modello, che il venditore non può vendere qualcosa di cui non gli è possibile entrare in possesso. L'esempio tipico è costituito dal contratto tra un medico e un paziente, in cui si stipula che il medico curi il paziente con la garanzia che quest'ultimo guarirà completamente: questo oggetto non è possibile, perché – si chiosa – solo Dio può disporre della salute degli uomini<sup>409</sup>.

Altro tipo di impossibilità è quella giuridica: in questo caso al contratto si considera apposta *de iure* una condizione sospensiva, e gli effetti dell'atto restano sospesi fino a che non si perfeziona l'evento giuridico il cui mancato avverarsi provoca la impossibilità dell'oggetto<sup>410</sup>.

I legislatori contemporanei senza particolarità degne di nota recepiscono la regola islamica, stabilendo che se l'oggetto del contratto è qualcosa di impossibile in sé, il contratto è sanzionato con la nullità<sup>411</sup>.

Così, ad esempio, secondo il c.o.c. tunisino, "l'obbligazione che ha per oggetto una cosa o un fatto impossibile, fisicamente o giuridicamente, è nulla" (art. 64). La regola è ripresa con minime modifiche dai legislatori marocchino (art. 59 c.o.c.), libanese (art. 191 c.o.c.)<sup>412</sup>, egiziano (art. 132 c.c., che però non marca la differenza tra impossibilità materiale e giuridica),

---

<sup>409</sup> L'esempio è tratto da Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 352.

<sup>410</sup> Si v. amplius Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 213.

<sup>411</sup> Questo requisito non presenta particolari difficoltà al giurista italiano, perché anch'egli studia che non si può vendere un ippogrifo o un altro oggetto inesistente.

<sup>412</sup> In questi codici si precisa che la parte che era a conoscenza dell'impossibilità dell'oggetto e non lo ha comunicato all'altra parte è tenuta a risarcire il danno (così ad es. art. 65 c.o.c. tunisino e 191 c.o.c. libanese).

giordano (art. 159 c.c.) e iracheno (art. 127, secondo il quale l'impossibilità che dà luogo alla nullità del contratto deve essere assoluta)<sup>413</sup>.

Un ulteriore requisito dell'oggetto del contratto è rappresentato dalla determinatezza. I giuristi islamici suggeriscono di consegnare l'oggetto contestualmente alla stipulazione del contratto, così da evitare qualsiasi forma di indeterminatezza (nella qualità, o nella quantità, o nell'identificazione dell'oggetto)<sup>414</sup>. Tuttavia questa esortazione non ha avuto molto successo nella prassi, in cui si vendeva persino ciò che non era fisicamente presente. La dottrina ha così elaborato la figura della vendita di cosa assente (*ba'y ghā'ib*), cioè di un bene che il venditore non ha con sé, ma su cui esercita un diritto, di cui detiene un titolo valido per la vendita (sulla vendita *salam* o con consegna differita si v. supra, § V capitolo precedente)<sup>415</sup>. Anche in questo caso, la *sharī'a* si accontenta che sull'oggetto del contratto non gravi una sostanziale ignoranza da parte di uno dei contraenti.

I codici accolgono quest'ultimo principio: il legislatore egiziano (art. 133 c.c.) e quello iracheno (art. 28 c.c.) stabiliscono che occorre evitare l'ignoranza di una delle parti sull'oggetto del contratto; nello stesso senso si esprimono il Kuwait (art. 171 c.c.), il Qatar (art. 29 l.c.c.) e pure il Bahrain (art. 94 c.com.), il quale esige la concreta "identificazione" del bene al fine di evitare l'indeterminatezza<sup>416</sup>.

In conclusione, nemmeno questo requisito causa particolari problematiche o sostanziali differenziazioni tra i codici contemporanei, che si allineano sulla necessità della determinatezza dell'oggetto, variando solo disposizioni di dettaglio.

---

<sup>413</sup> Gli esempi sono ripresi da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., pp. 213 e s.

<sup>414</sup> Sul punto *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit., p. 265 e ss.

<sup>415</sup> Saleh, *Freedom of Contract*, cit., p. 352 e Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., pp. 344 e ss.

<sup>416</sup> Si v. Saleh, *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, cit., pp. 353 e s.

L'ultimo requisito da considerare è quello attinente alla liceità. Secondo la *sharī'a* l'oggetto deve consistere in una cosa suscettibile di essere legittimamente posseduta e deve avere un valore di mercato<sup>417</sup>.

Pertanto, non è possibile vendere una moschea né darla in locazione, non si può vendere vino, maiale o carne non macellata secondo il rituale, e non si può vendere un singolo chicco di grano perché non ha alcun valore di mercato<sup>418</sup>.

Queste disposizioni sono seguite da alcuni codici, mentre altri se ne discostano, ed altri reimpiegano il concetto di illiceità dell'oggetto per altre finalità. Tra i codici che non seguono la regola islamica si possono menzionare quelli di Tunisia (art. 62 c.o.c.) e di Marocco (art. 57 c.o.c.), i quali precisano che sono commerciabili tutte le cose per cui non vige un divieto espresso di contrattare<sup>419</sup>.

Altri codici, come quello libanese (art. 191 c.o.c.), egiziano (art. 135 c.c.) ed iracheno (art. 161 c.c.), introducono il concetto di illiceità nel dettato legislativo, precisando che se l'oggetto è illecito o immorale il contratto è nullo. Ovviamente la nozione è stata ulteriormente elaborata da dottrina e giurisprudenza, che hanno seguito l'evoluzione dei costumi sociali e religiosi, ora facendo evaporare gli aspetti più tradizionali dell'istituto, ora rimarcandoli<sup>420</sup>.

Infine, sono applicate restrizioni di tutt'altra natura in alcuni paesi, che prevedono che l'oggetto del contratto diventa illecito (e rende nullo l'intero negozio) perché è dichiarato tale da disposizioni di legge. Ad esempio, in

---

<sup>417</sup> Saleh, *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, cit., p. 353, e Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., p. 344 e ss.

<sup>418</sup> Le regole attinenti questo requisito dell'oggetto sono in gran parte di derivazione religiosa: si pensi alla vendita di bevande alcoliche o di altri alimenti *haram* (proibiti), o alla sacralità dei luoghi di culto che li rende non commerciabili. Altre proibizioni derivano dalla "dimensione sociale dell'Islam: l'oggetto, per essere lecito, deve avere una certa finalità risultante dall'utilità dell'atto e dalla conformità al buon costume" (Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 218 e Corano, II, 173).

<sup>419</sup> Ad esempio, le norme sulla vendita vieterebbero tra musulmani i contratti aventi ad oggetti cose impure per la religione islamica, salvo espressa autorizzazione, così come avviene nel caso di concimi animali che, per quanto impuri, sono soggetti a precisa regolamentazione. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 220.

<sup>420</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 220.

passato vi sono state delle legislazioni che proibivano di commerciare prodotti israeliani o americani, o di vendere petrolio. Tali restrizioni hanno la loro ragion d'essere non nell'adesione alla moralità sciariatica, ma nelle stesse disposizioni di legge<sup>421</sup>.

## XI. La causa

Secondo una dottrina islamica<sup>422</sup>, la nozione di causa (*sabab al-'aqd*) nel diritto islamico è un concetto astratto, fondato esclusivamente sulla necessità di dare una collocazione dogmatica all'intenzione e ai motivi<sup>423</sup>.

Come in occidente<sup>424</sup>, anche nei Paesi arabi il dibattito sulla *sabab* è stato assai acceso, e si è principalmente incentrato sul tema della causa come elemento essenziale del contratto<sup>425</sup> e su quello, non meno centrale, della nullità per illiceità della causa di un contratto valido sotto tutti gli altri profili<sup>426</sup>.

Secondo alcuni autori<sup>427</sup> la causa sarebbe uno strumento dell'interprete per rintracciare la volontà (*niyya*) delle parti contraenti. Secondo altri<sup>428</sup> essa sarebbe l'ago nella bilancia delle prestazioni contrattuali, che dovrebbero, secondo i principi solidaristici della *sharī'a*, sempre tendere all'equivalenza.

Una distinzione fondamentale è, come anticipato, quella relativa alla nullità del contratto per la sola illiceità della causa – tema in cui, peraltro, la *sabab* si confonde coi motivi. Un esempio frequentemente riportato in

---

<sup>421</sup> Zahraa, *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, cit. pp. 265 e ss.

<sup>422</sup> Si v. Mahmassani, *An-Nazariyat al-Amat li-Imugibat wa l-Uqud*, Beirut, 1948, pp. 320 e ss., e Comair-Obeid, N., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4 (1996), p. 334.

<sup>423</sup> Nonostante tale orientamento, la dottrina islamica ha generalmente studiato la causa da due angolazioni. Hanafiti e Shafeiti l'hanno equiparata ai motivi che determinano le parti a contrarre. Hanbaliti e Malikiti, invece, accordano rilevanza ai motivi solo allorché questi non siano contrari alla *sharī'a*. Così Comair-Obeid, *Particularity of the Contract's Subject-Matter*, cit., p. 334.

<sup>424</sup> Si rimanda, anche per ulteriori spunti bibliografici, a Bussani, M., *Libertà contrattuale e diritto europeo*, UTET, Torino, 2005.

<sup>425</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., 223.

<sup>426</sup> Per un'esauritiva disamina, si v. Saleh, N., *Are the Validity and Construction of Legal Acts Affected by Cause (Sabab)? (A Comparative Study under Islamic and Arab Laws)*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 7, n. 2, 1992, pp. 116-140

<sup>427</sup> Saleh, *Are the Validity and Construction of Legal Acts Affected by Cause (Sabab)?*, pp. 116 e ss.

<sup>428</sup> Chehata, C., *Droit Musulman*, Précis Dalloz, Parigi, 1970, p. 68.

dottrina è quello della vendita dell'uva: se il venditore sa che il compratore la sta acquistando per produrre del vino, secondo hanbaliti e malikiti il contratto è nullo per illiceità della causa. Gli shafeiti, invece, ritengono che solo l'espressa menzione di una causa illecita renda nullo il contratto, perché il venditore non può con certezza sapere che la sua controparte ha concluso il negozio per una causa (motivo) illecita<sup>429</sup>. Altri autori<sup>430</sup>, più recentemente, hanno infine pragmaticamente sostenuto che la causa è sempre presunta in un contratto, perché nessuno contratterebbe senza un motivo, quale che sia.

Nei codici contemporanei non si trova eco di questo dibattito dottrinale<sup>431</sup>; la maggior parte delle codificazioni recepisce l'impianto francese<sup>432</sup>. L'unico a dare una definizione precisa di causa è il codice libanese, secondo il quale la causa dell'obbligazione consiste nel motivo (art. 195 c.o.c.), che è parte integrante dell'atto<sup>433</sup>. Gli altri codici, pur non contemplando una definizione espressa della causa, propendono per la sua necessità quale requisito essenziale del contratto (artt. 67 c.o.c. tunisino, 62 c.o.c. marocchino, 136 c.c. egiziano).

L'impianto francesizzante, peraltro da questo punto di vista non stridente con la tradizione islamica, si nota soprattutto nelle prescrizioni relative alla *sabab*, che è considerata illecita se contraria all'ordine pubblico, al buon costume o alle norme imperative (artt. 67 c.o.c. tunisino, 62 c.o.c. marocchino, 136 c.c. egiziano e 198 c.o.c. libanese).

Una particolarità degna di essere segnalata è rappresentata dal recepimento di due tipiche norme islamiche: la prima prevede che la certezza e liceità della causa sono presunte, anche se la *sabab* non è espressa. La seconda regola prevede, infine, che, qualora la causa sia

---

<sup>429</sup> L'esempio è riportato, tra gli altri, da Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., 224.

<sup>430</sup> Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, II, p. 22.

<sup>431</sup> Si v. per es. Arabi, O., *Intention and Method in Sanhuri's Fiqh: Cause as Ulterior Motive*, in *Islamic Law and society*, IV, 2, 1997, pp. 200-223.

<sup>432</sup> Il codice francese, come noto, si occupa prevalentemente della causa dell'obbligazione: Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., p. 225.

<sup>433</sup> Esempio e traduzione di Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., 225.



menzionata espressamente, essa si presume reale e vera fino a prova contraria<sup>434</sup>.

---

<sup>434</sup> Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, cit., 226 e Saleh, *Are the Validity and Construction of Legal Acts Affected by Cause (Sabab)*, cit., pp. 116 e ss.



## **5. Il diritto dei consumatori nei paesi arabi**

### **I. Introduzione**

Nella parte introduttiva si è dato conto del continuo lavoro del diritto vivente e di come, tra i diversi strati del diritto, passino regole e soluzioni come in un sistema di vasi comunicanti.

Di questo dialogo la branca del diritto che qui interessa, il diritto dei consumatori, è insieme testimone ed esito e vale perciò la pena di analizzarne le regole quale applicazione particolarmente allettante di quanto già scandagliato nei capitoli precedenti.

Oggetto di questo capitolo è l'esame comparato del diritto dei consumatori in alcuni sistemi<sup>435</sup> del Mediterraneo: Marocco, Algeria, Tunisia, Egitto e Libano<sup>436</sup>.

### **II. Origini della tutela consumeristica nel mondo islamico**

A riprova della continua dialettica tra le componenti del sistema, si deve notare che il recente emergere, in molti paesi arabi del Mediterraneo, di previsioni dirette a tutelare il consumatore non rappresenta unicamente il prodotto di un processo imitativo delle regole occidentali. Risalendo nel tempo, si può constatare come il diritto islamico offrisse, fin dai tempi della sua prima diffusione, un'embrionale tutela del contraente più debole, che veniva indirettamente protetto mediante la raccomandazione della lealtà

---

<sup>435</sup> Il tema di questo scritto porta a tralasciare l'esame dei sistemi maltese e cipriota – sui cui territori convive una popolazione composta da europei e arabi –, poiché questi paesi, a seguito dell'adesione all'UE in qualità di stato membro (avvenuta nel 2004, si v. per un quadro di riferimento la pagina del sito dell'UE all'indirizzo [http://europa.eu/legislation\\_summaries/enlargement/2004\\_and\\_2007\\_enlargement/e50017\\_it.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/enlargement/2004_and_2007_enlargement/e50017_it.htm)), hanno adeguato la propria legislazione all'*acquis* europeo.

<sup>436</sup> Essi sono stati scelti, per questo capitolo, per ragioni di ordine pratico – l'accessibilità delle fonti – e tematico, ossia perché questi sistemi vantano una legislazione consumeristica più articolata di altre giurisdizioni. Piuttosto, va ricordato come alcuni dei paesi oggetto dell'indagine hanno di recente vissuto quella 'primavera' le cui ricadute sul sistema giuridico non tarderanno a manifestarsi. Si tratta di ricadute, tuttavia, il cui impatto sul tema di queste note è difficile che si produca con modalità incisive, proprio alla luce delle osservazioni che seguono, e che testimoniano la piena compatibilità del diritto dei consumatori adottato in questi paesi non solo con lo strato giuridico di stampo occidentale, ma anche con quello di ispirazione islamica.

delle negoziazioni commerciali, e attraverso l'imposizione del divieto di frode nelle medesime transazioni all'interno della comunità. Entrambe le fonti primarie dell'Islam, Corano e Sunna<sup>437</sup>, si pronunciano sul tema. Le società arabe agli albori dell'Islam erano del resto prevalentemente società di mercanti<sup>438</sup>, ed ecco perché il dettato coranico tutela la lealtà nelle transazioni, imponendo in particolare requisiti minimi di trasparenza dei sistemi di misurazione. Sul punto il Corano recita: "sventura ai frodatori! Quando ricevono dalla gente la loro misura la pretendono completa; quando misurano o pesano imbrogliano gli altri"<sup>439</sup>. Ancora, "date misura e peso pieni e non date alle genti meno di ciò che spetta loro"<sup>440</sup>. Simili riferimenti, volti a condannare coloro che imbrogliano e frodano, si trovano frequenti anche nella Sunna<sup>441</sup>. L'effettività di questi precetti era garantita, nelle città musulmane e specialmente ottomane, da un'autorità *ad hoc*, il *muhtasib*, ovvero l'"ispettore del mercato"<sup>442</sup>.

Con la progressiva modernizzazione dei mercati, nel corso dei secoli, questi precetti di origine sciariatica si sono rivelati inadatti a garantire adeguati livelli di tutela della parte debole del rapporto. Il diritto dei consumatori si è quindi evoluto secondo direttrici ulteriori rispetto a quella dei principi solidaristici della giustizia islamica, e ha dato origine, specie negli ultimi decenni, all'elaborazione di complessi meccanismi di protezione consumeristica, veicolati da regole di diritto positivo e sostanzialmente ispirati a modelli di matrice occidentale. Meccanismi e regole che saranno oggetto di esame più avanti, nei paragrafi 5 e seguenti, dopo aver fornito qualche

---

<sup>437</sup> Per un'analisi del ruolo di questa fonte nel diritto islamico v. A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 114 ss.

<sup>438</sup> V. J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 55.

<sup>439</sup> Sura 83 "I frodatori", 1-3. Per il testo coranico si è utilizzato G. Mandel, *Il Corano*, UTET, Torino, 2006, pp. 606 e s.

<sup>440</sup> Sura 7 "I muraglioni, i limbi", 85. G. Mandel, cit., pp. 80 e s. Molte altre sure si occupano della lealtà delle transazioni, tra cui quella di Hud, degli armenti, del viaggio notturno, delle donne. Si v. S. El Hajoui, *La sécurité du consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007.

<sup>441</sup> Ad esempio, "non è dei nostri chi pratica l'imbroglio". L'esempio è tratto da El Hajoui, cit., pp. 1 e s.

<sup>442</sup> Si v. J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., pp. 55-56. In Marocco tale autorità ha operato con compiti di controllo e supporto alla polizia ordinaria sino all'istituzione del protettorato francese, nel 1912.

chiarimento ulteriore in ordine alle dinamiche e ai fattori che di quei meccanismi e di quelle regole hanno determinato la recente adozione.

### **III. Change under pressure**

Uno dei motivi che hanno indotto i paesi in esame a riformare la materia, distaccandosi dalle norme islamiche e attingendo ad altri modelli normativi si ritrova sicuramente nel desiderio (certo, di promuovere uno scenario socialmente sostenibile, ma anche) di appropriarsi delle ricadute economiche positive che, secondo un'opinione largamente circolante nei circuiti internazionali, si legano alla recezione di quei modelli<sup>443</sup>.

E' noto che uno dei requisiti imposti per l'adesione ad alcuni organismi sopranazionali (United Nations, World Trade Organization, Food and Agriculture Organization) o per la fruizione dei benefici erogati da talune istituzioni (International Monetary Found, World Bank) è l'ammodernamento delle infrastrutture giuridiche, e la tutela di alcuni interessi e soggetti – tra i primi, quelli connessi alla concorrenza e ai diritti di proprietà intellettuale; tra i secondi, proprio i consumatori<sup>444</sup>.

---

<sup>443</sup> Per un approccio critico si v. E. Örüçü, *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*. 59 *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking* 1, 82, 1999, pp. 82 ss.

<sup>444</sup> Cfr. M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 29; S. Cassese, *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009, pp. 49 ss., nonché M. Bussani, *Il diritto dell'occidente*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 102 ss.

Due esempi di atti legislativi emanati sulla base delle raccomandazioni degli organismi sovranazionali sono particolarmente interessanti. Il primo é costituito dalle normative sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale, mentre il secondo riguarda le direttive volte a fissare gli standards minimi per il commercio agro-alimentare. Sul primo versante, viene in rilievo il caso giordano, dove il desiderio di guadagnare l'appoggio dell'IMF e della WB ha contribuito a promuovere l'emanazione della Patent Law n. 32/1999, varata proprio nel quadro degli interventi necessari a raggiungere gli standards richiesti dall'adesione ai TRIPs (per i quali, fra i tanti, D. J. Jervais, *The TRIPs Agreement*, pp. 41 s., in O. Vrins and M. Schneider eds., *Enforcement of Intellectual Property Rights through Border Measures*, Oxford University Press, Oxford, 2006), dal momento che la normativa preesistente non integrava tali requisiti (V. Baha'a Armouti, *Jordan, Note on the New Patent Law*, in *Arab Law Quarterly*, 15, 1 (2000), pp. 100 s.). Sotto il secondo profilo, meritano una menzione le pressioni (dell'Unione Europea ma anche) della FAO per ottenere, nel campo della prevenzione e repressione delle frodi alimentari, la costituzione di un'autorità centrale di controllo della qualità e sicurezza dei prodotti agroalimentari – pressioni che, ad esempio, in Marocco, sono sfociate (oltre che nella legge di tutela dei consumatori n. 31/2008, approvata il 18 febbraio 2011, su cui si v. *infra*) nell'idea, attualmente allo stato di progetto, di creare un'autorità centrale in seno alla direzione del commercio interno, afferente al ministero dell'industria e del commercio, con il compito, tra l'altro, di raccogliere le doglianze dei consumatori (S. El Hajoui, *La sécurité du*

L'adozione per via normativa di soluzioni occidentali si comprende però anche altrimenti. Commercio e turismo rappresentano, nella bilancia commerciale dei paesi del Mediterraneo, voci cospicue di entrate, e veri e propri motori trainanti dello sviluppo economico<sup>445</sup>. In quest'ottica, l'innesto, nel mondo arabo, di modelli ispirati al diritto occidentale si spiega quale strumento teso a predisporre un ambiente favorevole agli investimenti<sup>446</sup>, e a rinfrancare gli operatori, i consumatori e i turisti occidentali, i quali dovrebbero essere incentivati alla contrattazione dalla presenza di un contesto giuridico a loro familiare<sup>447</sup>.

Anche l'Unione Europea gioca un ruolo di primo piano nel guidare i paesi arabi verso l'"ammodernamento" del diritto. Il partenariato commerciale con la UE ha ricevuto una propria dimensione istituzionale nella prospettiva della costituzione, a breve termine, di un'area di libero scambio lungo tutto il bacino del Mediterraneo<sup>448</sup>, ispirata alla politica europea volta a creare dei rapporti privilegiati con i paesi confinanti. Tale zona di libero scambio presuppone una certa compatibilità fra le soluzioni giuridiche volta a volta in questione, il che rappresenta un importante incentivo al

---

*consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007, p. 11).

<sup>445</sup> Si v. *Conclusions of Euromed Ministerial Conference on Tourism*, Fez, 2-3 aprile 2008, consultabile sulla pagina web [http://eeas.europa.eu/euromed/conf/tourism/conclusions\\_en.pdf](http://eeas.europa.eu/euromed/conf/tourism/conclusions_en.pdf).

Fra gli esempi più significativi da questo punto di vista, vale la pena di ricordare la legislazione relativa alla tutela del consumatore nella sua qualità di turista (è del 1997 la legge tunisina sulla tutela del contraente debole nei contratti c.d. di time sharing: legge 46/1997 del 14 luglio 1997, J.O.R.T. del 18 luglio 1997, n. 57, pp. 1262 s.), e la normativa a tutela del consumatore nel commercio elettronico (sulla quale v. V. M. Donini, *Legal Issues Related to the Development of Information Society in the Arab World*, in K. Van der Borgh, *Law and Economic Development: Towards Constructive Engagement in the Middle East*, Cameron May, Londra, 2009).

<sup>446</sup> In questi termini si esprime W. J. Kassir, *Les juristes face aux défis de la mondialisation*, in id., *Réflexion d'un Juriste Arabo-Méditerranéen face à la Mondialisation à l'aube du XXIème siècle (2000-2010)*, Kassir Law Centre, Beirut, 2009, pp. 159 s.

<sup>447</sup> Si v. ad esempio le motivazioni spiegate dal governo libanese a supporto degli interventi normativi in materia di commercio elettronico, ovvero "l'importanza del commercio elettronico come uno strumento privilegiato per le imprese nel cogliere nel modo migliore i benefici del mercato globale" ([www.ecomleb.org/en/publications](http://www.ecomleb.org/en/publications)). V. anche oltre, nota 28 ed inoltre M.G. Baldarelli, *L'alternativa ai pacchetti tutto compreso nei paesi arabi: a favore di un "ricco outgoing?"*, in *Economia e diritto del terziario*, 2009, 1, pp. 87-113.

<sup>448</sup> V. M. Donini, *La conferenza di Barcellona: una vera svolta nei rapporti Euro-Mediterranei?*, in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 3 (2007) I. Per un continuo aggiornamento sull'Unione per il Mediterraneo, naturale proseguimento del progetto EuroMed, v. il sito [www.enpi-info.eu/mainmed.php?id=341&id\\_type=2](http://www.enpi-info.eu/mainmed.php?id=341&id_type=2).

ravvicinamento delle legislazioni arabe tra loro e rispetto al modello comunitario<sup>449</sup>.

Del resto, anche nei progetti di cooperazione attualmente in corso fra la UE ed alcuni paesi dell'area mediterranea, l'adesione, da parte della controparte araba, alle scelte legislative europee (ad esempio in materia di tutela della concorrenza<sup>450</sup> o del consumatore<sup>451</sup>), rappresenta generalmente uno dei requisiti imprescindibili richiesti dagli stessi strumenti convenzionali per l'avvio della collaborazione medesima, ed infatti tutti gli accordi di associazione euro-mediterranei contengono l'onere di ravvicinare all'*acquis communautaire* le legislazioni dei paesi partners<sup>452</sup>. Né va dimenticata l'esistenza di numerosi progetti *ad hoc*, istituiti dall'Unione Europea con questo o quel paese arabo, al precipuo scopo di incentivare il rafforzamento della tutela del consumatore e la creazione o il potenziamento di autorità

---

<sup>449</sup> Si v. V. M. Donini, *La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international*, in *Uniform Law Review* 2009 (14), pp. 102 ss. Per un'analisi a compasso allargato dei progetti di uniformazione del diritto in prospettiva pan-araba, si v., oltre che S.A. Aldeeb, *La religion et le droit des pays arabes*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2/2007, pp. 275 ss., ancora V. M. Donini, *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2007, pp. 68-70, dove si legge che "anche nel mondo arabo [...] non sono mancati tentativi di armonizzare il diritto dei contratti, che però non si sono mai tradotti in iniziative e risultati concreti" (p. 68). In altri termini, manca "un'organizzazione diretta all'armonizzazione del diritto degli affari, artefice di numerosi atti uniformi" (p. 69), per quanto la straordinaria diffusione del codice civile egiziano (e del relativo commentario, "quasi assimilato a una fonte del diritto", p. 69) abbia rappresentato una significativa e concreta accelerazione verso l'armonizzazione del diritto.

<sup>450</sup> L'art. 36 dell'Association Agreement tra UE e Tunisia, ad esempio, dispone espressamente la necessità di stabilire degli standards minimi in materia di tutela della concorrenza (Association Agreement del 17 luglio 1995, concluso tra la Comunità Europea e i suoi stati membri e la Repubblica Tunisina, pubblicato in OJ L 97, 30.3.1998, p. 2-183).

<sup>451</sup> Ad esempio, la legge libanese n. 659/2005 è stata promulgata tenendo conto delle previsioni dell'Association Agreement UE-Libano (Association Agreement del 18 aprile 2002 concluso tra la Comunità Europea e i suoi stati membri e la Repubblica Libanese, per il cui testo si v. il sito [trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/july/tradoc\\_124244.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/july/tradoc_124244.pdf)), l'art. 58 del quale impone il recepimento degli standards comunitari in materia di tutela del consumatore per "incrementare la compatibilità della legislazione in materia di tutela dei consumatori, al fine di abbattere gli ostacoli agli scambi commerciali". Il medesimo articolo prosegue indicando la necessità di stabilire sistemi di informazione reciproca, relativamente ai prodotti alimentari o industriali pericolosi (c.d. rapid alert system), lo scambio di informazioni tra esperti della materia consumeristica, l'organizzazione di seminari di formazione e aggiornamento di coloro che operano nel settore della tutela del consumatore.

<sup>452</sup> Si veda sul punto V. M. Donini, *La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international*, in *Uniform Law Review* 2009 (14), pp. 100 ss.

deputate a vigilare sul rispetto degli standards imposti nei vari settori interessati<sup>453</sup>.

Quanto precede spiega perché, nella prospettiva di questo studio, diviene cruciale comprendere quali siano stati i modelli volta a volta presi a riferimento dai paesi in esame nella realizzazione delle riforme pro-consumatore, ciò che sarà oggetto del successivo par. 4. Solo a questo punto, e dopo qualche chiarimento in ordine alle fonti che disciplinano la tutela del consumatore (par. 5), sarà possibile entrare nel vivo dell'analisi, con l'esame: delle nozioni chiave della materia (consumatore, prodotto, produttore: par. 6), dei diritti riconosciuti al consumatore (par. 7), e dei diversi settori d'intervento (parr. 8-12). L'aggiunta, a questo quadro, dei sistemi – giudiziali e non – di risoluzione delle controversie (par. 13) e del ruolo delle associazioni dei consumatori (par. 14), consentirà di tirare alcune conclusioni: i) in ordine all'indipendenza del diritto odierno da quello islamico; ii) sulla rispondenza dei sistemi analizzati alla generale richiesta di strutture economico-giuridiche euro-compatibili; ed infine, iii) sulla capacità di queste strutture di tutelare i consumatori locali, nel quadro di una protezione effettiva, e non solo proclamata, di quei contraenti.

#### **IV. Modelli e imitazioni**

Com'è stato appena ricordato, l'Unione Europea ritiene che la diffusione dell'*acquis communautaire*<sup>454</sup> anche nella sponda meridionale del

---

<sup>453</sup> E' il caso di un progetto di gemellaggio sorto tra il Marocco e l'UE, intitolato proprio alla tutela del consumatore, e consultabile sul sito della delegazione della Commissione Europea in Marocco, all'indirizzo [www.delmar.ec.europa.eu/fr/communiqués/pdf/20071115.pdf](http://www.delmar.ec.europa.eu/fr/communiqués/pdf/20071115.pdf). Tale progetto si iscrive nel quadro degli accordi di associazione UE-Marocco.

Sul versante non istituzionale, vale la pena di sottolineare come siano numerose anche le iniziative di fonte privata, volte a favorire l'ammodernamento della legislazione nella materia in discorso. Tra gli altri, si può citare il caso del progetto 'Consumed – Consumatori nel Mediterraneo', avviato dalla regione Sicilia, che ha visto collaborare alcune università ed istituti di ricerca italiani e mediterranei allo scambio e al confronto di informazioni, esperienze e studiosi, con particolare riguardo alla legislazione a tutela dei consumatori nei settori dei trasporti, agroalimentare e del commercio elettronico. Per maggiori informazioni, si v. il sito [www.ioconsumatore.eu](http://www.ioconsumatore.eu). Sull'importanza di queste iniziative, v. W. J. Kassir, *Les juristes face aux défis de la mondialisation*, in Id. *Réflexion d'un Juriste Arabo-Méditerranéen face à la Mondialisation à l'aube du XXIème siècle (2000-2010)*, Kassir Law Centre, Beirut, 2009, p. 160.

<sup>454</sup> Per un'analisi della normativa europea si v. tra i tanti G. Alpa (cur.), *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, dir. da G. M. Ajani e G. A. Benacchio; A. Bartolini, *I diritti fondamentali dei consumatori in Europa*, Nagard, Milano,



Mediterraneo costituisca uno strumento essenziale alla costituzione di uno spazio euro-mediterraneo funzionale e coeso – nonché uno dei mezzi più affidabili per il raggiungimento di tal fine<sup>455</sup>. Non meraviglia, pertanto, che uno dei più frequenti modelli cui le normative arabe si ispirano sia proprio quello europeo<sup>456</sup>, considerato l'obbligo al ravvicinamento delle legislazioni di cui al paragrafo precedente (così è ad esempio per Tunisia: art. 52, Marocco: art. 52 e Algeria: art. 56)<sup>457</sup>.

L'attrattività del modello europeo per i legislatori arabi non deriva solo dall'opportunità di cementificare, tramite la sua recezione, i rapporti economico-commerciali con l'Europa, ma pure dall'elevato tasso di sofisticazione che la materia consumeristica – all'esito di interventi legislativi, dottrinali e giurisprudenziali – ha oramai raggiunto nello spazio comunitario. Né va sottaciuta la circostanza che il sistema europeo è particolarmente seducente, agli occhi delle élites gius-politiche arabe, in ragione del fatto che esse spesso parlano una delle lingue in cui più copiosamente si esprimono le istituzioni europee, ossia inglese e francese<sup>458</sup>. Così, non solo la ricchezza del corpus normativo comunitario offre al legislatore e all'interprete arabo un ampio serbatoio di metodi, regole e soluzioni cui attingere nell'amministrazione della materia, nonché il vantaggio dell'immediata reperibilità dei materiali e della condivisione linguistica, che abbattano i costi connessi al processo di imitazione di un modello non autoctono<sup>459</sup>.

---

2007, in AA. VV, *I quaderni del centro UNESCO*; D. La Rocca, *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008; A.M. Mancaleoni, *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, Novene, 2005; C. Amato, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori: problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>455</sup> Si veda a tal proposito B. Karray, *L'évolution du partenariat euro-méditerranéen*, in *Journal du droit international*, 3/2008 p. 760.

<sup>456</sup> Un esempio è costituito dalla legge libanese di tutela dei consumatori n. 659/2005 (per una versione inglese si veda il sito del ministero dell'economia e del commercio alla pagina [www.economy.gov.lb/MOET/English/ Panel/ConsumerProtection/Pages/Default.aspx](http://www.economy.gov.lb/MOET/English/Panel/ConsumerProtection/Pages/Default.aspx)). Per un commento sulla legge libanese cfr. F. Nammour, *La loi libanaise n° 659 du 4 février 2005 sur la protection du consommateur*, *Al Adl* 2006/2, p. 556.

<sup>457</sup> V. M. Donini, *La circulation*, cit., p. 101 ss.

<sup>458</sup> Per quanto anche il tedesco sia ormai una delle lingue di uso corrente presso le istituzioni europee, esso non è parlato in area araba.

<sup>459</sup> Si v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Utet, V ediz., Torino, 1992, pp. 151 s.

Vale però la pena di notare come quello europeo sia affiancato, fra i modelli di riferimento, dal modello francese<sup>460</sup>. Quest'ultimo è particolarmente influente, in molti dei paesi considerati – ad esempio Algeria, Marocco e Libano – non solo in ragione dell'affinità linguistica, poco sopra ricordata, o dei legami istituzionali creatisi durante il periodo coloniale tra la Francia e i paesi in questione<sup>461</sup>, ma pure – e soprattutto – per il prestigio e per l'immagine di razionalità di cui le fonti di provenienza francese storicamente sono state rivestite nei territori considerati<sup>462</sup>. Risultato operativo della fedeltà al prototipo francese sono, ad esempio, la legislazione consumeristica libanese, la nuova legge generale algerina<sup>463</sup>, e la legge marocchina del 2011<sup>464</sup>.

Non tutta la legislazione consumeristica in esame è peraltro il prodotto di un impasto fra matrice europea ed elementi di ispirazione francese. I sistemi arabi hanno saputo, infatti, recepire altri stimoli: è, ad esempio, il caso della legislazione egiziana in materia consumeristica<sup>465</sup>, la quale si richiama alle

---

<sup>460</sup> Continuando sulla scorta dell'esempio libanese, si può notare come la l. 659/2005 si ispiri anche a tale sistema.

<sup>461</sup> Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., pp. 153 s.

<sup>462</sup> Sul ruolo rivestito dal Code Napoléon sulle codificazioni arabe, v. *supra*, par. 1. Per quanto attiene al sistema libanese, l'influenza esercitata dal modello francese sulla codificazione nel paese dei cedri, pur meno presente che altrove, è stata tuttavia considerevole. Infatti, sebbene dopo lo smembramento dell'Impero ottomano il Libano abbia codificato nel 1932 il diritto delle obbligazioni e dei contratti prendendo a modello la *Majalla* ottomana, le innovazioni che caratterizzavano questo codice, rispetto al precedente ottomano, derivavano proprio dall'esperienza francese e da quella italiana. Più marcate ancora le influenze francesi sul codice libanese di commercio del 1942 alla cui stesura parteciparono direttamente alcuni accademici francesi – ma il codice in questione porta comunque i segni di altri influssi, tra cui quelli spagnoli e italiani. V. F. Castro (G. M. Piccinelli cur.), *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 129 s.

<sup>463</sup> Legge del 25 febbraio 2009, n. 3, sulla "Tutela del consumatore e la repressione delle frodi", pubblicata in *Journal Officiel de la République Algérienne (J.O.R.A.)* n. 15 dell'8 marzo 2009, pp. 10-20, che ha sostituito la l. n. 2/1989 del 7 febbraio 1989, relativa alle "Norme generali di tutela del consumatore", *J.O.R.A.* 8 febbraio 1989, pp. 114-117.

<sup>464</sup> Legge 31/2008, che adotta misure di tutela del consumatore, promulgata con decreto n. 1-11-03 del 18 febbraio 2011, pubblicato nel *Bulletin Officiel marocchino* n. 5932 del 7 aprile 2011, pp. 347-371, consultabile su [www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO\\_5932\\_Fr.pdf](http://www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO_5932_Fr.pdf). Sullo stato della legislazione – ed anche sul progetto di legge che ha portato all'adozione della normativa attuale – v. S. El Hajoui, *La sécurité du consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007 e criticamente M. Badrane, *Le Maroc est le seul pays d'Afrique du Nord sans réglementation*, *Le Matin du Maroc*, 13 marzo 2008, [www.lematin.ma](http://www.lematin.ma).

<sup>465</sup> La versione in inglese è consultabile alla pagina del sito dell'Autorità di tutela dei consumatori, [www.cpa.gov.eg/doc/Consumer%20Protection%20Law%20edited%20nov%2028.doc](http://www.cpa.gov.eg/doc/Consumer%20Protection%20Law%20edited%20nov%2028.doc).

United Nations Guidelines for Consumer Protection del 1985<sup>466</sup>. Pure nella normativa a tutela del consumatore nella materia del commercio elettronico si notano spiccati esempi di imitazione di fonti internazionali: ad esempio, i modelli Uncitral sul commercio elettronico e sulla firma elettronica<sup>467</sup> sono stati fonte di ispirazione per i legislatori tunisino ed egiziano<sup>468</sup>. Infine, vale la pena di osservare come pure i principi UNIDROIT<sup>469</sup> sono conosciuti e studiati dalla dottrina, e la loro compatibilità con il diritto islamico e dei paesi arabi è assicurata dal fatto che le idee basilari sulle quali essi si ergono sono condivise dalle regole sciaritiche fondamentali in materia di contratto<sup>470</sup>.

Peraltro, i paesi arabi hanno saputo sviluppare, in non pochi casi, una certa refrattarietà all'accettazione acritica di modelli esogeni, il che ha portato ad una scelta accurata tra i possibili sistemi oggetto di imitazione<sup>471</sup>. Nel settore in discorso, ad esempio, i legislatori e gli interpreti di certi paesi<sup>472</sup> sono sembrati consapevoli dell'impossibilità di trapiantare con successo, quanto meno nel breve periodo, soluzioni concepite in contesti economici, culturali e sociali completamente diversi, e hanno sentito la necessità di

---

<sup>466</sup> Cfr. la Risoluzione n. A/RES/39/248 del 16 aprile 1985, con cui l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha deciso di adottare tali Principi. Il testo è stato rivisto e ampliato dall'Economic and Social Council, e le modifiche sono state approvate con Decisione n. 54/449 dall'Assemblea Generale. Il progetto ebbe inizio negli anni Settanta, quando l'Economic and Social Council sponsorizzava la consapevolezza del profondo legame tra lo sviluppo della tutela consumeristica e lo sviluppo economico e sociale. Su questi temi v. Al-Naqib Mahmud, *Protection of the Global Consumer*, in *Business and Economy*, Dec., 4, 2008.

<sup>467</sup> Il primo del 1996 e il secondo del 2001; si v. [www.unictr.org](http://www.unictr.org).

<sup>468</sup> Così V.M. Donini, op. ult. cit., pp. 115 e ss.

<sup>469</sup> Il testo dei quali è pubblicato in M. J. Bonell, *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, II ediz., Milano, 2006.

<sup>470</sup> Infatti, principi come il *favor contractus*, la buona fede, la tutela del contraente debole, sono presenti già nella dottrina islamica: sul punto per es. N. Saleh, *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4, (2001), pp. 346-357; V. M. Donini, *La circulation*, cit. pp. 112 ss.

<sup>471</sup> M. Guadagni, *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 30 s.; W. J. Kassir, *Les juristes face aux défis de la mondialisation*, in Id., *Réflexion d'un Juriste Arabo-Méditerranéen face à la Mondialisation à l'aube du XXIème siècle (2000-2010)*, Kassir Law Centre, Beirut, 2009, p. 160.

<sup>472</sup> Così, ad esempio, il legislatore egiziano, come è emerso da un'intervista rilasciatami nel maggio 2008 da uno degli estensori della legge egiziana a tutela del consumatore, Prof. Hassan Gemei, dell'Università del Cairo, ha preso a modello non solo la legislazione consumeristica di USA, Francia e dell'UE, ma anche quella di Singapore. La necessità di allargare l'orizzonte dei possibili modelli ispiratori è sottolineata anche da W. J. Kassir, op. cit., p. 160, a parere del quale "à ce niveau, il faut bien veiller à ne pas se suffire d'une simple importation de droits occidentaux, sans bien peser leur compatibilité avec les besoins nationaux véritables et leur harmonie avec le système juridique concerné". Sulla disciplina consumeristica prima della recente legge egiziana, si v. H. Gemei, *Consumer's Protection*, Cairo, Akhbar al-yawm, 1996.

guardare oltre i sistemi tradizionali di riferimento, mediante la selezione delle alternative che, fra le molteplici possibili, presentano le più elevate *chances* di attecchimento nell'ambiente giuridico di destinazione, grazie alla capacità di tali modelli di rispondere alle esigenze economiche e sociali che il legislatore intende soddisfare<sup>473</sup>.

## V. Le fonti: formazione e tecnica normativa

Fin qui si è discusso di pressioni esterne e modelli prescelti. Prima di esaminare nel dettaglio la legislazione che è stata il prodotto di queste spinte e recezioni, vale la pena di dedicare qualche notazione ai processi e alle modalità attraverso le quali si sono realizzate le citate riforme.

Sul punto, è bene ricordare come in alcuni casi la materia consumeristica sia stata oggetto di attenzione legislativa già sul finire degli anni Ottanta e nei primi anni Novanta dello scorso secolo: la legge marocchina relativa alla repressione delle frodi alimentari risale 1983; l'Algeria si è dotata di una legge generale a tutela dei consumatori nel 1989; la legge tunisina di tutela generale del consumatore è del 1992<sup>474</sup>. Più recenti sono le normative egiziana e libanese e quella marocchina sulla tutela generale del consumatore, che datano rispettivamente 2005 e 2006 e 2011<sup>475</sup>.

Fino all'adozione di questi atti la protezione dei consumatori era perseguita attraverso i rimedi ordinari predisposti dai codici civili e/o

---

<sup>473</sup> Sotto questo aspetto, si v. V. M. Donini, *La circulation*, op. cit., p. 106.

Un procedimento analogo e su più vasta scala si registrò quando la Turchia (ri)codificò, nel secondo quinquennio degli anni Trenta dello scorso secolo, quasi tutto il sistema di diritto positivo. Infatti, in quell'occasione l'ordinamento giuridico fu riorganizzato attraverso la recezione, l'adozione e l'adattamento di una serie di codici di diversa provenienza. Nel 1926 venivano emanati il codice civile, modellato sul codice civile e sul codice delle obbligazioni svizzeri, il codice penale, che ricalcava l'omologo italiano del 1889, nonché il codice di commercio, che fotografava quello tedesco del 1887. Seguiva nel 1927 il codice di procedura civile ispirato al codice svizzero del cantone di Neuchâtel, mentre il 1929 vedeva venire alla luce tre ulteriori raccolte: il codice di procedura penale colato nello stampo del codice tedesco del 1877, il codice per i procedimenti esecutivi, sul modello del codice federale svizzero del 1889, ed il codice della navigazione, riproduzione del codice tedesco del 1897. Cfr. E. Özüçü, *Turkey: Change Under Pressure* in E. Özüçü, E. Attwooll, S. Coyle (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, Kluwer Law International, 1996, pp. 89-111, pp. 93 ss.

<sup>474</sup> Legge n. 117/1992 del 7 dicembre 1992, relativa alla tutela del consumatore, pubblicata in *Journal Officiel de la République Tunisienne (JORT)* n. 83/1992, pp. 1571-1574.

<sup>475</sup> La l. egiziana 67/2006 è, in quel panorama nazionale, la prima normativa dedicata alla tutela consumeristica, e rappresenta il termine di un lungo percorso parlamentare, durato quasi dieci anni.

commerciali, oppure per mezzo di interventi normativi volti ad affidare a questo o a quel ministero il compito di controllare l'andamento del mercato<sup>476</sup>. Oggi la maggior parte dei paesi considerati vanta una legislazione speciale dedicata alla materia qui in discorso<sup>477</sup>.

Si tratta di norme che, in ciascun sistema, sono in gran parte racchiuse in una legge generale, il cui ambito di operatività copre diversi settori. In alcuni casi (es. Tunisia<sup>478</sup>, Marocco<sup>479</sup> e Algeria<sup>480</sup>) detta legge "principale" è corredata di altre leggi o decreti su materie specifiche, mentre in altri sistemi (es. Egitto<sup>481</sup> e Libano<sup>482</sup>) solo gli aspetti di dettaglio sono precisati da fonti normative di stampo regolamentare.

---

<sup>476</sup> Così accadeva anche in Siria, fino all'introduzione della legge di tutela dei consumatori, entrata in vigore, dopo tre anni di lavori parlamentari, l'8 giugno 2008. Prima di questa data, infatti, erano i singoli ministeri ad occuparsi delle questioni successivamente prese in carico dal legislatore. Così, ad esempio, il ministero dell'interno siriano controllava l'importazione dei prodotti alimentari, elaborando degli standards di qualità e monitorando i dati riportati sulle confezioni; il ministero dell'agricoltura controllava l'importazione dei prodotti alimentari di origine animale; il ministero della salute si curava di monitorare la produzione e l'importazione dei prodotti destinati all'alimentazione dei bambini, quali i sostituti del latte materno. Cfr. Abdel-Latif Brodi, *Consumer Protection*, consultabile al sito [www.mahfoum.com/syr/articles/baroudi/abstract.htm](http://www.mahfoum.com/syr/articles/baroudi/abstract.htm).

<sup>477</sup> E' appena il caso di sottolineare come l'iter politico-legislativo che ha portato all'approvazione delle normative in esame sia stato diverso da sistema a sistema, in relazione alle differenti vicissitudini storico-politiche di ciascuna giurisdizione. Ad esempio, in alcuni casi (Egitto, Tunisia), si è prima consolidata una legge di carattere generale; in altri (es. Algeria), sono state normative di dettaglio, come quelle del settore agroalimentare, a vedere per prime la luce.

<sup>478</sup> Si v. sul punto la l. generale tunisina n. 117/1992, nonché le l. 46/1998 del 14/07/1998 sui contratti cc.dd. di *time sharing*, la l. 39/1998 sulla vendita a rate dei beni di consumo, nonché la l. 40/1998 della medesima data sulla pubblicità commerciale. L'impostazione tunisina comprende una legge generale, contenente direttive per ulteriori interventi legislativi, affiancata da norme di settore come quelle sulle tecniche di vendita al di fuori dei locali commerciali, sulla pubblicità commerciale e sui contratti cc.dd. di *time sharing*.

<sup>479</sup> Legge 31/2008, che adotta misure di tutela del consumatore, promulgata con decreto n. 1-11-03 del 18 febbraio 2011, pubblicato nel Bulletin Officiel marocchino n. 5932 del 7 aprile 2011, pp. 347-371, [www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO\\_5932\\_Fr.pdf](http://www.sgg.gov.ma/BO/bulletin/FR/2011/BO_5932_Fr.pdf).

<sup>480</sup> L'Algeria dispone, come detto, di un testo generale, l. 3/2009, v. nota 41, e di alcuni altri atti normativi su materie specifiche, come il d.l. 306/2006 (del 10 settembre 2006 "relativo agli elementi essenziali dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori e le clausole considerate come abusive", J.O.R.A. n. 56, 11 febbraio 2006, pp. 15-17) e successive modificazioni (d.l. n. 44/2008 del 3 febbraio 2008, con la medesima titolazione del decreto 306/2006, J.O.R.A. n. 7, 10 febbraio 2008, pp. 15-16 che apporta minime variazioni al decreto precedente, principalmente per quel che attiene alla composizione della Commissione sulle clausole abusive che il d.l. 306/2006 aveva istituito). Merita segnalare che la normativa precedente, al contrario di quella vigente, si poneva quale legge quadro, stabilendo solo i principi generali della materia, e faceva largo uso della riserva di legge regolamentare (perfino le definizioni dei termini impiegati nella legge erano demandate al legislatore del rinvio).

<sup>481</sup> L'Egitto ha corredata la legge di un primo regolamento applicativo nel 2006, il cui testo, anche nella versione inglese, è reperibile alla pagina web [www.cpa.gov.eg/doc/consumer](http://www.cpa.gov.eg/doc/consumer)

Quale che sia l'approccio prescelto, tutte le legislazioni citate<sup>483</sup> poggiano su concetti chiave largamente sovrapponibili (consumatore, prodotto, produttore) e, sia pure con sfumature differenziate e variegati gradi di approfondimento, dedicano le proprie regole ai medesimi settori (diritto all'informazione, alla salute e sicurezza, rimedi contro il prodotto difettoso, contro le clausole abusive, etc.).

E' all'esame comparatistico di questi concetti e di queste regole che si dedicheranno i paragrafi seguenti.

---

protectionnov29eng.doc. La l. 67/2006 non tratta il commercio elettronico e i contratti cc.dd. di time sharing.

Va preliminarmente notato come il sistema egiziano sia stato caratterizzato, fino a poco tempo fa, da una situazione economica in cui un gran numero delle imprese locali erano controllate dallo stato. La svolta che portò all'apertura economica, nota come *infitāh* ("apertura", appunto) e l'abbandono graduale delle opzioni socialiste abbracciate da Nasser iniziò proprio nel 1974. Dopo l'approvazione di alcune leggi che misero fine al monopolio statale sul sistema bancario, vennero promossi gli investimenti da parte di operatori stranieri e facilitate le transazioni commerciali soprattutto con l'estero mediante la riduzione dei carichi fiscali e doganali (M. Campanini, *Storia dell'Egitto Contemporaneo*, ediz. Lavoro, Roma, 2005, p. 214). Tuttavia tale "apertura" non portò a smantellare la struttura centralizzata dell'economia statale, e le imprese nazionalizzate dal presidente Nasser rimasero, durante l'epoca Sadat (1970-1981), di proprietà dello stato. Con l'avvento di Mubarak (1981-2011) l'Egitto ha proseguito lungo la strada del liberismo economico e dello smantellamento progressivo del settore pubblico (v. Campanini, cit., p. 254). Nonostante il sistema economico egiziano attuale sia tuttora connotato da una massiccia intromissione della sfera politica nel mercato, è certo che il paese stia transitando verso un'economia più prettamente di mercato. Proprio nell'ottica di detta transizione, la classe dirigente egiziana ha ritenuto che la tutela e la valorizzazione del ruolo dei consumatori potesse giocare un ruolo cruciale: il legislatore egiziano, infatti, nel proteggere gli interessi di tali operatori silenziosi del mercato non ha ravvisato solo una questione di *fair play*, ma "un sintomo del progresso economico". Così Rehab el Bakry, *Consumer Law More Bark than Bite*, Pubblicazioni della Camera di Commercio USA al Cairo, consultabile su [www.amcham.org.eg/Publications/BusinessMonthly/june%2006/indepth\(consumerlawmorebarkthanbite\).asp](http://www.amcham.org.eg/Publications/BusinessMonthly/june%2006/indepth(consumerlawmorebarkthanbite).asp).

<sup>482</sup> Legge libanese n. 659/2005, consultabile nella versione inglese sul sito [www.economy.gov.lb/MOET/English/Panel/ConsumerProtection/Pages/Default.aspx](http://www.economy.gov.lb/MOET/English/Panel/ConsumerProtection/Pages/Default.aspx). Per quanto la normativa sia piuttosto completa e copra tutti i settori principali della tutela consumeristica, essa tuttavia non può essere definita un "codice del consumo", proprio per la non esaustività dell'apparato normativo. Merita ad ogni modo notare come molte previsioni in merito alla tutela dei consumatori fossero già regolate altrove. Si pensi ad esempio alla previsione della responsabilità civile in materia di concorrenza sleale, disciplinata dal codice delle obbligazioni e dei contratti del 1932, alle norme sulle frodi sulla quantità delle merci (art. 677 codice penale), o sulla loro qualità (art. 682 c.p.), o sulla speculazione (art. 685 c.p.) o, infine, sulla concorrenza fraudolenta (art. 714 c.p.).

<sup>483</sup> Esse sono: l. algerina 3/2009 sulla tutela del consumatore in generale, nonché d.l. 306/2006 sulle clausole abusive; l. tunisina 117/1992 sulla tutela del consumatore in generale, l. 40/1998 sulle tecniche di vendita e la pubblicità commerciale, e l. 70/2008 sull'Istituto Nazionale dei Consumatori; legge marocchina n. 31/2008, approvata con decreto in data 18 febbraio 2011 sulla tutela del consumatore in generale; l. egiziana 67/2006 e reg. applicativo emanato in applicazione della stessa, sulla tutela del consumatore in generale; l. libanese 659/2005, sulla tutela del consumatore in generale.

## VI. Definizioni

Sul versante delle nozioni impiegate, occorre anzitutto precisare che non tutte le fonti qui prese in considerazione affrontano la questione nel medesimo modo. Se è vero che molte delle discipline che qui si comparano enumerano, tra i primi articoli, un elenco di definizioni dei termini maggiormente ricorrenti nel settore<sup>484</sup> – secondo una tecnica legislativa tipica nei paesi di common law, ma oggi adottata anche dagli organi comunitari<sup>485</sup> –, altre non provvedono a rifornire l'interprete di un glossario relativo alla portata e ai contenuti da attribuire alle parole impiegate nel testo, limitandosi a darne una definizione piuttosto scarna. Resta comunque fermo – al di là delle modalità redazionali adottate – che tre sono le figure cardine della materia, tratteggiate in tutte le normative qui in esame. Si tratta, in particolare, (i) del consumatore (ii) del prodotto/servizio che egli acquista o di cui usufruisce, e (iii) del produttore/fornitore di quel bene.

(i) Con riguardo alla nozione di consumatore, ad un estremo si trova la laconicità della normativa tunisina, datata 1992, la quale precisa semplicemente che il consumatore è colui che acquista un prodotto o un servizio al fine di consumarlo (art. 2 lett. d l. 117/1992)<sup>486</sup>.

Completamente opposto è l'approccio della l. algerina n. 3/2009<sup>487</sup>, la quale definisce il consumatore come "ogni persona fisica o giuridica che acquista, a titolo oneroso o gratuito, un prodotto o un servizio, destinato ad

---

<sup>484</sup> Si v. S. Jahel, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, [www.cedroma.usj.edu.lb/](http://www.cedroma.usj.edu.lb/).

<sup>485</sup> Circa i caratteri del drafting legislativo comunitario, v. V. Zeno-Zencovich, *Il modo di formazione della legislazione europea*, in G. Visintini (cur.), *Analisi di leggi-campione – problemi di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1995, p. 663 ("se l'articolato tende a rispecchiare le tecniche normative continentali (proposizioni logicamente connesse e strutturate in forma sintetica nella sequenza: postulato-regola-corollario-eccezione), i 'considerando' che lo precedono – e che spesso sono più lunghi – mirano recuperare la esasperata analiticità della formazione britannica, assolutamente intollerabile ed incomprensibile per chi sia stato educato nel dogma del comando generale ed astratto della legge"); A. Vendaschi, *Istituzione europea e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>486</sup> In tale enunciato il giurista europeo ravvisa *ictu oculi* sia la mancanza della previsione relativa al consumo personale o familiare, sia l'esclusione della finalità professionale dell'acquisto (basti qui ricordare, sotto quest'ultimo profilo, la legislazione italiana, all'art. 3 lett. a) del d.lgs. 206/2005).

<sup>487</sup> La legge precedente riservava assai poco spazio alle definizioni dei concetti generali, demandandone l'esplicitazione al legislatore regolamentare; essa, infatti, specificava solo la nozione di immissione di un prodotto sul mercato, che si potrebbe tradurre con commercializzazione, trattandone come di quell' "insieme di operazioni dalla creazione iniziale all'offerta finale al consumatore" (art. 1 co. 2 l. 2/1989).

un utilizzo finale, per uso proprio o di altra persona o animale che egli abbia a proprio carico". Questa è una delle previsioni più complete fra quelle esaminate, poiché da un lato essa include nella categoria di consumatori anche le persone giuridiche, e dall'altro comprende anche l'ipotesi in cui un prodotto o un servizio sia destinato all'uso di terzi o di un animale<sup>488</sup>.

In una posizione mediana si collocano le previsioni normative di Marocco, Libano ed Egitto che, pur non comprendendo dettagli come il riferimento all'animale, includono tutte nella nozione di consumatore la persona tanto fisica quanto giuridica che acquisti un bene per un fine "che non sia quello professionale" (art. 2 l. libanese 659/2005), "per la soddisfazione di esigenze non professionali" (art. 2 l. marocchina 31/2008) o "per bisogni personali suoi o della sua famiglia" (art. 1 l. egiziana 67/2006, che prosegue aggiungendo che consumatore è anche "ogni persona con cui è concluso un contratto o un accordo per tale finalità"<sup>489</sup>).

(ii) Sul versante della nozione di prodotto, la legge marocchina non offre alcuna disposizione definitoria. La legge tunisina fa rientrare nella categoria in esame "ogni prodotto industriale, agricolo o artigianale", specificando poi che sono prodotto anche: "gli elementi di cui [il prodotto] si compone, come le materie prime, le sostanze, i componenti e i semi-lavorati; i beni mobili inclusi per loro natura o per effetto di legge nei beni immobili; i prodotti usati o qualunque prodotto non venduto come nuovo" (art. 2)<sup>490</sup>. La norma continua, inglobando entro la nozione di prodotto qualsiasi servizio, qualunque ne sia la natura (art. 2)<sup>491</sup>. Per contro, Algeria, Libano ed Egitto

---

<sup>488</sup> Peraltro, l'espressione "destinato ad un utilizzo finale" potrebbe far ritenere che non siano inclusi nella fattispecie dei beni destinati al consumatore anche i prodotti intermedi, o i componenti di un bene più complesso che non abbiano un utilizzo autonomo. Sotto altro aspetto, anche l'aver evitato il termine "famiglia" consente di tutelare pure il consumatore che abbia acquistato un bene non già per un componente del proprio ristretto nucleo familiare, bensì, ad esempio, per un parente.

<sup>489</sup> Tuttavia, mentre la legge parla semplicemente di persona, insinuando il dubbio che potrebbe trattarsi anche di persona giuridica, il regolamento applicativo ([www.cpa.gov.eg/english/legislations\\_rules.htm](http://www.cpa.gov.eg/english/legislations_rules.htm)) ha cura di specificare che si tratta di "persona fisica" (art. 6). Quanto invece all'ambito oggettivo di applicazione, si può notare che, mentre gli atti europei normalmente si riferiscono all'acquisto, da parte del consumatore, di un bene o di un servizio "per finalità che non rientrano nella sua attività professionale", la legge egiziana tratta piuttosto di "uso personale suo o della sua famiglia".

<sup>490</sup> Quest'ultima disposizione è in linea con le previsioni della normativa egiziana.

<sup>491</sup> A questo proposito si può notare come il legislatore tunisino rifiuti la dicotomia, accolta per esempio in Italia, in Algeria, Libano ed Egitto, tra il concetto di prodotto e quello di servizio. Ad



definiscono il prodotto in termini meno tautologici, rispettivamente come “ogni bene o servizio suscettibile di costituire l'oggetto di una cessione a titolo oneroso o gratuito” (Algeria), ovvero come i beni mobili e immobili, inclusi quelli alimentari, che siano lavorati o no (Libano), come “i prodotti e i servizi offerti dalle persone pubbliche e private, inclusi i beni di seconda mano commercializzati dai fornitori” (Egitto)<sup>492</sup>.

(iii) In merito alla nozione di produttore, la legge marocchina<sup>493</sup> e quella algerina<sup>494</sup> definiscono tale attore del mercato riferendosi in genere all'esercizio di un'attività professionale e commerciale. Per converso, le normative tunisina<sup>495</sup>, libanese<sup>496</sup> ed egiziana<sup>497</sup>, identificano tutte il

---

esempio, la lettera della norma libanese distingue e definisce il servizio come “un atto consistente in un'attività tecnica, artigianale o intellettuale [...] offerta dal fornitore al consumatore” (art. 2).

<sup>492</sup> Si v., rispettivamente, gli articoli 3, 2 e 1. Riguardo l'articolo 1 l. 67/2006, è stato notato come la nozione da esso impiegata sia “così vaga che diventa arduo comprendere quali servizi sono ricompresi e quali no” (R. El Bakry, *Consumer Law*, cit.). Peraltro, sebbene la lettera della normativa non escluda dal suo ambito di applicazione i servizi erogati dalle autorità pubbliche, questi ultimi sono tradizionalmente considerati non coperti dalla tutela predisposta da questo tipo di interventi legislativi (*ibidem*). La questione si è proposta anche in Italia, dove il legislatore del Codice del consumo ha risolto il problema tramite una norma di rinvio, l'art. 101 del d. lgs. 206/2005, secondo cui “lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, garantiscono i diritti degli utenti dei servizi pubblici attraverso la concreta e corretta attuazione dei principi e dei criteri previsti della normativa vigente in materia. Il rapporto di utenza deve svolgersi nel rispetto di standard di qualità predeterminati e adeguatamente resi pubblici”). E' invece certo che nella nozione di ‘prodotto’ adottata dal legislatore egiziano sono ricompresi esplicitamente anche i beni usati, similmente a quanto accade in Italia (cfr. artt. 3, 128 e 134 del c.d. codice del consumo).

<sup>493</sup> Il fornitore è infatti “ogni persona fisica o giuridica che agisce nell'ambito di un'attività professionale o commerciale” (art. 2).

<sup>494</sup> La controparte del consumatore è definita come “ogni persona fisica o giuridica che interviene nel processo dell'immissione dei prodotti sul mercato” del consumatore finale (art. 3).

<sup>495</sup> Sul punto si legge: “il fabbricante, distributore, importatore, esportatore di prodotti e chiunque altro intervenga nella catena di produzione e nei circuiti di distribuzione o di commercializzazione” del prodotto stesso (art. 2 lett. B).

<sup>496</sup> Il soggetto in questione è individuato in “ogni persona fisica o giuridica, appartenente al settore pubblico o privato, coinvolta nella distribuzione, nella vendita, o nel noleggio di beni, o nella somministrazione di servizi, per proprio conto o per conto di altri” (art. 2). Ai fini di tale legge, produttore è anche colui che importa beni con lo scopo di venderli, noleggiarli o distribuirli, nel quadro della propria attività professionale (*ibidem*).

<sup>497</sup> Secondo la normativa egiziana è produttore “ogni persona che fornisce un servizio o che produce, importa, distribuisce, pubblicizza, commercializza un prodotto o conclude ogni accordo per tali attività, con l'intento di effettuare un'offerta al consumatore, ovvero di concludere un contratto con esso, ovvero di rientrare comunque in tale accordo” (art. 1). A tale definizione è premessa quella, quasi scolastica, del concetto di persona, con il quale “si intende la persona fisica o giuridica, compreso ogni tipo di società ed enti a fini di lucro, associazioni, fondazioni, organizzazioni, imprese, istituti finanziari, gruppi di imprese o imprese comunque collegate, e altri enti” (art. 1). Questa definizione va integrata con quanto previsto dal regolamento di applicazione (art. 4), il quale specifica che, per la definizione del concetto di società, “non rilevano le modalità della costituzione, il patrimonio, la nazionalità dei membri

contraente forte mediante il ricorso ad un termine dalla sfera semantica il più ampia possibile, includendovi tanto la figura del produttore in senso ampio, quanto quelle dell'importatore, del distributore e del venditore finale.

Una simile scelta circa l'estensione soggettiva della copertura approntata dalle leggi in questione corre parallela alla decisione in ordine all'ampiezza dell'ombrello di protezione che quelle normative offrono ai consumatori, tema cui si dedicherà il paragrafo che segue.

## **VII. I diritti del consumatore**

Alle definizioni summenzionate i legislatori di alcuni dei paesi qui in esame accostano un decalogo dei diritti del consumatore ritenuti fondamentali. Così è per Egitto, Libano e Marocco.

In particolare, quest'ultimo annovera tra le posizioni soggettive particolarmente tutelate: a) il diritto all'informazione; b) il diritto alla tutela degli interessi economici; c) il diritto ad essere rappresentati da associazioni; d) il c.d. diritto al ripensamento; e) il diritto ad una scelta libera e informata; f) il diritto di azione a tutela dei propri diritti ed interessi (preambolo<sup>498</sup>). Segue tale schema pure la legge libanese (art. 3), della quale si segnalano il maggiore dettaglio nella presentazione dei contenuti<sup>499</sup>, e l'arricchimento del

---

e gli organi di amministrazione". Inoltre (art. 4.2 regolamento), in tale nozione di persone sono incluse società che detengano una quota azionaria di maggioranza di un'altra società, anche indirettamente (e in grado quindi di influenzarne il comportamento); nonché (art. 4.3) le persone (giuridiche) soggette al controllo di altre, dove l'espressione "controllo" indica qualunque stato di fatto, accordo o detenzione, da parte di queste ultime, di ogni quota azionaria, indipendentemente dalla percentuale, in maniera da consentire il controllo dell'amministrazione o delle procedure decisionali o il comportamento delle controllate. Queste definizioni molto ampie sono volte alla predisposizione di una capiente sacca di tutela per il consumatore, a prescindere dalla tipologia del contratto di società o comunque dalla costituzione dell'ente. Il regolamento applicativo della legge precisa poi (art. 5) che il vincolo con il consumatore può instaurarsi "con ogni mezzo, compresi i mezzi elettronici o qualunque altro moderno mezzo tecnologico". E' così compreso nella nozione di produttore non solo chi concretamente fabbrica il prodotto ma tutti coloro che, in qualsiasi forma, entrano a far parte della catena produttiva con una qualifica soggettiva diversa da quella dell'acquirente/cliente finale.

<sup>498</sup> Rispetto al precedente progetto di legge, n. 27/2000, si segnala l'omissione del riferimento alla tutela della salute e sicurezza del consumatore, la cui tutela, nel silenzio della disciplina consumeristica, è verosimilmente demandata alle disposizioni codicistiche o di diritto comune.

<sup>499</sup> Ad esempio, il diritto ad ottenere la riparazione dei pregiudizi causati dal prodotto/servizio comprende pure la possibilità di ottenere la sostituzione del bene, e il diritto a essere rappresentati da associazioni di consumatori include il diritto a farsi rappresentare in giudizio da esse.

catalogo, mediante l'inserzione (art. 3) dei diritti alla tutela della salute e della sicurezza, a "ricevere un trattamento equo e non discriminante dal fornitore del bene o servizio", alla sostituzione o riparazione del prodotto, ad un risarcimento del danno cagionato dal prodotto o servizio.

Anche la normativa egiziana riconosce i diritti fondamentali richiamati da quella libanese, ma, diversamente da questa, specifica che il diritto ad ottenere un risarcimento per il danno patito deve poter essere fatto valere "con una procedura celere, semplice e senza costi" (art. 2.6). Inoltre, nel testo egiziano è riconosciuto al consumatore il diritto "alla dignità personale e [a] rispetto del credo religioso, delle pratiche e delle prescrizioni religiose", secondo un'impostazione che prende in considerazione anche gli aspetti morali<sup>500</sup> del diritto del consumatore (art. 2)<sup>501</sup>.

Un'impostazione diversa è propria alle legislazioni algerina e tunisina, le quali preferiscono non anteporre alla trattazione minuta degli strumenti di protezione predisposti a favore del consumatore una lista di diritti a costui spettanti: è da quelle forme di tutela che si può dedurre l'esistenza di questi ultimi. Il risultato è che, sia per la normativa tunisina sia per quella algerina<sup>502</sup>, i diritti dei consumatori sono ricavati dalle prescrizioni che impongono specifici obblighi a carico delle loro controparti. Così, l'obbligo di verificare la sicurezza dei prodotti alimentari implica il diritto del consumatore a pretendere un adeguato standard di qualità nei cibi. Lo stesso accade per l'obbligo/diritto all'informazione e alla sicurezza dei prodotti, che costituiscono il nucleo della tutela sostanziale del consumatore, su cui ci si soffermerà nei prossimi paragrafi nn. VIII e IX.

Prima di passare al loro esame, merita però notare come il catalogo dei diritti affermati dalle legislazioni in esame si presenti largamente

---

<sup>500</sup> Considerato che in Egitto la religione musulmana è largamente diffusa e ampiamente praticata e che il credo musulmano si sostanzia anche in gesti, procedure rituali, e non solo in un complesso di postulati di fede, la specificazione del rispetto delle pratiche religiose sembra ampliare la tutela sotto questo profilo, e dar rilievo anche al contenuto oggettivo del credo. Si v., *inter alios*, E. Francesca, *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, IPO, Roma, 1995.

<sup>501</sup> L'elencazione di tali diritti non ha carattere di esaustività, così come precisa la stessa lettera dell'articolo: "sono proibiti *qualsiasi* accordo e *qualsiasi* pratica che arrechino un detrimento ai diritti fondamentali dei consumatori, e *in particolare* [...]".

<sup>502</sup> Sul punto la normativa di recente adozione non si è discostata da quella precedente, dal momento che l'impostazione è rimasta invariata.

sovrapponibile a quello di cui è titolare il consumatore europeo, tranne che su un punto. Uno dei rimedi/diritti più importanti nel quadro comunitario, ossia quello al recesso da parte del consumatore (altrimenti detto “diritto al ripensamento”), non è difatti contemplato dalle discipline tunisina e libanese. Nemmeno la legislazione algerina, che pure accenna al diritto del consumatore alla “prova” del prodotto, specifica cosa accade nel caso il consumatore resti insoddisfatto del saggio di quanto acquistato (art. 15 l. 3/2009); peraltro, in alcuni casi si ammette che al consumatore sia concesso un certo lasso di tempo per riconsiderare il contratto (su questo si v. *infra*, fine par. VIII). In conclusione, è solo la legge marocchina ad essere stata influenzata dal modello europeo su questo punto, poiché essa in effetti tratta del diritto al ripensamento con riferimento ai contratti a distanza (artt. 48 e 49) e con specifico riguardo alle operazioni di credito al consumo (art. 85)<sup>503</sup>.

---

<sup>503</sup> Il credito al consumo è una tematica che solo di recente ha acquisito una particolare importanza nel campo che qui si esamina, e solo alcune normative vi fanno riferimento. La legge marocchina è tra i pochissimi testi a carattere generale che riportano una sezione dedicata a tale argomento (già affrontato dal legislatore tramite la normativa sulla sicurezza generale dei servizi sopra richiamata, e quella in tema di istituti bancari: si veda ad esempio la l. del 6 luglio 1993 relativa all'esercizio dell'attività degli istituti di credito, nonché la l. 34/2003 del 14 febbraio 2006, che contiene anch'essa disposizioni a tutela del consumatore). Il credito al consumo è ivi definito come ogni operazione di credito concesso a titolo oneroso o gratuito, intendendo con quest'ultima espressione il credito che si effettua senza che siano dovuti interessi, illeciti dal punto di vista del diritto islamico (v. ad es. G.M. Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, IPO, Roma, 1989, pp. 7 ss., L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in M. Papa., G.M. Piccinelli, D. Scolart, *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 831-874, e G.M. Piccinelli, *La finanza islamica tra crisi globale e innovazione: la prospettiva europea*, in M. Papa., G.M. Piccinelli, D. Scolart, *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia*, cit., pp. 977-998). La legge prevede l'obbligo del professionista di sottoporre al consumatore un'offerta preliminare – redatta in duplice copia e in modo chiaro e comprensibile –, permettendogli di valutare (almeno in linea di principio) i termini del regolamento contrattuale. Il consumatore che ha sottoscritto tale offerta preliminare può esercitare il diritto di recesso previsto dall'art. 85, purché lo comunichi al professionista nel termine di sette giorni, durante i quali il professionista è tenuto a mantenere fermi i termini e le condizioni della proposta (art. 77). Per controbilanciare la ristrettezza di tale termine, il legislatore ha previsto l'obbligo per il professionista di accludere all'offerta un modulo prestampato da compilare in caso di recesso (art. 85; il professionista che omette di allegarlo incorre in una sanzione che va dai 6.000 ai 20.000 dirham: art. 187). Il consumatore che intende rimborsare anticipatamente il credito contratto lo può fare senza oneri aggiuntivi (art. 103).

Ancora, si può menzionare la legge egiziana n. 67/2006, che peraltro dedica uno sparuto articolo alla vendita rateale, prevedendo che, prima della conclusione del contratto, il professionista sia tenuto a specificare a) la sua denominazione; b) il prezzo del prodotto qualora fosse corrisposto in contanti; c) il termine di pagamento delle rate; d) il costo complessivo del prodotto; e) il numero e il valore di ogni rata; f) la somma aggiuntiva da corrispondere (art. 11). Quest'ultima previsione, in particolare, è molto significativa se inserita nel contesto di un paese arabo. Infatti, essa non parla esplicitamente – nemmeno nel testo arabo – di interesse. Ciò perché, come detto, nel diritto musulmano classico il prestito ad

## VIII. Il diritto all'informazione sul prodotto

La direttiva per cui il consumatore deve essere informato in ordine alle caratteristiche ed ai rischi del prodotto/servizio, che acquista o di cui usufruisce, è un *leit-motiv* trasversale nelle legislazioni in esame. Il diritto all'informazione svolge, in effetti, un ruolo fondamentale, poiché esso vale a fornire al contraente debole uno strumento di tutela che non è, come quello riparatorio, attivabile solo a posteriori, ma che si presenta in grado di dispiegare una protezione prodromica, tanto più utile quanto più si consideri la tendenza di produttori e operatori pubblicitari a millantare, se non addirittura mentire, sui connotati del prodotto/servizio offerto.

Il diritto all'informazione si snoda lungo due direttrici. La prima consiste nel diritto ad essere informati dei propri diritti. Uno dei requisiti essenziali per la tutela dei consumatori risiede difatti nella consapevolezza, in capo a tali soggetti, di avere la possibilità di reagire a fronte di situazioni per loro foriere di conseguenze negative<sup>504</sup>. Ecco perché l'educazione e l'informazione sui diritti del consumatore sono trattate, da alcuni dei legislatori dell'area analizzata, come un obbligo gravante (non tanto sul ceto dei produttori/professionisti, quanto piuttosto) sul potere legislativo ed esecutivo<sup>505</sup>, ed ecco perché, nel corso degli ultimi decenni, sono state molte le iniziative sponsorizzate dai governi dei paesi in esame al fine di incrementare tale consapevolezza. In Egitto, ad esempio, l'Autorità di Tutela dei Consumatori ha promosso una

---

interesse è vietato, e parte del diritto bancario arabo si è sviluppato torcendosi intorno a tale divieto, fino a giungere, con degli espedienti, a superarlo.

Più liberale è a tal proposito la legge libanese, che parla di tasso di interesse e che, a parte questa notazione, impone al professionista obblighi analoghi a quelli della legislazione egiziana (artt. 21 ss.), laddove il legislatore algerino si è invece limitato a richiedere al professionista di comunicare con chiarezza al consumatore la natura e la durata del prestito e le modalità del rimborso (art. 20, l. 3/2009), senza nulla prevedere in tema di interessi, che saranno definiti, insieme ad altri aspetti del credito al consumo, per via regolamentare (art. 20.2).

Per una disamina di tali problematiche si veda G.M. Piccinelli, voce "Ribā" in Dig. IV, Disc. Priv., Sez. Civ., UTET, Torino, 1998, pp. 495 ss.; G.M. Piccinelli, *Il sistema bancario islamico*, cit., T. Abdulkader, *Examining the role of Islamic law* in T. Abdulkader, S. Cox and B. Kraty eds., *Structuring Islamic Finance Transactions*, Euromoney Books, Londra, 2005, pp. 27 ss. Sugli espedienti giuridici per aggirare lecitamente alcuni divieti v. J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Ed. Fondazione G. Agnelli, 1995, pp. 83 ss.

<sup>504</sup> Per quanto attiene al panorama arabo si v. sul punto El-Bakry, cit. Più in generale, A. Bartolini, *I diritti fondamentali dei consumatori in Europa*, Nagard, Milano, 2007, in AA. VV, *I quaderni del centro UNESCO*.

<sup>505</sup> Si v. per es. art. 61 l. libanese 659/2005, art. 12 l. egiziana 67/2006.

innovativa e vasta campagna di informazione, coinvolgendo anche i mezzi di comunicazione di massa, mediante la diffusione di cortometraggi TV e di note informative diffuse tramite messaggi telefonici<sup>506</sup>. Inoltre, al fine di informare il consumatore riguardo all'estensione di questi "nuovi" diritti, è stato istituito un "call center", in seno all'Autorità, che risponde a domande e doglianze. Tale servizio è molto sfruttato, e il numero delle chiamate è in continua crescita<sup>507</sup>.

Peraltro, al di là della generica informazione circa le proprie prerogative, il diritto del quale si sta trattando concerne – ed è questa la seconda direttrice cui si è fatto cenno qualche riga sopra – anche l'informazione sul prodotto stesso.

Si tratta di una questione che si fa tanto più pregnante nel campo dei prodotti alimentari, settore in cui difatti, nei paesi in discorso, la normativa è spesso assai dettagliata. L'indicazione degli ingredienti di tali prodotti assume un significato importante non solo per ragioni igienico-sanitarie, ma anche quale strumento atto a garantire il rispetto delle prescrizioni religiose di rilievo per il consumatore. A tal proposito va ricordato che i musulmani dovrebbero astenersi dall'assunzione di alcolici, e dal cibarsi di carne di maiale o di derivati suini, nonché di carne di animali non macellati ritualmente<sup>508</sup>. Pertanto, una chiara indicazione degli ingredienti dei prodotti alimentari, specie se importati, rappresenta un mezzo fondamentale per permettere al consumatore di seguire i dettami della propria fede, e di esercitare una scelta consapevole circa le componenti dei prodotti alimentari ammessi al consumo.

Non è un caso che, tra gli interventi in materia, spicchi, per il numero e il dettaglio delle disposizioni dedicate alle informazioni da fornire sui prodotti agro-alimentari, la legislazione egiziana, la quale pone "la dignità personale e il rispetto del credo religioso, delle pratiche e delle prescrizioni religiose" (art. 2

---

<sup>506</sup> R. el-Bakry, *Consumer Law*, cit. p. 7

<sup>507</sup> Si v. R. El Bakry, *Consumer Law*, cit., p. 7: "il pubblico comprende che digitare il 19588 non è solo un modo di riportare una violazione o sfogare la propria rabbia, ma anche di ottenere giustizia".

<sup>508</sup> Per queste e le altre restrizioni in materia alimentare, v. E. Francesca, *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, IPO, Roma, 1995. Le prescrizioni sono più severe nel caso dei musulmani shiiti. Si v. anche C. Hafiz, G. Devers, *Droit et religion musulmane*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 137 ss.

I. 67/2006) tra i diritti riconosciuti al consumatore<sup>509</sup>. Ecco perciò che “il diritto di ottenere informazioni corrette sui prodotti acquistati o utilizzati dal consumatore od offerti allo stesso, nonché sulle loro caratteristiche” (art. 2 della I. cit.) implica l'adozione di strumenti volti a consentire la conoscenza non solo della scadenza del prodotto, ma anche della sua origine, dei suoi componenti e ingredienti<sup>510</sup>, dati che devono essere chiaramente riportati su un'etichetta informativa apposta sul prodotto secondo le modalità puntigliosamente descritte nello stesso atto legislativo<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> Ovviamente, la legislazione egiziana si occupa anche di altri aspetti dell'informazione, ad esempio chiarendo i contenuti che questa deve avere allorché si tratti di prestazioni di servizi o di commercio di beni usati. Con riguardo alle prime, la legge egiziana stabilisce che “il fornitore di servizi è tenuto a indicare in modo chiaro gli elementi salienti del servizio offerto, compresi il prezzo, la natura e le caratteristiche di tale servizio” (art. 3.2). Con riferimento ai beni usati, l'art. 18 del regolamento egiziano dispone, ad esempio, che “il fornitore di beni usati è tenuto a dare informazioni adeguate sullo stato di tali beni, nonché sull'entità delle riparazioni che potrebbero occorrere prima del loro utilizzo”; tali informazioni devono essere fornite in modo che nel consumatore non si formi una convinzione falsa, ingannevole, erronea o fuorviante, e devono essere tali da soddisfare i requisiti di salute e sicurezza del consumatore. In senso parzialmente difforme, il progetto di legge marocchino impone un obbligo anteriore all'immissione sul mercato di tali prodotti, disponendo (art. 28) che “per considerazioni di sicurezza e tutela del consumatore, la commercializzazione di alcuni prodotti usati, antichi, restaurati o fuori commercio, può essere subordinata ad una previa autorizzazione, secondo le modalità definite per via regolamentare”.

<sup>510</sup> Il regolamento applicativo, a tal proposito, all'art. 11 dispone che “il produttore o l'importatore sono tenuti ad apporre al prodotto tutti o alcuni fra i seguenti dati, secondo la natura di ciascun prodotto e le modalità di commercializzazione”. Tali dati sono: “1) la denominazione del bene; 2) il paese d'origine; 3) il nome del produttore, o dell'importatore, in aggiunta alla sua denominazione commerciale, indirizzo e marchio; 4) la data di produzione e di scadenza; 5) le condizioni di distribuzione e stoccaggio; 6) il genere, le caratteristiche, le dimensioni, il peso e gli ingredienti del prodotto”. Come si osserva dalla norma in analisi, l'importatore è tenuto a fornire queste indicazioni nel caso in cui i dati offerti dal produttore al riguardo siano carenti, se rapportati alla legge egiziana. Occorre, inoltre, precisare che, quando la legge egiziana recita “il produttore o l'importatore sono tenuti ad apporre al prodotto *tutti o alcuni* fra i seguenti dati” non intende lasciare spazio alla discrezionalità dell'operatore economico; infatti al II comma lo stesso art. 11 ha cura di specificare che “il ministero [dell'industria e del commercio] emana un elenco che include tutti i beni per cui è sufficiente indicare solo alcuni dei dati di cui sopra”.

<sup>511</sup> Le modalità con cui queste informazioni vengono indicate e riportate sul prodotto sono infatti oggetto di ulteriori prescrizioni: l'art. 3 della legge in analisi richiede, infatti, che “tale etichetta [sia] redatta in lingua araba, in forma chiara e leggibile, tenuto conto della natura del prodotto e delle modalità di promozione, esposizione e vendita dello stesso”. Inoltre, il regolamento prevede ulteriori specificazioni (art. 13): “il produttore o l'importatore sono tenuti a riportare i dati richiesti dalla legge e dai regolamenti di applicazione in forma chiara e leggibile, e in modo da soddisfare lo scopo per cui sono apposti sul prodotto, tenuto conto della natura di ciascun prodotto, e delle modalità di esposizione e vendita [...] e in particolare: 1) le indicazioni devono essere scritte in arabo, e possono essere scritte in due o più lingue, di cui una sia l'arabo; 2) le indicazioni devono essere scritte in modo che siano difficili da rimuovere; 3) le indicazioni devono essere scritte direttamente sul bene o, quando questo non sia possibile, su etichette apposte sul bene o sul suo contenitore”. La dicitura di cui al punto 2) fa pensare che in un'eventuale controversia il produttore non potrebbe difendersi unicamente eccependo di aver apposto le indicazioni, e che queste erano state rimosse o

In termini non troppo diversi si esprime anche la legge marocchina, la quale prevede che il professionista debba, “con ogni mezzo appropriato, mettere il consumatore in condizione di conoscere le caratteristiche essenziali del prodotto, del bene o del servizio” (art. 3), tra cui l'origine e la data di scadenza, i prezzi e le modalità di impiego, la garanzia e le condizioni particolari di vendita (art. 4), unitamente ad ogni altra informazione idonea a permettergli “una scelta razionale, tenuto conto dei suoi bisogni e delle sue risorse” (art. 3). Inoltre, il Marocco vanta una legislazione risalente con riguardo alla prevenzione delle frodi in ambito alimentare, nell'alveo della quale si è sempre previsto che il produttore/fornitore debba elencare un certo numero di informazioni al consumatore, in particolare circa le caratteristiche, gli ingredienti, l'origine degli alimenti, delle bevande e delle derrate alimentari in generale (art. 16 della l. 13/1983 sulla repressione delle frodi nel settore alimentare)<sup>512</sup>.

Se i sistemi fin qui considerati hanno rivolto la loro attenzione soprattutto al settore alimentare, Tunisia e Libano hanno affrontato il tema in una prospettiva più ampia. La disciplina tunisina, ad esempio, da un lato stabilisce che rientra tra i compiti del Consiglio Nazionale di Protezione del Consumatore quello di “assicurare l'informazione e l'orientamento del consumatore” (art. 15); dall'altro lato (art. 16) pone in capo al fornitore l'obbligo di informare il consumatore, mediante appositi cartelli, etichette e indicazioni visibili, circa le caratteristiche, la composizione, il modo di utilizzo e i

---

cancellate, dovendo farsi carico di dimostrare anche che esse erano difficili da rimuovere. L'art. 13.2 del regolamento inoltre specifica che “al produttore o all'importatore è fatto divieto di riportare qualsiasi dato che possa trarre in inganno o confondere il consumatore”.

<sup>512</sup> Tali indicazioni concernono i prodotti destinati sia all'alimentazione umana che a quella animale. In materia di etichettatura dei prodotti alimentari, la lingua araba è obbligatoria. Le indicazioni sul prodotto possono essere redatte anche in una o più lingue straniere. Tuttavia, in caso di prodotti tipici o di importazione largamente conosciuti, l'art. 8 prevede che la denominazione del prodotto possa essere riportata nella lingua originale. Anche il legislatore libanese prevede che la lingua araba sia obbligatoria e che solo nei casi stabiliti dal ministero dell'economia e del commercio essa possa essere sostituita dall'inglese, o dal francese. Pure il legislatore algerino si è preoccupato della tematica relativa all'informazione del consumatore, in particolare mediante la previsione di alcuni concetti chiave nella normativa consumeristica generale e la loro esplicitazione nella disciplina di fonte regolamentare. Infatti, la l. 3/2009 stabilisce che “l'etichettatura, il modo di utilizzo, il manuale di istruzioni, le condizioni di garanzia del prodotto ed ogni altra informazione prevista dalla normativa in vigore devono essere redatti principalmente in lingua araba” e, in via accessoria, in una o più lingue accessibili al consumatore (art. 18).



rischi connessi con l'impiego del bene, la durata dello stesso e, se del caso, la data di scadenza del prodotto.

In termini generali si esprime pure il sistema libanese, il quale, oltre ad includere il diritto all'informazione tra quelli fondamentali del consumatore (art. 3 l. 659/2005), stabilisce che l'informazione non solo debba essere chiara, esatta ed adeguata, ma debba riguardare anche il prezzo, il modo di utilizzo del bene e i potenziali rischi a questo connessi. Si prevede, ancora, che si debba impiegare il sistema di misura ufficiale, che al prezzo del prodotto si dia un'adeguata visibilità e che esso sia espresso in sterline libanesi. L'importanza di tali disposizioni diviene lampante sol che si consideri la pratica diffusissima nei paesi arabi che consiste nella contrattazione estemporanea, cui spesso consegue un'applicazione differenziata di prezzi e tariffe, soprattutto con riguardo al commercio spicciolo, quotidiano – fenomeno ricorrente anche nell'ambito della fornitura di servizi, quali la ristorazione, la locazione turistica di appartamenti, l'attività alberghiera.

Come anticipato (*retro*, fine par. 7), il dato comparatistico più interessante viene però dalla legislazione algerina, secondo cui il professionista è tenuto ad informare il consumatore, con qualunque mezzo, sulle condizioni di vendita dei prodotti o di prestazione dei servizi, in modo da consentire al consumatore di “avere un termine di tempo sufficiente ad analizzare il contratto”, prima di concluderlo (art. 4 d.l. 306/2006). Questa previsione legislativa è di sicuro rilievo poiché assorbe una prassi islamica, secondo la quale, durante la contrattazione, le parti possono esercitare la c.d. opzione della sessione contrattuale<sup>513</sup>, ossia un accorgimento che

---

<sup>513</sup> Prima di definire l'opzione in sé, occorre definire la sessione contrattuale (*majlis al-'aqd*), che è intesa come quell'unità spazio-temporale entro cui i contraenti si trovano faccia a faccia e si dedicano alla stipulazione dell'accordo senza che alcun altro affare o circostanza li distraiga dalla transazione in corso. Finché essi non abbandonano il luogo della contrattazione, ossia anche dopo che l'accettazione è stata verbalizzata all'offerente, le parti possono riconsiderare il negozio e, esercitando appunto l'opzione della sessione contrattuale, far valere il proprio diritto a recedere dal contratto appena formatosi. Se i contraenti non si avvalgono di tale prerogativa, peraltro, una volta che si sono allontanati dal luogo della trattativa (*majlis al-'aqd*), il contratto si intende perfezionato, a meno che essi espressamente non abbiano previsto un termine per l'accettazione. La *ratio* di quest'opzione risiederebbe nell'esigenza di concedere alle parti non solo un congruo periodo per meditare sul contratto, prima della sua conclusione, ma anche un certo intervallo di tempo per ripensarci, subito dopo la stipula dell'accordo.

permette loro una sorta di “riflessione” e, a volte (ed entro certi limiti), di ripensamento rispetto al patto appena stipulato. Si tratta di una pratica che ricorda l'odierno diritto di recesso, e conferma ciò cui si era fatto cenno nei primi paragrafi, ossia da un lato la sopravvivenza, nel diritto legislativo contemporaneo, di istituti di diritto islamico, e dall'altro lato l'attenzione che quest'ultimo riserva alla correttezza nelle transazioni commerciali, dando conto delle potenziali capacità, insite nei rimedi tradizionali, di tutelare la parte debole del rapporto contro gli abusi perpetrati a suo danno, analogamente a quanto si incaricano di fare gli odierni strumenti di diritto positivo.

## **IX. Il diritto alla salute e alla sicurezza**

Collegati al diritto all'informazione sono quelli alla salute ed alla sicurezza, temi ai quali le legislazioni considerate dedicano diverse disposizioni. Data la vastità della normativa che si occupa di tali questioni, si darà preferenza, in questa sede, ai contenuti concreti dell'obbligo di sicurezza, ed alle articolazioni operative cui esso si piega, con particolare riguardo alla ripartizione del rischio del prodotto insicuro.

Ebbene, tutte le normative analizzate si premurano di dare rilievo al diritto in esame, diritto che mira, per un verso, a proteggere l'integrità fisica e patrimoniale del consumatore – nella maggior parte dei paesi<sup>514</sup> esso riceve

---

Questa pratica è stata rivista dalla dottrina già nei primi secoli dopo la sua diffusione, in quanto frequentemente i contratti venivano conclusi – per usare una terminologia occidentale – *inter absentes*, ad esempio con l'ausilio di messaggeri che recapitavano offerta e accettazione. In tal caso la sessione si considerava conclusa allorché il messo dell'offerente abbandonava il luogo in cui l'oblato gli aveva espresso la propria accettazione. Attualmente tale teorizzazione è stata piegata all'evoluzione dei mezzi di comunicazione, per far rientrare negli schemi islamici anche i contratti conclusi per via telematica: in questi ultimi, e con riferimento ad un'unità solo temporale, per sessione contrattuale *inter praesentes* si intende il lasso di tempo in cui le parti sono in comunicazione tra loro, essendo entrambe in linea; mentre si adopera lo schema della contrattazione *inter absentes* se la transazione non si svolge in tempo reale. Cfr. A. Alzaagy, *The Islamic Concept of Meeting Place and its Application in E-Commerce*, Masaryk Journal of Law and Technology, Vol. 1, no. 1, 2007.

<sup>514</sup> Così in Algeria, Tunisia, e Libano. La legislazione egiziana non menziona esplicitamente le sanzioni penali, ma colui che si renda, per esempio, colpevole di lesioni a seguito della messa in vendita di un prodotto difettoso (o che in altro modo violi le disposizioni poste a presidio della salute e della sicurezza del consumatore) si vedrà contestare il reato di lesioni, secondo la disciplina di diritto penale comune. In Marocco la tutela della sicurezza del consumatore non è espressamente contemplata nella recente legge – per quanto il citato progetto 27/2000 vi facesse riferimento – dal che si deduce che la disciplina di tale settore resta regolata dalla

anche tutela di natura penale<sup>515</sup> – e, per altro verso, a garantire che i prodotti stessi siano conformi a standards previsti a priori dal legislatore (e spesso oggetto di obblighi internazionali) secondo una disciplina che si colloca in posizione preventiva rispetto al verificarsi dell'evento dannoso.

Con riguardo alla nozione di 'sicurezza', si rinvia una varietà di approcci entro i paesi considerati. In alcuni sistemi l'obbligo di sicurezza non è dettagliato dal legislatore, che viceversa ne rimette la definizione agli interpreti o alla riserva regolamentare (Egitto, Libano). In altri (Tunisia, Algeria) la nozione di sicurezza, pur espressamente delineata dai testi legislativi, sconta una certa vaghezza. Per illustrare questi profili, basti pensare che in Tunisia si impone al professionista un obbligo generale di commercializzare prodotti con un livello di sicurezza pari a "quello che ci si può ragionevolmente attendere"<sup>516</sup>, mentre in Algeria si chiarisce che lo standard di sicurezza non è solo quello posto per via regolamentare a seconda della tipologia di prodotti (artt. 11 e 12 l. 3/2009), ma anche quello che, avuto riguardo della natura e delle caratteristiche del bene, della sua origine e composizione (art. 3), soddisfi "le aspettative del consumatore"<sup>517</sup>. Entrambi gli atti fanno così perno

---

normativa previgente (es. l. 13/1983 sulla repressione delle frodi o l. 28/2007 sulla sicurezza dei prodotti alimentari), con l'applicazione del diritto comune sulla responsabilità civile per quanto non specificamente previsto dalla *lex specialis* (si v. art. 1 ult. co. l. 18/02/2011).

<sup>515</sup> In Algeria, dove particolare pregnanza assumono le disposizioni in materia di sicurezza dei prodotti alimentari, la l. 3/2009 impone l'applicazione di sanzioni penali in caso di prodotti adulterati o non conformi, fatto salvo in ogni caso il risarcimento del danno (art. 29). Per la repressione delle frodi – non solo nel settore alimentare, ma in ogni caso da cui derivi un serio pregiudizio per l'integrità della persona – sono previste sanzioni (artt. 68 ss.) che vanno da un minimo di un anno di reclusione – oltre a sanzioni pecuniarie accessorie – nei casi meno gravi (quali le frodi sulla natura del prodotto, sulla quantità o qualità), ad un massimo di pena di vent'anni se la frode ha una gravità tale da causare, nel consumatore, una malattia incurabile, e fino alla pena di morte se tale malattia ne induce il decesso (art. 83). La legge prevede, al fine di contrastare le attività fraudolente, un potere di indagine delle forze dell'ordine ancora più stringente. E' stato anche istituito un corpo di polizia speciale – sulla base dell'organico già esistente – con il compito di procedere a verifiche e controlli dei prodotti alimentari. Gli agenti, oltre a poter prelevare dei campioni di merce (facoltà peraltro già prevista dalla legislazione precedente), hanno il potere di accedere ai documenti non solo contabili ed amministrativi delle aziende interessate dall'indagine, ma anche ai documenti tecnici – nel rispetto del segreto professionale (art. 33). Il potere di ispezione prevede (art. 34) che gli agenti abbiano libero accesso, "in orario diurno e notturno, e compresi i giorni di chiusura, dei locali commerciali, degli uffici, dei locali annessi, nonché dei magazzini e luoghi di stoccaggio [...] ad eccezione dei luoghi adibiti ad abitazione, l'accesso ai quali è regolato dalle disposizioni del codice di procedura penale".

<sup>516</sup> Tali prodotti non devono minacciare gli interessi patrimoniali o la salute dei consumatori.

<sup>517</sup> La l. 3/2009 ha aggiunto qualcosa in più rispetto alla l. 2/1989, specificando che per sicurezza si intende "la ricerca dell'equilibrio ottimale tra tutti i fattori in gioco al fine di ridurre, con ogni mezzo, i rischi di lesioni" (art. 3).

su una nozione dai confini piuttosto labili, la cui precisa definizione resta affidata alla vis interpretativa di dottrina e giurisprudenza.

Altro dato da evidenziare attiene a come la maggior parte dei paesi preveda, a carico del produttore stesso, l'obbligo di sottoporre i prodotti ai controlli necessari ad ottenere certificazioni di conformità.

In Tunisia, è colui che per la prima volta immette un prodotto o un servizio sul mercato ad avere l'obbligo di verificare la sua conformità agli standards generali imposti per via regolamentare<sup>518</sup>.

Analoghe previsioni si rinvengono in Libano, Algeria e Marocco. In Marocco, in particolare, l'obbligo generale di sicurezza si declina in un controllo, preventivo e a posteriori, sulla merce in vendita. La fase preventiva include gli obblighi di informazione di cui già si è dato conto *supra*, al par. 8, nonché un sistema di certificazione, governato da diverse autorità (delle quali, tuttavia, in dottrina si lamenta lo scarso coordinamento<sup>519</sup>). Analogamente, sono più d'una le autorità coinvolte nel controllo a posteriori: solo per il monitoraggio dei prodotti alimentari sono chiamati in causa tre diversi ministeri<sup>520</sup>: dell'agricoltura, della sanità e dell'interno<sup>521</sup>.

---

<sup>518</sup> Sull'imballaggio del prodotto devono essere riportati gli elementi di identificazione del medesimo, nonché "le precauzioni per l'uso, l'origine, la provenienza, la data di produzione, di scadenza o di utilizzo e le istruzioni per l'uso". Accanto a queste disposizioni possono trovare applicazione norme più stringenti per particolari categorie merceologiche (art. 6).

<sup>519</sup> Cfr. S. El Hajoui, *La sécurité du consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007, p. 5.

<sup>520</sup> Gli ispettori sono autorizzati ad accedere ad ogni luogo utilizzato dal professionista (per fini inerenti alla sua attività), nonché ad accedere ai documenti rilevanti. Il ministero dell'agricoltura, dello sviluppo rurale e della pesca marittima effettua i controlli mediante la direzione della protezione sui controlli tecnici e la repressione delle frodi, la direzione delle industrie della pesca e l'ufficio nazionale della pesca; il ministero della sanità affida i suddetti controlli alla direzione dell'epidemiologia e della lotta contro le malattie, e il ministero dell'interno alla direzione della regolamentazione e coordinamento degli affari economici. Queste istituzioni sono presenti anche nei principali porti ed indirizzano l'attività di controllo sulle importazioni. Il coordinamento è affidato alla commissione interministeriale permanente per i controlli alimentari e la repressione delle frodi (CIPCARF), istituita nel 1968, e al consiglio superiore interministeriale della qualità e produttività, istituito nel 1979.

<sup>521</sup> Se il progetto di legge fosse approvato nei termini attuali, ad enfatizzare tale dispersione delle competenze si aggiungerebbe anche la mancanza di riferimenti a specifiche misure eccezionali e provvisorie, di carattere cautelare, nel caso di un pericolo grave e irreparabile rappresentato da un prodotto difettoso. Tuttavia, potrebbe essere applicata la legge sulla repressione delle frodi, che prevede, in tal caso, tre tipi di intervento: il sequestro della merce, la distruzione del prodotto, la sospensione della vendita dei beni non conformi. Cfr. S. El Hajoui, *La sécurité du consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007, p. 8.

Anche in Algeria vige l'obbligo per il professionista<sup>522</sup> di sottoporre il prodotto o il servizio, prima della sua immissione sul mercato, ai controlli necessari ad assicurarne a conformità agli usi cui è destinato. Detti controlli, continua l'art. 12 della l. 3/2009, devono essere proporzionati al volume e alla varietà dei prodotti messi in commercio e ai mezzi di cui il professionista deve disporre, tenuto conto della specificità del settore e delle regole comunemente adottate nel campo di sua pertinenza<sup>523</sup>.

Alla stessa stregua, il Libano impone al professionista (ossia, in senso omnicomprensivo, colui che interviene, a qualsiasi titolo, nel processo di produzione: art. 2) una serie di obblighi di fare e di non fare. Anzitutto, colui che introduce per la prima volta un certo bene sul mercato deve assicurarsi che esso sia conforme alla legge e ai regolamenti in vigore<sup>524</sup>, e gli può essere richiesto di esibire una certificazione che attesti tale conformità. Il professionista, inoltre (art. 27), deve mettere a disposizione dell'acquirente-consumatore un servizio di assistenza post-vendita, per un congruo periodo di tempo, determinato in funzione della prevedibile durata del bene (è fatta però salva la possibilità che tale servizio abbia una durata prefissata, purché ciò sia espressamente previsto nel contratto concluso col consumatore e che questi ne abbia preso conoscenza). Si riallaccia al tema del diritto all'informazione l'obbligo, gravante sul medesimo professionista, di fornire al consumatore le istruzioni necessarie ad un corretto utilizzo del bene (art. 37 l. 659/2005), per iscritto ed in modo chiaro<sup>525</sup>. Il professionista è inoltre tenuto a comunicare al consumatore pure le informazioni essenziali relative alla

---

<sup>522</sup> Si noti che "professionista" è un'espressione sintetica per indicare "ogni persona fisica o giuridica che interviene nel processo dell'immissione dei prodotti sul mercato" del consumatore finale (art. 3).

<sup>523</sup> Sul punto la precedente normativa era silente.

<sup>524</sup> Occorre tener conto anche degli standards di sicurezza in genere. La legge in discorso si preoccupa di definire anche tale concetto e, tra le definizioni generali dell'art. 2, si legge cosa si intende per "standard", ovvero le regole tecniche che definiscono le caratteristiche di un bene o di un servizio, o il processo di produzione e manutenzione. Tali regole possono includere una certa terminologia, dei simboli, dei dati, il metodo di imballaggio ed etichettatura, e la loro applicazione ha natura cogente.

<sup>525</sup> Questa disposizione concettualmente completa quanto previsto dall'art. 221 Il co. del codice libanese delle obbligazioni e dei contratti, il quale prevede che i contratti devono essere "compresi, interpretati ed eseguiti secondo la buona fede, l'equità e gli usi". Cfr. F. Nammour, *Le contrats du consommateur*, Rapport Libanais pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007, p. 14.

valutazione dei rischi connessi all'uso/fruizione corretto/a e no, del prodotto/servizio<sup>526</sup>.

Il più prudente fra i sistemi finora considerati sembra essere quello egiziano. Qui la ripartizione del rischio finisce, per alcuni versi, per penalizzare il consumatore. L'art. 2 della l. 67/2006 annovera difatti tra i diritti del consumatore quello alla salute e alla sicurezza, che però va considerato "in funzione dell'uso normale dei prodotti"<sup>527</sup>. Tale inciso permette di supporre che il produttore convenuto in giudizio in ragione di una lesione causata da un uso improprio del prodotto/servizio possa esonerarsi totalmente da responsabilità allegando l'anormalità dell'utilizzo<sup>528</sup>. Ad una simile conclusione conduce pure la norma di cui all'art. 12 del regolamento attuativo, la quale prevede che "nei casi in cui l'utilizzo del prodotto potrebbe essere pericoloso per la salute e la sicurezza del consumatore, il produttore è tenuto ad allegare delle istruzioni per l'uso, indicando le modalità di utilizzo corretto del prodotto, evidenziando, se ve ne sono, i potenziali rischi". La norma sembra offrire un'intensa tutela al consumatore inesperto; purtuttavia, non si può fare a meno di ipotizzare che l'obbligo menzionato dall'art. 12 possa fungere anche da difesa al produttore che si sia premurato di dettagliare con accuratezza cosa debba intendersi per impiego appropriato del bene. In questi casi, difatti, ogni incidente scaturito da un utilizzo diverso del prodotto potrebbe farsi rientrare nella sfera del rischio del consumatore stesso e così finire per esulare dal novero di avvenimenti dei quali il produttore è chiamato a rispondere.

Resta difficile presagire come queste disposizioni saranno in concreto applicate. Nell'ipotesi di danno provocato da un uso/una fruizione inappropriato/a del prodotto/servizio, si tratterà pur sempre di individuare il punto di equo bilanciamento fra due interessi contrapposti, quello del

---

<sup>526</sup> Come detto in tema di diritto all'informazione sul prodotto, tali istruzioni devono essere redatte per iscritto e in lingua araba (art. 37).

<sup>527</sup> Peraltro, anche in Libano l'obbligo di garantire salute e sicurezza è temperato dalla clausola che impone l'utilizzo appropriato dei prodotti (art. 3, l. 659/2005).

<sup>528</sup> Per quanto anche senza tale precisazione normativa il convenuto possa sollevare tale eccezione, l'inciso in questione sembra spezzare una lancia a favore del professionista. El Bakry, ult. cit. Si v. anche H. Gemei, *The Treatment of Unfair Terms in Arab Countries – An Investigation into the Effects of Legal Pluralism*, in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini cur., *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, p. 130.

consumatore alla ragionevole sicurezza di quanto acquistato, e quello del produttore/professionista a non vedersi accollati eventi estranei alla sfera di rischio da lui creato. Quanto resta certo, quale che sia lo schema normativo adottato, è che il compito di identificare quel bilanciamento spetta, in ultima analisi, alla dottrina ed alla giurisprudenza, alla cui attività è in sostanza rimesso il compito di fornire significato operativo alle formule impiegate dal legislatore.

## **X. La pubblicità ingannevole**

La proclamazione dei diritti all'informazione ed alla sicurezza dei prodotti sarebbe in buona parte un esercizio di retorica, se non se ne sostanziasse i contenuti tramite meccanismi destinati ad assicurare l'effettiva protezione degli interessi del consumatore. E' a questo fine che si ergono due ulteriori insiemi di norme, volti a sanzionare l'uno la diffusione di messaggi pubblicitari fuorvianti; e l'altro, la messa in circolazione di prodotti/servizi difettosi, suscettibili di cagionare danno al consumatore-acquirente finale. Ci si occuperà della pubblicità ingannevole nel presente paragrafo, e della responsabilità da prodotto difettoso nel paragrafo a seguire.

La salvaguardia contro la pubblicità ingannevole, naturale corollario del diritto all'informazione, richiede che agli operatori pubblicitari sia fatto divieto di comunicare al pubblico notizie erranee o capziose mediante i loro messaggi pubblicitari diffusi a mezzo stampa, televisione o radio<sup>529</sup>.

---

<sup>529</sup> Tale necessità è stata avvertita anche nell'ordinamento siriano, che ha infatti previsto, nella legge di tutela dei consumatori entrata in vigore l'8 giugno 2008, sanzioni particolarmente severe (anche) nel caso della pubblicità ingannevole, in relazione ad un gran numero di violazioni, tra cui la vendita di merce contraffatta e di prodotti al di sotto dello standard imposto. Nel vigore della nuova legge – promulgata anche sotto l'influenza delle conseguenze negative della crisi economica, tra cui il taglio alle agevolazioni sul carburante e l'aumento esponenziale del tasso di inflazione – i prezzi della merce devono essere indicati chiaramente, e non possono essere soggetti a variazioni a seconda del cliente e delle circostanze. Le sanzioni arrivano a comprendere la detenzione in carcere da dieci giorni ad un anno, o il pagamento di un'ammenda da 10.000 a 200.000 Lire Siriane, ossia da 200 a 4.000 dollari US. Tuttavia, tra gli operatori del settore serpeggia una certa perplessità in merito all'effettività e all'efficacia di tali sanzioni, dal momento che il livello di corruzione è talmente elevato che è ragionevole ritenere che molti preferiranno scontare il rischio o il costo di una tangente piuttosto che conformarsi al dettato della nuova legge. Altro limite all'effettività delle nuove disposizioni risiede nel fatto che molti siriani sono del tutto all'oscuro della vigenza

Non tutti i legislatori arabi considerano la pubblicità ingannevole come un fenomeno contro il quale offrire tutela al consumatore.

Ad esempio, in Algeria, né la legge del 1989, né quella che l'ha sostituita, la l. n. 3/2009, si occupano approfonditamente della questione. Per converso, la pubblicità ingannevole – sulla falsariga del modello europeo, che ha dedicato al tema la direttiva 114/2006/CE<sup>530</sup>, la quale è stata la fonte di ispirazione per i paesi arabi del Mediterraneo – ha attirato le cure delle legislazioni di altri sistemi, fra le quali spicca l'articolata disciplina egiziana. Questa, difatti, non solo si premura di chiarire che, ai fini delle previsioni in esame, è operatore pubblicitario “ogni persona che, attraverso qualsiasi strumento di pubblicità o promozione, pubblicizza o promuove un servizio o un prodotto, direttamente o attraverso terzi”<sup>531</sup>, ma soprattutto specifica, tramite il regolamento di attuazione, che è ingannevole ogni annuncio che, ricevuto da un consumatore mediamente avvertito, possa ingenerare un'opinione deviata del prodotto o del servizio in questione<sup>532</sup>. A tal fine, le previsioni egiziane ulteriormente precisano che l'obbligo di non fornire

---

della nuova legge. Essa si pone degli obiettivi ambiziosi, quali limitare il fenomeno della fluttuazione repentina del prezzo della merce destinata ai consumatori, prevenire le frodi e tentare una moralizzazione del mercato. Infatti, tra le attività che sono state colpite dalle sanzioni comminate nel vigore della nuova legge, figurano i casi di fornitura di finti trattamenti anti-tumorali, finti corsi di università fittizie, la costituzione di agenzie immobiliari inesistenti, a copertura di attività illecite. Cfr. Syrian Ground Report from IWPR, 1 luglio 2008, dalla pagina web [www.groundreport.m7World/Praise-for-Tougher-Consumer-Protection\\_1](http://www.groundreport.m7World/Praise-for-Tougher-Consumer-Protection_1).

<sup>530</sup> Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2006/114/CE, del 12 dicembre 2006, pubblicata in GUCE L-376 del 27 dicembre 2006, pp. 21-27. La direttiva citata modifica la dir. n. 84/450/CEE, pubblicata in GU L 250 del 19.9.1984, pagg. 17-20.

<sup>531</sup> L'espressione “con ogni strumento” è stata arricchita, nel regolamento (art. 8), includendo “ogni mezzo, compresi i mezzi elettronici o qualunque altro moderno mezzo tecnologico”. Inoltre, operatore pubblicitario può essere tanto chi commissiona un annuncio, quanto un'agenzia pubblicitaria, quanto un intermediario, secondo le disposizioni legislative egiziane in materia di pubblicità di beni o servizi, alle quali l'art. 8 del regolamento fa un generico rinvio.

<sup>532</sup> Infatti, l'art. 17 prevede che “ogni pubblicità su un prodotto che contenga un'offerta o un'affermazione falsa, [...] e che porti, direttamente o indirettamente, alla formazione di una convinzione falsa o fuorviante, indipendentemente dal mezzo di comunicazione pubblicitaria, sarà considerata pubblicità ingannevole”. Nello specifico, secondo l'elenco dell'art. 17, una pubblicità è considerata ingannevole se riporta informazioni fuorvianti legate a uno o più dei seguenti elementi: “1) la natura e la composizione dei beni, nonché le caratteristiche sostanziali o gli elementi che compongono il bene, e la quantità di tali elementi; 2) l'origine, il peso, la dimensione, la lavorazione, la data di produzione, la data di scadenza dei beni, nonché le condizioni e le limitazioni di impiego; 3) il produttore del bene o il fornitore del servizio”.

Tali norme egiziane si estendono anche alla somministrazione di servizi: le indicazioni non devono essere fuorvianti neppure per quel che concerne “il genere di servizio e il luogo di somministrazione, nonché le limitazioni alla sua fruizione e le caratteristiche sostanziali del servizio, in ordine alla tipologia e ai benefici derivanti dalla fruizione”.



informazioni ingannevoli comprende anche “le condizioni contrattuali, incluse le prestazioni successive alla conclusione del contratto di vendita, le garanzie, nonché il prezzo e le modalità di pagamento; le certificazioni, i marchi di autenticità; i marchi commerciali o i loghi” (art. 17 reg.), nonché “le caratteristiche del prodotto e i risultati attesi dal suo impiego” (*idem*).

Laddove le disposizioni egiziane affrontano la materia facendo perno sulla componente oggettiva del momento pubblicitario, più che sul destinatario dell'attività, la legislazione tunisina<sup>533</sup> si affida ad entrambi i criteri, quello soggettivo e quello oggettivo, definendo sia la figura dell'operatore pubblicitario (“ogni persona per conto della quale è diffusa una pubblicità che fa riferimento ad un prodotto o ad un servizio”, art. 2), così come la nozione di pubblicità (“ogni comunicazione avente il fine diretto o indiretto di promuovere la vendita di prodotti o servizi, [...] con qualunque mezzo di comunicazione”, art. 35), ed in particolare il concetto di pubblicità ingannevole (e perciò vietata): è tale “quella vertente su un'attività non autorizzata, su prodotti la cui commercializzazione è vietata, o che non sono disponibili sul mercato mentre la pubblicità è trasmessa, o su prodotti la cui origine è sconosciuta”, art. 35).

Tutta concentrata sul versante soggettivo – e quindi sugli effetti in capo al destinatario – è invece la legge marocchina. In questo sistema è considerata pubblicità ingannevole quella che, in qualunque modo, induca in errore o sia suscettibile di indurre in errore i destinatari cui si rivolge, e che, in ragione del suo carattere fuorviante, potrebbe modificare il loro comportamento (art. 21)<sup>534</sup>.

---

<sup>533</sup> La Tunisia dedica alla tecniche di vendita e alla pubblicità commerciale una legge specifica, la legge 2 giugno 1998, n. 40, pubblicata in J.O.R.T. del 2 giugno 1998, n. 44, pp. 1203-06. La l. 117/1992 definisce l'operatore pubblicitario soltanto come qualunque produttore che fa della pubblicità ai propri prodotti (art. 2 lett. c).

<sup>534</sup> Merita inoltre osservare che, al pari della direttiva 114/2006/CE, la legge marocchina si occupa della definizione di pubblicità comparativa, identificandola come quella che “mette a confronto beni o servizi altrui, utilizzando tanto la loro denominazione o la rappresentazione del marchio di fabbrica [...], quanto la rappresentazione della ragione sociale del nome commerciale o dell'insegna altrui”. Tale pubblicità, secondo l'art. 22, è autorizzata solo se leale, veritiera e se non è tale da indurre in errore il consumatore. Si deve basare su caratteristiche essenziali, significative e verificabili, e su beni o servizi della stessa natura (art. 22). Particolare rilievo assumono in questo caso i messaggi pubblicitari concernenti i tabacchi, rispetto ai quali occorre che, come spesso accade anche altrove, ogni pacchetto o busta contenente derivati del tabacco rechi l'indicazione del fatto che quel prodotto contiene

Simile è l'impostazione della disciplina libanese, secondo la quale (art. 11, l. 659/2005) la pubblicità è ingannevole se, in qualunque modo, contiene una dichiarazione inveritiera o una rappresentazione falsa o simulata del prodotto o del servizio, ovvero "contiene espressioni tali da ingannare o confondere il consumatore, sia direttamente che indirettamente". Sarà considerata di particolare gravità la pubblicità ingannevole che riguarda, in particolare, "a) la natura, la composizione e le caratteristiche essenziali dei beni, nonché i loro componenti o la quantità dei medesimi; b) l'origine, il peso, il volume, il metodo di produzione, la data di scadenza, le istruzioni per l'uso o le precauzioni per l'uso; c) il tipo di servizio e il luogo convenuto per la fornitura di tale servizio; le precauzioni per l'uso e le caratteristiche essenziali previste per la qualità del servizio o per i benefici che da esso dovrebbero derivare; d) le clausole contrattuali, il prezzo complessivo e le modalità di pagamento; e) le obbligazioni del professionista; f) l'identità, la qualifica e la descrizione" del professionista (art. 11.2). Inoltre, il medesimo articolo, al terzo comma, prevede dei casi notevoli di pubblicità ingannevole, identificandoli in quelle pratiche per cui il professionista fornisce una dichiarazione falsa su prezzi, certificazioni, attestazioni o riconoscimenti pubblici o privati, o il riferimento a enti scientifici, dichiarazione che sia sfornita di prova e non sia confermata dai fatti – rientrano in questa lista altresì le pratiche consistenti nell'impiego illegittimo di un marchio o di un segno distintivo, anche imitato o simulato.

Vi è però da dire che, al di là del piano definitorio, solo in alcuni dei paesi presi in esame (Tunisia, Libano) è contemplata la predisposizione di strumenti atti a far cessare l'impiego della pubblicità ingannevole, o capaci di irrogare una qualche forma di sanzione a carico dell'operatore che l'abbia veicolata, o del professionista che l'abbia commissionata (in tal senso sono previste sanzioni pure in Marocco, artt. 174 s.).

---

nicotina e catrame, e tiene conto delle proporzioni imposte dalla legge (art. 2 l. 15/1991 del 26 giugno 1995). Le avvertenze riportanti la dicitura "il fumo è pericoloso per la salute" devono essere apposte in modo evidente sul dorso del pacchetto o della busta. Infine, considerata la delicatezza della materia, disposizioni specifiche di tutela sono dettate in materia di pubblicità avente ad oggetto il credito al consumo (artt. 76 ss.), nelle quali le prescrizioni di chiarezza e comprensibilità dell'offerta assumono un rilievo anche maggiore che nella parte generale.

In particolare, le disposizioni tunisine e libanesi attribuiscono al ministero dell'economia, e/o al giudice competente eventualmente adito, alcuni specifici poteri in merito ai fenomeni di pubblicità ingannevole. In entrambi i sistemi, qualora il messaggio pubblicitario non risponda ai canoni di correttezza, a) il ministero dell'economia e del commercio può richiedere al professionista di correggerlo, di pubblicare ed eventualmente divulgare tale correzione, mediante lo stesso mezzo di comunicazione impiegato per la pubblicità rivelatasi ingannevole; e b) il giudice può imporre la cessazione della pratica pubblicitaria fuorviante, ordine che diviene immediatamente esecutivo<sup>535</sup> anche in pendenza di impugnazione<sup>536</sup>.

Mentre in Tunisia è l'operatore pubblicitario ad essere responsabile in via principale delle infrazioni commesse (art. 39) e a dover provare l'esattezza delle affermazioni e dei messaggi trasmessi (art. 37), secondo la disciplina libanese (art. 12) l'*onus probandi* grava sul professionista che sarà tenuto a provare la veridicità dell'informazione reclamizzata.

Infine<sup>537</sup>, è il caso di notare come pure in Egitto vi sia una presunzione di responsabilità del professionista e dell'operatore pubblicitario<sup>538</sup> nei confronti del consumatore; tale responsabilità viene limitata, con riguardo all'operatore pubblicitario, allorché i dati forniti dal produttore presentino un elevato livello di tecnicismo, tale che un operatore pubblicitario non sarebbe normalmente in grado di verificare la correttezza delle informazioni in questione (art. 6 co. 2 lett. d).

## **XI. Il prodotto difettoso**

Fra le più rilevanti ricadute operative del diritto alla sicurezza dei prodotti vi è quella della protezione contro i danni derivanti dall'impiego o dalla fruizione di un prodotto/servizio difettoso.

---

<sup>535</sup> Secondo un principio generale accolto in molti ordinamenti, le disposizioni libanesi prevedono che il giudice che pronuncia tale provvedimento ha anche la facoltà di revocarlo (art. 13 III co.).

<sup>536</sup> V. l. tun. 40/1998, artt. 41-43.

<sup>537</sup> La legge generale algerina di tutela del consumatore non specifica alcunché al riguardo.

<sup>538</sup> Dalla lettera della legge si può supporre che la responsabilità non sia solidale, e che ognuno abbia l'onere di dimostrare la responsabilità esclusiva dell'altro, o la mancanza di colpa propria (el Bakry, cit.)

Molteplici sono i profili che interessano questo particolare aspetto della tutela consumeristica. Ad esempio, si tratta di comprendere nei riguardi di chi (produttore, fornitore, venditore), e per quale via (contrattuale, aquiliana o entrambe) possa rivalersi il consumatore danneggiato, e quali siano i rimedi a sua disposizione (sostituzione del prodotto, restituzione del prezzo, risarcimento).

Il punto è però che, nei paesi arabi, la materia è di introduzione relativamente recente. Ne viene che, su molte delle questioni sulle quali la legislazione speciale non si pronuncia, non si è ancora stratificato un corpus di regole capace di fornire risposta a molti dei quesiti ricordati qualche riga sopra. La formazione di un simile serbatoio di soluzioni – esercizio che, ancora una volta, è rimesso al lavoro di dottrina e giurisprudenza – è del resto un compito piuttosto arduo, tenuto conto della scarsità di strumenti che la normativa consumeristica attualmente offre a protezione del consumatore danneggiato.

Anzitutto, solo alcune legislazioni<sup>539</sup> offrono una definizione di difetto, o di prodotto difettoso.

Inoltre, tutti i paesi<sup>540</sup> ripongono le esigenze di tutela contro il prodotto difettoso focalizzando le proprie disposizioni normative sull'obbligo del venditore di fornire una garanzia. Così è, ad esempio: in Marocco (artt. 65 e

---

<sup>539</sup> Ad esempio la l. algerina 3/2009 fornisce a contrario una definizione di prodotto *pericoloso*, potendo questa essere dedotta in negativo dalla descrizione di cosa si intende per prodotto sicuro; il progetto di legge marocchino definisce il prodotto sicuro (su cui v. par. 9), mentre la disciplina libanese focalizza l'attenzione sulla garanzia e parla in generale di difetti del prodotto. In Egitto, difetto è "ogni anomalia del prodotto che ha l'effetto di diminuire il valore del prodotto o di alterare l'uso cui è destinato, ovvero di impedire al consumatore l'utilizzo del prodotto, in tutto o in parte" (art. 1). Sono inoltre compresi in questa nozione "i vizi derivanti dalle condizioni di trasporto o di deposito dei prodotti" (art. 1), a meno che essi "non siano da attribuire al consumatore". Il concetto di difetto si attaglia pure alla fornitura di servizi, quanto meno declinandosi nella nozione di prestazione lacunosa: l'art. 9, infatti, concerne il caso in cui "sia evidente un vizio o una lacuna del servizio, relativamente alla natura della prestazione, alle condizioni contrattuali e alle norme commerciali". La normativa tunisina infine parla di prodotto non conforme, definito come quello che non rispetta la legislazione e la regolamentazione in vigore (art. 17).

<sup>540</sup> Così è per Algeria, Tunisia, Marocco e Libano, con l'apparente eccezione dell'Egitto, che agli artt. 8 e sgg. prevede un generale diritto del consumatore di restituire il bene, entro quattordici giorni dall'acquisto, qualora si sia rivelato difettoso o non conforme. Si v. M. Equizi, *La circolazione del modello europeo di responsabilità del produttore nei paesi arabi: verso una europeizzazione della product liability theory?* in *Contratto e impresa. Europa*, 2010, 2, pp. 760 – 817.

ss.)<sup>541</sup>; in Algeria (art. 13)<sup>542</sup>; in Tunisia, dove il fornitore del bene è tenuto a rilasciare una garanzia al momento della vendita del prodotto (garanzia che si trasmette con la titolarità del bene)<sup>543</sup>; in Libano, la cui legge prevede espressamente, a carico del fornitore (ossia colui che vende, distribuisce o anche importa il bene, art. 2) una garanzia di conformità e contro l'evizione (art. 28), nonché contro i vizi occulti (29)<sup>544</sup>.

Con riguardo ai rimedi offerti al consumatore, l'Algeria (art. 13) prevede che, in caso di prodotto non conforme, il professionista, entro il termine previsto nella certificazione di garanzia, deve provvedere a sue spese alla sostituzione del prodotto, ovvero alla sua riparazione. Anche in Tunisia il consumatore ha a disposizione questi rimedi, senza spese aggiuntive ed entro un termine di tempo ragionevole, oltre a quello mirante ad ottenere il rimborso del prezzo pagato, cui segue la restituzione del bene, e fatto salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno (art. 18).

Sotto il profilo, invece, della responsabilità dei diversi intermediari che intervengono nella catena produttiva, l'art. 10 della legge in discorso statuisce che è il fornitore<sup>545</sup> finale ad essere in primo luogo responsabile per i danni subiti dal consumatore, salvo che provi l'identità di colui che gli ha fornito il prodotto e che egli non è responsabile del danno occorso<sup>546</sup>.

---

<sup>541</sup> Dopo il rinvio alla disciplina della garanzia per i vizi della cosa venduta contemplata nel codice delle obbligazioni e dei contratti agli artt. 549-575, la l. 18/02/2011 prevede la possibilità di estendere convenzionalmente la portata della garanzia legale (artt. 66 e ss.). E' rimessa alla discrezionalità del professionista la previsione di un servizio di assistenza post-vendita.

<sup>542</sup> In Algeria la garanzia si estende anche ai servizi, ed è nullo qualsiasi patto volto ad escluderla o limitarla. Il *quid pluris* espresso dalla nuova l. 3/2009, rispetto alla normativa antecedente (l. 2/1989), sta nel fatto che la prima prevede anche un servizio di assistenza dopo la vendita, il quale è dovuto anche nei casi in cui non è possibile invocare la garanzia (ad esempio perché è trascorso il termine necessario a far valere quest'ultima). L'art. 13, infine, stabilisce che il consumatore non debba sostenere oneri aggiuntivi per godere della garanzia.

<sup>543</sup> Il contenuto specifico di tale garanzia, per espresso rinvio della l. 117/1992, è fatto oggetto di apposito decreto del ministero dell'economia, che lo specifica previo parere delle associazioni di professionisti del settore, mentre per le condizioni generali la garanzia è disciplinata dalle regole in materia vigenti nel diritto comune, ovvero alle previsioni del codice delle obbligazioni e dei contratti (art. 17 l. 117/1992).

<sup>544</sup> La garanzia deve avere forma scritta e copre solo i vizi rilevanti. La procedura di denuncia è disciplinata dagli artt. 30 s.

<sup>545</sup> L'art. 2 definisce tale soggetto come "il produttore, il distributore, l'importatore, l'esportatore del prodotto e chiunque altro intervenga nella catena di produzione e nei circuiti di distribuzione e commercializzazione".

<sup>546</sup> Lo stesso dicasi per l'importatore di un prodotto. In ogni caso, la responsabilità del fornitore non può essere limitata da alcuna clausola contrattuale.

Pure la legge libanese prevede il diritto alla sostituzione o riparazione del bene, sancendo che, se il professionista non vi provvede entro il termine che è considerato ragionevole alla luce della natura del prodotto, il consumatore può chiedere la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno (art. 32). Inoltre, il professionista deve rimborsare il prezzo pagato dal consumatore che gli restituisca il prodotto. E' fatto salvo il diritto del consumatore ad ottenere un equo risarcimento per i danni cagionati dal bene o dal servizio, a condizione che egli si sia avvalso di tali beni in modo appropriato (art. 3)<sup>547</sup>. Più in particolare, l'art. 46 della l. 659/2005 precisa che il professionista e il produttore restano obbligati per i danni subiti dal consumatore<sup>548</sup>, a causa di un prodotto o di un servizio, anche nel caso in cui questi fossero dotati delle necessarie certificazioni emesse dall'autorità competente. Pertanto, nel caso in cui il prodotto o il servizio non siano conformi agli standards di sicurezza – nozione che oggi, secondo la giurisprudenza, comprende pure le ipotesi della ritardata o mancata consegna, del difetto di informazione e dell'evizione<sup>549</sup> – e causino un danno al consumatore, quest'ultimo avrà la facoltà di agire direttamente contro il venditore/somministratore e/o contro il produttore<sup>550</sup>. Interessante notare, infine, come l'onere della prova gravi sul consumatore. Secondo l'art. 43, difatti, è il danneggiato a dover provare che il prodotto non soddisfa gli standards di sicurezza applicabili e che si ritengono esigibili secondo l'utilizzo appropriato del bene stesso.

Per quanto invece concerne i rimedi esperibili dal consumatore egiziano, l'art. 7 prevede che, "su richiesta del consumatore, il produttore è tenuto a sostituire il prodotto, procedere alla riparazione del medesimo,

---

<sup>547</sup> La l. 659/2005 prevede che la garanzia operi, a carico del professionista, anche in caso di danno derivante da un vizio occulto del prodotto medesimo. Affinché la garanzia operi, il vizio occulto doveva essere sussistente al momento della consegna del bene, ed deve aver danneggiato il prodotto stesso, o averlo reso inutilizzabile.

<sup>548</sup> Per la precisione, la lettera della norma parla di danni alla salute e sicurezza pubblica.

<sup>549</sup> Per una rassegna della quale cfr. F. Nammour, *Le contrats du consommateur*, Rapport Libanais pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007, p. 17.

<sup>550</sup> A ulteriore conferma di questa duplice possibilità, l'art. 82, in tema di competenza del giudice, menziona esplicitamente le controversie nascenti tra "il consumatore e il professionista o il produttore". Il diritto d'azione del consumatore nei confronti del professionista che rientri nella catena produttiva del prodotto o servizio in questione, ma col quale il primo non abbia concluso alcun contratto, è il risultato dell'interpretazione estensiva operato dalla più recente giurisprudenza. Si v. F. Nammour, *Le contrats du consommateur*, cit.

ovvero ad accettare la restituzione del prodotto e corrispondere il rimborso del prezzo pagato dal consumatore, senza costi supplementari a carico di quest'ultimo"<sup>551</sup>. Inoltre, al consumatore egiziano è, almeno in linea di principio, assicurato il diritto di ottenere un equo risarcimento per i danni subiti a causa del prodotto difettoso – risarcimento che può essere chiesto a tutti i professionisti intervenuti nella produzione e commercializzazione del prodotto, i quali, a questo fine, sono considerati responsabili in via solidale, salvo che provino che il danno non sia loro ascrivibile (art. 8)<sup>552</sup>. Regole analoghe valgono per l'ipotesi di fornitura di un servizio difettoso, che obbliga chi l'ha prestato "al pagamento di un rimborso o a far fronte all'incompletezza del servizio, o a fornirlo nuovamente" (art. 9).

Accanto alla garanzia appena descritta, e ai rimedi azionabili nei confronti del professionista, alcuni sistemi predispongono, a tutela del consumatore, una serie di strumenti per lo più di natura amministrativa (come accade in Tunisia ed Algeria), mentre in altri sistemi è il professionista ad avere l'obbligo di ritirare il prodotto dal mercato. Adotta, ad esempio, quest'ultima impostazione il Libano, dove il professionista, qualora il prodotto o il servizio risultino nocivi per la salute del consumatore, ha l'obbligo di ritirare il prodotto dal mercato e comunque di adottare ogni misura necessaria ad informare il pubblico della sussistenza di tale pericolo<sup>553</sup>.

In Algeria, al contrario, quando venga riscontrata la presenza in commercio di un prodotto non conforme, l'autorità amministrativa competente per materia e per territorio (da individuare di volta in volta, anche in riferimento alla categoria merceologica) ne dichiara il ritiro dal mercato, a onere e spese del produttore. Con tale provvedimento l'autorità

---

<sup>551</sup> Tale ultimo inciso è molto significativo, poiché vale a scoraggiare l'inserimento, nel contratto, di una clausola che consenta sì la sostituzione, o la riparazione del prodotto, ovvero la restituzione dell'importo pagato per l'acquisto del prodotto, ma prevedendo al contempo oneri aggiuntivi in capo al consumatore (oneri pecuniari, o inerenti al trasporto, etc.). Quanto ai termini entro i quali il consumatore può azionare tali rimedi, il professionista, nella notificazione del prodotto difettoso che egli deve indirizzare all'Autorità, è tenuto a specificare anche (art. 19 co. 2 punto 8) le procedure e le modalità tramite le quali al consumatore è consentito di esperire i rimedi previsti dalla legge.

<sup>552</sup> E' lo stesso art. 2 della l. a prevederlo, in termini generali, con riferimento ad ogni danno cagionato da prodotti o servizi venduti o somministrati al consumatore, che abbiano recato pregiudizio alla sua persona o ai suoi interessi patrimoniali.

<sup>553</sup> Anche utilizzando i mezzi di informazione di massa, ex art. 44 l. 659/2005.

può anche disporre la sospensione temporanea dell'attività delle aziende o degli stabilimenti coinvolti, fino all'eliminazione delle cause di difformità del prodotto. Sono altresì previsti il sequestro temporaneo o definitivo della merce oggetto dell'indagine sulla difformità o sulla tossicità del prodotto stesso. Inoltre, una volta accertato che quest'ultimo non è conforme agli standards imposti per la sua categoria merceologica, l'autorità può ordinare ogni intervento atto a far cessare la difformità o l'inosservanza delle regole comunemente adottate nel settore (art. 56)<sup>554</sup>.

Una soluzione che abbraccia entrambe le tipologie di intervento è quella adottata dalla legislazione egiziana, che prevede una procedura particolare, ove un ruolo centrale è giocato dall'Autorità di Tutela dei Consumatori. Nel dettaglio, quando quest'ultima viene a conoscenza dell'esistenza di un prodotto difettoso o dannoso per la salute del consumatore, (non è autorizzata a rivelare tali informazioni al pubblico, ma) è obbligata a darne comunicazione al produttore. Spetta poi a costui di rendere i consumatori edotti dei rischi connessi al prodotto in questione, sospendendo la produzione, ovvero modificandola, oppure "sconsiglia[ndo] ai consumatori l'uso del prodotto" (art. 7 l. 67/2006)<sup>555</sup>. Si tratta di un meccanismo che suscita forti perplessità, poiché si ritiene che il consumatore,

---

<sup>554</sup> Pure il progetto di legge marocchino prevedeva un meccanismo analogo, ma in sede di approvazione della legge, come già specificato *supra*, è stata espunta la parte sulla sicurezza e sui prodotti difettosi, con la conseguente omissione delle norme che attribuivano all'autorità amministrativa il potere di disporre il ritiro del prodotto difettoso dal mercato.

<sup>555</sup> La notificazione all'Autorità del difetto e dei potenziali danni segue una procedura codificata dal regolamento (art. 19): essa deve essere effettuata dal produttore o dal suo rappresentante e deve presentare i seguenti requisiti: "1) il nome, il cognome, la nazionalità, la residenza o il domicilio eletto nella Repubblica Araba d'Egitto di colui che notifica [...]; 2) il prodotto o i prodotti oggetto della notificazione; 3) il nome e la residenza del fabbricante; 4) il nome e la residenza dell'importatore se il prodotto è importato; 5) la data in cui il produttore ha scoperto o è venuto a conoscenza del difetto oggetto della notificazione; 6) l'accurata descrizione tecnica del difetto"; inoltre, "7) i potenziali danni che potrebbero derivare come risultato del difetto oggetto della notificazione, e l'indicazione di come sarebbe possibile evitare il danno o il dispiegarsi dei suoi effetti"; ancora, "8) le procedure e i mezzi previsti dal produttore per consentire al consumatore, previa richiesta, di sostituire, riparare o restituire il prodotto ed ottenere la restituzione del prezzo senza oneri aggiuntivi"; infine, "9) ogni altra indicazione che il produttore ritiene necessario includere nella notificazione". La comunicazione di pericolosità compiuta dal produttore può avvenire tramite la pubblicazione su quotidiani, ovvero informando direttamente il consumatore se le modalità di circolazione del prodotto lo consentono, conformemente a quanto prescritto dalla decisione del Consiglio dell'Autorità per la Tutela dei Consumatori (art. 20 co. 2 reg.).



in tal modo, venga a godere di una protezione limitata e tardiva<sup>556</sup>, e la cui attivazione sarebbe in sostanza rimessa alla solerzia di quello stesso produttore le cui mancanze sono all'origine del difetto del prodotto<sup>557</sup>.

Pure la legislazione generale tunisina, adotta una soluzione mista, in quanto gli articoli che trattano del prodotto difettoso si occupano, da un lato, di enucleare i poteri del ministero dell'economia rispetto ad un prodotto rivelatosi pericoloso e, dall'altro, di identificare la tipologia di soggetti su cui grava la responsabilità a ciò conseguente. Per quanto attiene ai poteri autoritativi del ministero, si prevede che esso, in caso di pericolo grave o imminente per il pubblico, possa a) ordinare la sospensione della produzione, ovvero dell'importazione, per un periodo non superiore a tre mesi del prodotto incriminato; o b) disporre il ritiro dal mercato; ovvero c) la distruzione, se questa costituisce il solo mezzo per porre fine al pericolo che ha avuto origine dal prodotto. Infine, il ministero può in ogni caso far diffondere, tramite i mezzi di comunicazione ritenuti più opportuni allo scopo, un avviso recante le precauzioni da osservare rispetto a quel prodotto, nonché le modalità per ottenere la sostituzione, ovvero il rimborso del prezzo totale o parziale (art. 8)<sup>558</sup>.

In definitiva, quasi tutte<sup>559</sup> le normative esaminate contemplano la possibilità del consumatore di ottenere una riparazione per il prodotto rivelatosi difettoso, sotto forma di risarcimento del danno, e/o di rimborso del prezzo, e/o di sostituzione del prodotto. Tale diritto integra, pertanto, uno standard di tutela comune a tutti i sistemi, che va ad aggiungersi a quello apprestato dall'obbligo di certificare la garanzia del prodotto.

---

<sup>556</sup> Cfr. Rehab el Bakry, *Consumer law*, cit.

<sup>557</sup> D'altro canto, c'è chi (Rehab el Bakry, *Consumer law*, cit., p. 7 e s.) osserva come le sanzioni, civili e penali, previste dalla legge a carico del produttore che fornisca informazioni lacunose dovrebbe costituire un sufficiente deterrente per i potenziali trasgressori.

<sup>558</sup> Il ministero dell'economia può, ancora, ordinare al fornitore, a spese di quest'ultimo ed entro un certo termine, di sottoporre il prodotto ai controlli di un organismo certificatore, quando, per un prodotto già in commercio, "sussistono indizi sufficienti della [sua] pericolosità, ovvero quando le caratteristiche di un prodotto nuovo giustificano una tale misura" (art. 9).

<sup>559</sup> Si v. nota 117 e M. Equizi, *La circolazione del modello europeo di responsabilità del produttore, nei paesi arabi*, cit., pp. 760 ss.

## XII. Le clausole abusive

A salvaguardia della correttezza e della lealtà nelle transazioni che vedono il consumatore quale contraente, molti dei legislatori dell'area considerata – è, segnatamente, il caso marocchino, algerino e libanese<sup>560</sup> – hanno apprestato misure volte a sanzionare l'inserimento, nei contratti con i consumatori, di clausole c.d. vessatorie o abusive<sup>561</sup>. Anche in questo settore è chiaro l'influsso del modello europeo, ed in special modo della direttiva 93/13/CEE<sup>562</sup>, la quale, come si vedrà fra poco, è stata la principale fonte di ispirazione per le normative sul tema.

L'impronta comunitaria è di immediata evidenza nella legge marocchina, il cui art. 15 stabilisce, sostanzialmente parafrasando l'art. 3 della direttiva citata, che è considerata abusiva – e perciò nulla, ex art. 19 – ogni clausola che crei, “a detrimento del consumatore, un significativo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti”. La legge marocchina si conforma al modello comunitario (si v. l'art. 4 par. 1 della dir. 93/13/CEE) anche laddove essa prevede che il carattere abusivo della clausola debba essere accertato tenendo conto della natura dei beni che costituiscono l'oggetto del contratto, e alla luce delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione (art. 16 l. marocchina). Ancora, la similarità tra i due testi è rinforzata tanto dalla previsione che impone di redigere le clausole contrattuali per iscritto e in maniera chiara e comprensibile (cfr. art. 9 l. marocchina, e art. 5 direttiva)<sup>563</sup> quanto dall'inserzione di un elenco di clausole presuntivamente repute abusive (v. allegato alla dir. 93/13/CEE, par. 1). Il contenuto delle clausole contemplate dalla regolamentazione

---

<sup>560</sup> Viceversa, in Egitto e in Tunisia la legislazione generale non affronta la tematica in oggetto.

<sup>561</sup> In questo testo si utilizzerà la dizione “clausole abusive”. Per la terminologia e le distinzioni nel diritto italiano si rimanda a G. De Cristofaro, *Appendice* in G. Cian, A. Trabucchi (curr.), *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, Padova, 2008.

<sup>562</sup> Direttiva del Consiglio 93/13/CEE del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, pubblicata in GUCE L-095 del 21 aprile 1993, pp. 29-34.

<sup>563</sup> Si noti che il sistema marocchino tratta anche della sicurezza dei servizi. Secondo le disposizioni della legge n. 6/1999, relativa alla liberalizzazione dei prezzi e della concorrenza, il professionista che eroga un servizio pone in essere un comportamento abusivo e suscettibile di sanzione se: a) non fornisce informazioni sufficienti in merito ai prezzi, alle condizioni di vendita e di esecuzione della prestazione; b) rifiuta di consegnare la quietanza di pagamento o qualsiasi altro documento che abbia il medesimo valore; c) rifiuta la prestazione, senza un valido motivo; d) subordina la prestazione di un servizio all'acquisto di un altro servizio o di un prodotto.

marocchina è sostanzialmente identico a quelle incluse nel citato allegato alla dir. comunitaria<sup>564</sup>.

L'inclusione di un elenco di clausole è approccio adottato pure dalle legislazioni algerina e libanese<sup>565</sup>. Nella prima, al contrario del sistema marocchino, manca del tutto una definizione generale di vessatorietà e spetta all'interprete dedurre, dall'elencazione non tassativa di clausole abusive offerta nel testo, quali siano i connotati che potrebbero portare alla caducazione di una pattuizione non compresa in quella lista. In particolare, secondo il d.l. 306/2006, sono abusive le clausole che omettono alcuni contenuti considerati imprescindibili nell'economia del contratto<sup>566</sup>, o quelle con cui si prevede: la possibilità di modifica unilaterale del contratto o di recesso unilaterale senza alcun indennizzo per il consumatore; che il consumatore non possa risolvere il contratto in caso di impossibilità sopravvenuta; la limitazione, per via unilaterale, della responsabilità del professionista, senza possibilità di risarcimento per il consumatore in caso di inadempimento totale o parziale del professionista; la rinuncia del consumatore a qualunque mezzo di tutela giurisdizionale in caso di controversia; l'imposizione al consumatore di clausole che egli non ha avuto modo di conoscere prima della conclusione del contratto; la ritenzione delle somme versate dal consumatore in caso di inadempimento; il potere del professionista di risolvere il contratto senza alcun risarcimento per il consumatore; l'imposizione al consumatore di obblighi supplementari ingiustificati; la clausola che fa gravare sul consumatore delle obbligazioni che normalmente dipendono dalla responsabilità del professionista, nonché

---

<sup>564</sup> Rispetto al modello comunitario il testo marocchino aggiunge, nel novero delle clausole considerate abusive, quelle che, in un contratto di vendita, sopprimono e riducono il diritto del consumatore a risarcimento in caso di inadempimento del professionista ad una qualunque delle proprie obbligazioni, nonché quella che riserva al professionista il diritto di modificare unilateralmente le caratteristiche del bene o del servizio (art. 18 nn. 1 e 2)

<sup>565</sup> D.l. 306/2006 del 10 settembre 2006, pubblicato in J.O.R.A. dell'11 settembre 2006 n. 56, pp. 15-17, relativo agli elementi essenziali dei contratti conclusi tra professionisti e consumatori e alle clausole abusive.

<sup>566</sup> Sono elementi essenziali del contratto quelli che si riferiscono ai diritti fondamentali del consumatore, alla trasparenza e lealtà del negozio, alla sicurezza e conformità del bene o servizio, e alla garanzia e assistenza dopo la vendita (art. 2 d.l. 306/2006). Ulteriori elementi sono quelli esemplificati dall'art. 3, che menziona, fra gli altri, la specificità del bene, le modalità di pagamento, di consegna, di revisione delle clausole contrattuali, gli strumenti di risoluzione delle controversie e le modalità di risoluzione del contratto.

quella che prevede l'obbligo del consumatore di rimborsare le spese dovute per l'esecuzione forzata del contratto, senza prevedere il medesimo diritto in capo al consumatore<sup>567</sup>.

A ciò si aggiunge che in Algeria è stata creata una commissione sulle clausole abusive<sup>568</sup> al fine di facilitare l'accertamento dell'abusività delle clausole nei contratti con i consumatori – e specialmente in quelli redatti mediante formulari – i quali vengono raramente letti o pienamente intesi dai consumatori e altrettanto di rado si prestano ad accogliere al loro interno modifiche proposte dalla parte debole del rapporto. Di qui l'estrema rilevanza di tale commissione, che ha il compito di “ricercare nei contratti conclusi tra i professionisti e i consumatori le clausole che possono avere carattere abusivo, e formulare delle raccomandazioni al ministero del commercio e alle istituzioni” che operano nel settore (art. 7 d.l. 306/2006)<sup>569</sup>. Non è chiaro se all'accertamento dell'abusività della clausola conseguano rimedi privatistici come l'annullabilità del contratto o la caducazione *ex lege* della clausola in questione. Tuttavia, l'art. 38 della l. 2/2004<sup>570</sup> stabilisce una sanzione che va da 50.000 a 5.000.000 di dinari algerini per i professionisti che predispongono una clausola abusiva.

La legge libanese n. 659/2005 adotta una definizione generale, secondo la quale è considerata abusiva la clausola che ha per oggetto o per

---

<sup>567</sup> Merita evidenziare come, mentre le clausole appena citate (art. 5 d.l. 306/2006) trovano riscontro nell'allegato alla dir. 93/13/CEE, la menzione della clausola che preventivamente pone in capo al consumatore le spese legali dovute ad esecuzione forzata introduce una novità rispetto alla disciplina comunitaria.

<sup>568</sup> Essa opera sotto l'egida del ministero del commercio, e la sua composizione è stata recentemente (art. 2 d.l. 44/2008) modificata. Attualmente, la commissione risulta formata da cinque membri titolari e cinque supplenti, di cui due rappresentanti del ministero del commercio, competenti nel campo delle pratiche commerciali; due rappresentanti del ministero della giustizia, competenti in materia di diritto dei contratti; due rappresentanti dell'Autorità di tutela della concorrenza, due professionisti, rappresentanti della camera di commercio e dell'industria, qualificati nel settore del diritto commerciale e dei contratti; ed infine due rappresentanti di associazioni di tutela dei consumatori, con competenze nel diritto commerciale e dei contratti. La commissione è presieduta da un rappresentante del ministero del commercio, e può richiedere l'intervento di qualunque persona la cui collaborazione sia utile nei lavori della commissione stessa (artt. 6 ss. d.l. 306/2006 pubblicato in J.O.R.A. dell'11 settembre 2006 n. 56, pp. 15-17).

<sup>569</sup> La commissione per le clausole abusive è anche incaricata di redigere degli studi, anche affidandosi ad esperti, per l'analisi dello stato di applicazione della disciplina a tutela del consumatore (art. 7), fatta salva ogni altra iniziativa della commissione che attenga al suo ambito di competenza.

<sup>570</sup> L. 2/2004 del 23 giugno 2004, sulle regole applicabili alle pratiche commerciali, pubblicata in J.O.R.A. n. 27/2004 del 27 giugno 2004, pp. 3-9.

effetto quello di creare una situazione di squilibrio tra i diritti e gli obblighi del professionista e del consumatore, a vantaggio del primo (art. 26). Il carattere abusivo va sempre accertato in concreto, avuto riguardo alle circostanze fattuali del caso ma, al fine di facilitare l'interprete, il legislatore prevede anche un elenco – ancora una volta non esaustivo – di clausole presuntivamente reputate abusive. Fra queste, spiccano, tra le altre: le pattuizioni volte a limitare la responsabilità del professionista e consistenti nella rinuncia del consumatore a dei diritti assicurategli da previsioni legislative o regolamentari; le clausole che impongono, fuori dai casi previsti dalla legge, l'onere della prova in capo al consumatore, o che consentono al professionista di modificare unilateralmente il contratto, specialmente per quanto concerne il prezzo, o di risolverlo *ad nutum*; le clausole che escludono la mediazione o l'arbitrato, e quelle che impongono a priori al consumatore le spese legali derivanti dalla risoluzione di una controversia. Contrariamente all'Algeria, non è istituito un organo *ad hoc* preposto all'accertamento del carattere abusivo della pattuizione contrattuale, ma esiste il rimedio privatistico dell'automatica nullità della clausola in questione, mentre, per il principio di conservazione del contratto, restano salve le altre disposizioni convenzionali (art. 26 ult. co.).

### **XIII. Soggetti e strumenti per la risoluzione delle controversie**

Nei sistemi esaminati è frequente che, al diritto di azione riconosciuto ai singoli individui (su cui si tornerà più avanti, in questo paragrafo), si affianchi(no) una o più istituzioni deputate a supportare l'iniziativa dei singoli. Questo accade, ad esempio, in Egitto, Tunisia, Libano e, previa attuazione delle disposizioni transitorie della l. 31/2008, pure in Marocco (per contro, sul punto la l. algerina 3/2009 è silente). Già si è detto dell'autorità algerina che opera con riguardo alle clausole abusive, su cui non si tornerà in questo paragrafo, per il ristretto ambito in cui opera e per la conseguente specificità del suo incarico.

Due sono i modelli impiegati nel delineare i connotati di queste autorità di tutela. L'opzione riguarda l'istituzione di un'autorità che abbia solo compiti informativi e divulgativi, oppure anche il potere di dirimere controversie, con

valenza di lodo arbitrale o di giudicato. Al primo schema possono ricondursi gli istituti previsti nei sistemi marocchino, tunisino e libanese, mentre aderisce alla seconda impostazione l'ente egiziano.

In Tunisia è stato istituito un Istituto Nazionale per il Consumo<sup>571</sup>, con il compito di fornire appoggio tecnico alle organizzazioni e alle istituzioni interessate alla tematica della tutela dei consumatori<sup>572</sup>, nonché di contribuire alla “promozione dell'informazione, dell'orientamento del consumatore e alla razionalizzazione del suo comportamento” (art. 2 l. 70/2008). A questo proposito, l'Istituto è esplicitamente incaricato di a) realizzare, di propria iniziativa o su richiesta dei pubblici poteri o delle organizzazioni di difesa del consumatore, analisi e studi comparativi sui prodotti<sup>573</sup>; b) effettuare e pubblicare studi e ricerche sugli “aspetti scientifici, economici, giuridici e sociali attinenti al consumo di beni e servizi” (art. 2 l. 70/2008); nonché c) contribuire all'elaborazione e alla raccolta di documenti scientifici, tecnici e giuridici, attinenti alla tematica consumeristica, assicurarne la conservazione e renderli disponibili; d) promuovere l'informazione del consumatore; ed infine e) cooperare con le istituzioni nazionali del settore e con i centri omologhi degli altri paesi<sup>574</sup>.

Parallelamente, l'art. 204 del sistema marocchino si limita a prevedere l'istituzione di un Consiglio Superiore del Consumo (art. 204), che avrà il compito di “proporre misure e fornire pareri sulle misure atte a promuovere la cultura consumerista ed ad aumentare il livello di tutela del consumatore”

---

<sup>571</sup> Si è cercato, per quanto possibile, di tradurre i termini originari che, pur indicando autorità assimilabili, presentano delle differenze terminologiche, tanto da esser indicati in un paese col termine “Istituto” (es. Tunisia), in un altro con “Autorità” (es. Egitto).

<sup>572</sup> Esso è stato istituito recentemente, con la legge n. 70/2008, del 10 novembre 2008, pubblicata in JORT, n. 94 del 21/11/2008, p. 3629. Pure la l. 117/1992 faceva riferimento, assai genericamente, all'istituzione di tale organo, che, nella previsione originaria, avrebbe dovuto provvedere alla sicurezza dei prodotti e al miglioramento della loro qualità, all'informazione ed orientamento del consumatore, e a tutte quelle attività che avrebbero consentito una più efficiente tutela del consumatore e un miglioramento del suo ruolo nel circuito economico (art. 15).

<sup>573</sup> L'INC può avvalersi, a tale scopo, dei laboratori abilitati, accreditati dal ministero dell'economia.

<sup>574</sup> Come si evince facilmente dall'elenco riportato in testo, non figura tra le funzioni dell'organo quella di dirimere le controversie. Tuttavia, altri organismi, quali l'associazione (di matrice privata) ‘Organizzazione per la Difesa del Consumatore’, offrono anche un servizio di mediazione, su base volontaria. Per una presentazione si veda il sito [www.odc.org.tn](http://www.odc.org.tn).

(art. 204)<sup>575</sup>. Entro lo stesso binario corre la lettera della legge libanese 659/2005, che contiene un capo appositamente dedicato al “ruolo del governo nella tutela dei consumatori”, e prevede l’istituzione di un Consiglio Nazionale per la Tutela dei Consumatori<sup>576</sup> con compiti consultivi per la maggior parte identici a quelli appena scorsi con riguardo all’autorità tunisina, cui si aggiunge la possibilità di suggerire l’adozione di misure atte a favorire l’implementazione della legge medesima (art. 61)<sup>577</sup>. Il ricorso alla mediazione, dinanzi agli istituendi Comitati di risoluzione delle controversie tra professionisti e consumatori, è fortemente incentivato, e la relativa procedura è dettagliata in modo piuttosto preciso (artt. 82 ss., 97 ss. ).

Svolge questi (e ulteriori) compiti l’autorità egiziana. La fondazione dell’Autorità di Tutela dei Consumatori egiziana è stata disposta dalla l. 67/2006 e tra i suoi fini figura quello di garantire l’effettività delle nuove

---

<sup>575</sup> L’ente di tutela dei consumatori aveva, nel progetto di legge n. 27/2000, antecedente all’entrata in vigore della normativa attuale, portata differente. Infatti, esso avrebbe avuto caratteri latamente arbitrari, oltre che consultivi e di mediazione., in quanto, in seno alle Camere di Commercio, sarebbero state istituite delle commissioni *ad hoc* per la trattazione delle controversie tra professionisti e consumatori, attraverso la mediazione, la conciliazione o l’arbitrato, con l’obbligo di relazionare al Consiglio Nazionale del Consumo su tale attività (artt. 76 e 79 progetto). Inoltre, secondo il testo ormai sorpassato e non approvato, detto Consiglio avrebbe avuto il compito di: a) procedere, a titolo consultivo, all’esame preliminare dei progetti di leggi e regolamenti in materia di protezione dei consumatori; b) favorire la negoziazione di accordi collettivi tra i rappresentanti dei consumatori e dei professionisti; c) proporre delle misure volte ad assicurare e incrementare la tutela dei consumatori.

<sup>576</sup> Per la cui composizione si v. l’art. 60, l. 659/2005.

<sup>577</sup> In Algeria, nella vigenza della l. 2/1989 era istituito un Consiglio Nazionale di Tutela del Consumatore (art. 24), il quale rivestiva funzioni meramente consultive e di studio (incaricato di emettere raccomandazioni e di proporre gli strumenti atti a contribuire al miglioramento della prevenzione dei rischi” derivanti da certi beni e servizi a detrimento del consumatore). Nel progetto di legge che ha portato all’emanazione della l. 3/2009, il nuovo ente (“Agenzia Nazionale di prevenzione dei rischi legati al consumo) avrebbe avuto dei compiti più precisi, consistenti a) nella previsione, analisi e valutazione dei rischi che possono derivare da qualsiasi prodotto alla salute e sicurezza dei consumatori; b) nell’esprimere pareri allorché i ministeri competenti saranno chiamati a prendere delle misure nella medesima materia; c) nella consulenza tecnica e scientifica – anche con l’aiuto di esperti –; d) nella ricerca, coordinazione e cooperazione scientifica e tecnica intersettoriale. I compiti dell’Agenzia sarebbero rimasti pertanto meramente consultivi e di ricerca, senza possibilità di dirimere controversie, nemmeno a livello stragiudiziale. Peraltro, la parte del progetto relativa a detta Agenzia non è stata trasposta nella nuova legge. In ogni caso, a ulteriore testimonianza della pregnanza delle problematiche alimentari nel contesto politico algerino, si segnala il decreto Comitato Nazionale incaricato del coordinamento intersettoriale in materia di protezione della salute dei consumatori contro i rischi alimentari, creato con decreto interministeriale del 20 marzo 1999, pubblicato in JORA n. 32 del 2 maggio 1999, pp. 11 s.

regole<sup>578</sup>. Essa è competente a dirimere le controversie che potrebbero sorgere tra consumatori e professionisti (o tra i primi e gli operatori pubblicitari) in merito all'applicazione della l. stessa (artt. 17 l. e 26 ss. reg.). Le capacità operative di questo meccanismo sono ancora tutte da dimostrare. Quanto è certo è che, se l'istituzione dell'Autorità ha rappresentato un passo in avanti, essa ha deluso quanti attendevano la creazione di un organo dai poteri più pregnanti, e soprattutto slegato dall'esecutivo<sup>579</sup>. L'inserimento dell'Autorità entro la compagine governativa, infatti, rischia di minarne l'indipendenza, specialmente nei casi in cui sia un'impresa statale ad essere chiamata in causa a titolo di produttore o importatore di un bene o erogatore di un servizio – ipotesi tutt'altro che improbabile, sol che si pensi all'attuale numero di imprese di proprietà o comunque controllate dallo stato egiziano.

Gli organi fin qui citati, è appena il caso di ricordarlo, vanno ad affiancarsi, e non a sostituirsi, alla tutela processuale ordinaria. Sotto questo profilo, l'art. 3 della l. libanese 659/2005 prevede ad esempio il diritto del consumatore di agire individualmente per ricevere tutela dei propri diritti e ottenere il ristoro dei pregiudizi subiti. Si ritiene che questo diritto d'azione, espresso in termini così generali, comprenda anche quello di ricorrere a metodi alternativi di risoluzione delle controversie, come la via arbitrale<sup>580</sup>.

In maniera analoga, il diritto marocchino esplicitamente consente al consumatore, che abbia visto leso un proprio diritto, di adire tanto la sede penale quanto quella civile. Fatta salva la possibilità di risoluzione delle

---

<sup>578</sup> In occasione dell'inaugurazione dei lavori di tale organismo si proclamava (e tale dichiarazione aveva valenza eminentemente politica) che il suo fine non era "quello di controllare il mercato ma piuttosto di monitorarlo" (El-Bakry, cit.); v. anche nota 52.

<sup>579</sup> V. R. el Bakry, *Consumer law*, cit.

<sup>580</sup> F. Nammour, cit., p. 15. Uno degli aspetti più interessanti, in tema di diritto dei consumatori, è quello di comprendere se il consumatore abbia o eno un'azione diretta nei confronti del produttore, in caso di prodotto difettoso o non conforme. Secondo il diritto comune, "l'azione diretta può essere esperita solo nei casi previsti dalla legge" (art. 227 l co. c.o.c.). Detta disposizione ha indotto parte della dottrina a ritenere che il consumatore non potesse agire direttamente nei confronti del produttore (Id., p. 15). Peraltro, questa posizione è parsa eccessiva alla giurisprudenza, che l'ha sostanzialmente superata, argomentando che l'azione diretta del subacquirente contro il venditore principale (in questo caso, il produttore) è giustificata dalla cessione implicita, operata dal subvenditore al subacquirente, di ogni azione del primo nei confronti della cosa, tra cui l'azione di garanzia contro il precedente dante causa. In tal modo, pure l'azione diretta si trasmetterebbe mediante la vendita. F. Nammour, *Le contrats du consommateur*, cit., pp. 15 ss.



controversie in via stragiudiziale<sup>581</sup>, il consumatore può perciò (oltre che attivare i rimedi extracontrattuali e/o le vie penali, dal momento che la legge relativa alla repressione delle frodi sanziona penalmente chiunque attentati all'integrità fisica del consumatore<sup>582</sup>) promuovere un'azione contrattuale, ovvero agire per la garanzia dei vizi del prodotto, secondo l'art. 556 del codice delle obbligazioni e dei contratti, il quale prevede che il venditore sia tenuto a risarcire tutte le conseguenze dannose del vizio denunciato (vale a dire anche i danni causati dal prodotto non conforme).

Se il consumatore libanese e quello marocchino hanno facoltà di adire direttamente il giudice nei termini di cui si è detto, quello egiziano deve prima fare i conti con una procedura costituita da tre passaggi, che predilige, per la risoluzione delle controversie, la via stragiudiziale. Nel caso in cui il consumatore non sia in grado di risolvere la questione con il produttore o il fornitore del servizio in modo autonomo, la vertenza viene sottoposta all'attenzione di un'associazione di tutela del consumatore. Qualora neppure l'associazione riesca a risolvere la questione, quest'ultima può essere sottoposta all'Autorità di Tutela dei Consumatori, ove una sezione che si occupa della risoluzione delle controversie, presieduta da un giudice, adotta una decisione non vincolante sulla doglianza<sup>583</sup>.

---

<sup>581</sup> Per una ricognizione sull'istituto nell'ambito dei paesi arabi, cfr. M. Papa, *L'arbitrato commerciale nei paesi arabi*, Libreria Bonomo ed., Bologna, 2004, pp. 71 ss. Si v. anche S. Ben Nefissa, *The Haqq el-'Arab – Conflict Resolution and Distinctive Features of Legal Pluralism in Contemporary Egypt*, in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini cur., *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 145 ss.

<sup>582</sup> Ad esempio, l'art. 4 della l. 13/1983 prevede la pena di reclusione da 6 mesi a 5 anni nonché, in via accessoria, un'ammenda da 1200 a 24000 dirham e la pubblicazione della sentenza, per colui che induce in errore il consumatore sulla natura, le qualità sostanziali o l'origine del prodotto. Tale pena è raddoppiata se la falsificazione o la frode è commessa mediante prodotti pericolosi per la salute dell'uomo o degli animali. La reclusione va altresì da due a sei anni se dalla frode deriva una malattia o un'inabilità al lavoro superiore a venti giorni; da cinque a dieci anni in caso di malattia incurabile o perdita di un organo, o infermità permanente; in caso di decesso del danneggiato la pena prevista è della reclusione da dieci a vent'anni. V. El Hajoui, cit., p. 10.

<sup>583</sup> V. El-Bakry, *Consumer law*, cit. E' stato tuttavia osservato come detto organo potrebbe risentire di quella che è stata definita la piaga di tutto il sistema egiziano, ossia l'eccessivo appesantimento del carico giudiziario. Da parte degli operatori del settore era stata avanzata la proposta di istituire un sistema arbitrale, o di prevedere almeno la possibilità di optare per tale metodo di risoluzione delle controversie, specialmente al fine di non congestionare il ruolo dell'Autorità con un eccessivo carico di procedimenti pendenti. Inoltre, la legge non fornisce un valore minimo della controversia oltre il quale si può adire l'Autorità, col risultato che un'azione basata su una linea di autovetture difettose può essere bloccata dalla pendenza di una controversia bagatellare. .

Il ricorso all'autorità giurisdizionale ordinaria è implicitamente previsto dalle legislazioni tunisina ed algerina. Oltre agli strumenti privatistici di tutela del singolo, le rispettive normative (artt. 21 e ss. per Tunisia e 25 ss. per Algeria) fanno riferimento ad un'interazione tra la disciplina del rito civile e penale e le disposizioni consumeristiche, con particolare riguardo – in Algeria – alle operazioni di indagine propedeutiche all'instaurazione del giudizio (in materia di frodi alimentari).

#### **XIV. Il ruolo delle associazioni dei consumatori**

Autorità di vigilanza e consumatori non sono gli unici soggetti capaci di esercitare un ruolo di rilievo nell'incentivare il rispetto di determinati standards nella commercializzazione di beni e servizi. A volte viste come ponte tra il cittadino e le istituzioni, le associazioni di tutela del consumatore hanno in effetti saputo spesso esercitare notevoli pressioni per l'approvazione di normative di tutela, e adoperarsi per la loro effettiva implementazione.

Dette attività si riflettono allo specchio normativo delle disposizioni appositamente dedicate a tali enti. Vengono qui in rilievo in particolare le legislazioni algerina, marocchina, egiziana e libanese.

In Algeria, in base alla l. 3/2009<sup>584</sup>, le associazioni dei consumatori hanno il diritto (oltre che di commissionare degli studi sul tema, a proprie spese, e procedere alla loro pubblicazione: art. 23) di costituirsi parte civile nel caso in cui uno o più consumatori abbiano subito un pregiudizio individuale che abbia la medesima causa o un'origine comune<sup>585</sup>.

In Egitto, la l. 67/2006 comprende tra i diritti dei consumatori anche quello di "aderire ad organizzazioni, enti e comitati impegnati nella tutela dei consumatori" (art. 2). Fra queste, sono comprese anche "le associazioni senza

---

<sup>584</sup> Essa stabilisce che "ai sensi delle disposizioni della presente legge è considerata come associazione di tutela dei consumatori ogni associazione indipendente da qualsiasi attività professionale, politica o sindacale e il cui fine sia quello di assicurare la tutela del consumatore mediante l'informazione, la sensibilizzazione, l'orientamento e la rappresentanza dello stesso" (art. 21).

<sup>585</sup> Il progetto di legge che ha portato alla l. 3/2009, tuttavia, era più audace, nel senso che stabiliva che l'associazione che avesse ricevuto in tal senso un mandato per iscritto avrebbe potuto agire dinanzi al giudice competente per il risarcimento del danno patito, a nome e per conto dei consumatori medesimi (art. 24 prog.). Peraltro, tale norma non è stata trasposta nella disciplina vigente ed è rimasta, quindi, lettera morta.

fini di lucro, le organizzazioni e i comitati istituiti e registrati secondo le disposizioni di legge, che siano rivolti alla tutela dei consumatori” (art. 1 l.), le quali abbiano “per finalità principale o collaterale la tutela dei consumatori” (art. 10 reg.)<sup>586</sup>. Secondo la medesima l. 67/2006, anche le associazioni dei consumatori possono instaurare un'azione contro i produttori o gli importatori dei prodotti difettosi (art. 23)<sup>587</sup>.

Un potere analogo è riconosciuto alle associazioni dei consumatori da parte della legislazione libanese, secondo la quale le organizzazioni in questione possono rappresentare i consumatori dinanzi alle istituzioni e “instaurare azioni legali per la salvaguardia dei [loro] diritti”<sup>588</sup>.

La legge marocchina prevede che le associazioni in discorso possano intervenire, a supporto dei consumatori, nelle controversie già pendenti (art. 157), purché siano regolarmente costituite secondo le norme di diritto comune, e abbiano come fine principale, previsto dallo statuto, la protezione degli interessi dei consumatori. Inoltre, quando uno o più consumatori subiscano un pregiudizio individuale causato dal fatto illecito di uno stesso

---

<sup>586</sup> Si distingue tra quegli enti che “hanno come scopo principale della loro costituzione l'operare nel campo della tutela dei consumatori” (“finalità principale”) e quelli per i quali la “tutela dei consumatori è solo uno dei campi in cui operano” (“finalità collaterale”).

<sup>587</sup> Precedentemente, ciò non era consentito, per difetto di legittimazione ad agire, dovuto al fatto che l'associazione non era parte del giudizio. Si segnala anche che ai membri delle associazioni dei consumatori è concesso di sedere nel consiglio direttivo dell'Autorità di Tutela dei Consumatori. A tal proposito, alcuni esponenti delle NGOs che operano nel settore hanno evidenziato che i consumatori potrebbero preferire una certa neutralità rispetto al “sistema”; potrebbero cioè premiare, in termini di maggiore consenso e fiducia, le associazioni i cui membri non fanno parte dell'Autorità. V. El-Bakry, cit.

L'utilità di queste associazioni è particolarmente sentita dall'opinione pubblica egiziana. A tal proposito, si sottolinea come nel panorama egiziano l'unico mezzo di tutela che si presentava al consumatore, prima dell'adozione della l. 67/2006, consisteva nel far capo alla svariate associazioni operanti nel settore. Tali enti agivano senza un inquadramento legislativo che facilitasse le loro funzioni, nell'esercizio delle quali essi erano, pertanto, seriamente limitati. Il meglio che potessero fare, prima del recente intervento legislativo, consisteva nel contattare il rivenditore, il produttore del bene o il fornitore del servizio, e tentare di persuaderlo – spesso semplicemente riformulando le medesime richieste, sino ad ottenere una risposta appropriata – a restituire il prezzo pagato dal consumatore per l'acquisto del bene o per la fornitura del servizio poi rivelatosi inadeguato o dannoso. Qualora questi tentativi non avessero condotto ai risultati sperati, alle organizzazioni non rimaneva altra scelta che portare il caso all'attenzione delle autorità e degli organi di governo competenti, quali le commissioni insediate nell'ambito dei diversi ministeri (come il ministero della sanità, dell'ambiente, o dell'industria e del commercio), nella speranza, spesso disattesa, di ricevere qualche riscontro. R. el Bakry, *Consumer Law*, cit. 13.

<sup>588</sup> Resta da chiedersi quale sia la reale ampiezza di questa disposizione: ad esempio, se tale potere giunga a ricomprendere anche quello di costituirsi parte civile in un procedimento penale per lesioni o per altra ingiuria alla persona fisica del consumatore (anche se, per ora, non si è avuto modo di verificare tale dato).

professionista, ovvero nel caso in cui i danni subiti abbiano la medesima causa, l'associazione potrà agire in rappresentanza dei danneggiati, a patto che ognuno di essi concluda un mandato al riguardo con l'associazione (art. 158).

## **XV. Considerazioni conclusive**

Quanto finora evidenziato consente di mettere in luce tre rilievi, dei quali il primo attiene all'influenza che la componente propriamente islamica gioca sul diritto contemporaneo dei sistemi considerati, il secondo si concentra sull'apertura di quest'ultimo diritto all'influenza di modelli stranieri ed il terzo mira a misurare la capacità delle regole e dei meccanismi così predisposti di garantire una protezione effettiva, e non solo proclamata, dei contraenti deboli.

Sul primo versante, si è detto del ruolo tradizionalmente assegnato al diritto di matrice sciariatica tanto dalla politica interna – costantemente alla ricerca del consenso delle componenti più tradizionali e conservatrici dell'elettorato – quanto dai commentatori occidentali. In effetti (come più estesamente specificato *supra*, § II) è vero che nel diritto islamico classico si può rinvenire un nucleo embrionale di tutela consumeristica, e che la religione influisce direttamente su alcuni aspetti della normativa consumeristica (ad esempio nel prescrivere chiarezza nelle etichette alimentari, con riferimento e al tipo di macellazione degli animali, e alla dicitura “halal”, cioè “permesso”, v. § VIII; o ancora, orienta l'attenzione dei legislatori affinché certe pubblicità non urtino il senso religioso e morale, oltre che la dignità, delle persone, v. § X). Ciò nonostante, molto rara è la sopravvivenza di istituti islamici nel diritto contemporaneo: uno dei pochi esempi è stato registrato nella disciplina algerina nell'opzione contrattuale della sessione d'incontro (si v. § VIII).

Proprio grazie alla sostanziale impermeabilità della normazione civilistica alle direttive di fonte islamica, ha potuto farsi strada l'influenza della tradizione europeo-continentale, caratterizzata dalla forte invadenza che, nella predisposizione delle leggi consumeristiche, hanno esercitato i modelli occidentali (con particolare riferimento a quello franco-comunitario). Il ruolo

giocato dall'UE, attraverso la formula del partenariato prima, e dell'Unione per il Mediterraneo poi, è stato (ed è) talmente incisivo che proprio la normazione comunitaria ha fornito nella maggior parte dei casi il modello normativo di riferimento, non solo per quanto riguarda i contenuti, ma anche per lo stile di redazione delle leggi (come si è potuto notare a proposito delle definizioni: § VI).

A ciò si aggiunga che, come detto, i sistemi occidentali spiegano la propria influenza sui paesi arabi attraverso il prestigio da essi storicamente accumulato agli occhi dei legislatori arabi (si pensi al fascino esercitato dal sistema francese, che beneficia, in questo senso, sia del proprio passato coloniale, sia dell'onda lunga della rappresentazione di modello razionale); mediante le pressioni di organismi sopranazionali che fanno dell'adesione alle proprie ricette giuridiche uno dei metodi privilegiati di implementazione delle rispettive politiche; grazie al desiderio dei paesi arabi di essere – o apparire – attori competitivi ed aggiornati, sulla scena europea e mondiale.

E' sulla scorta di tali influssi che, da più di un ventennio, proprio nel settore dei consumatori, si è venuta a creare una certa uniformità euro-orientata. La pervasività dei modelli europei ha favorito una timida spinta all'uniformazione, tanto più interessante quanto più ci si avvicina alla creazione – e al concreto funzionamento – di un'area euro-mediterranea di libero scambio (v. § III).

Resta aperto un interrogativo, circa la concreta capacità delle discipline approntate di condurre ad un'effettiva tutela del contraente debole. Non è difatti possibile pensare che il solo trapianto per via legislativa di una rete di protezione possa migliorare il livello di tutela del consumatore, se quell'innesto avviene senza il collaterale supporto di una dottrina e di una giurisprudenza attrezzate a fungere da piattaforme di discussione e risoluzione dei conflitti, di un ceto forense incentivato ad affrontare le liti fra consumatori e professionisti, di una classe di consumatori educati a percepire se stessi quali titolari di prerogative azionabili avanti ad un'autorità terza ed imparziale.

Si tratta insomma di applicare quell'insegnamento che ricorda come ovunque alle persuasive declamazioni di principio non necessariamente segua un'implementazione fedele della regola, e che norme anche molto

simili possono portare, in scenari socio-istituzionali diversi, a differenti interpretazioni ed applicazioni<sup>589</sup>. Altrettanto vero è, del resto, che nei sistemi considerati solo attraverso il complicato processo che accompagna l'affacciarsi di nuove norme e nuove consapevolezze si può giungere ad una concreta effettività e protezione dei diritti dei consumatori.

---

<sup>589</sup> R. Sacco, *Introduzione*, cit., p. 153; E. Orücü, *Law and Transposition*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 51 (2), Aprile 2002, pp. 205-223, pp. 212 ss.

## 6. Conclusioni

La ricerca oggetto di questo lavoro ha potuto confermare alcuni aspetti ipotizzati in premesse.

Anzitutto, è stato confermato il ruolo di co-protagonista che, nella produzione odierna del diritto dei paesi arabi, è impersonato dal formante del diritto islamico. Infatti, esso, che figura tra le componenti dei più antichi strati del diritto, non solo non è andato perduto, ma continua ad influenzare l'andamento della vita sociale, compreso quanto qui più interessa, ovvero la materia della contrattazione.

Si è potuto trarre conferma della sopravvivenza del diritto islamico nel tessuto del diritto positivo contemporaneo ad esempio mediante l'analisi delle disposizioni in tema di proposta e accettazione (cap. 4 par. VI), allorché si è notato come molti codici (oltre che la legislazione algerina in materia consumeristica) facciano riferimento all'istituto del *majlis al-'aqd* (sessione contrattuale: cap. 4 par. VII). Analoga conclusione si è potuta dedurre dall'approfondimento sull'istituto dell'abuso del diritto (cap. 4, par. IV), che i paesi arabi hanno mutuato dalla *sharī'a*, anziché recepirlo dagli ordinamenti occidentali.

Resta tuttavia confermato che molteplici istituti, dietro ad una facciata legislativa apparentemente fedele alle prescrizioni tradizionali del diritto islamico, sono stati trasformati e adattati alle esigenze della prassi. Così è accaduto per i divieti di *ribā* e *gharar* (si v. cap. 3, parr. III e IV), e per le loro ricadute in tema di requisiti dell'oggetto del contratto. Questi ultimi (si v. cap. 4, par. X) sono stati soddisfatti mediante la prescrizione volta ad evitare non già il rischio o l'incertezza – che determinano, secondo il diritto islamico, l'ingiustificato arricchimento –, bensì attraverso norme che impongono ai contraenti di fare in modo che la controparte sia messa nella condizione di conoscere tutti gli elementi del negozio e le circostanze attinenti al bene oggetto del contratto stesso.

Oppure, si pensi a come il diritto islamico non riconoscesse la violenza come vizio del consenso di autonoma rilevanza. Si riteneva infatti che, mediante il meccanismo delle opzioni, il contraente la cui volontà non si era

correttamente formata potesse in qualche modo liberarsi da un vincolo contrattuale non confacente al suo desiderio negoziale. I legislatori moderni hanno però accolto le prescrizioni normative dei codici tratti a modello, ed incluso la violenza fra le circostanze suscettibili di dar luogo all'annullamento del contratto per vizio del consenso (cap. 4 par. IX).

Ancora, concetti come l'equità e la buona fede sono stati tratti dal cuore del diritto islamico, caratterizzato da un intento solidaristico nei confronti del contraente più debole – tanto che alcuni studiosi hanno intravisto, in questi principi, una tutela consumeristica *ante litteram*: si veda cap. 5 par. II. Tuttavia, col tempo, i suddetti principi si sono positivizzati e, non diversamente da quanto è accaduto in occidente, si sono colorati delle sfumature loro attribuite dalla dottrina e dalla giurisprudenza, per lo più laicamente orientate.

L'evoluzione di questi istituti mostra come il diritto contemporaneo dei paesi oggetto della presente ricerca abbia saputo tanto confrontarsi con la tradizione quanto recepire gli stimoli provenienti dagli ordinamenti – segnatamente quello francese – di cui hanno subito il prestigio.

Il diritto che ne è risultato, e questa ricerca lo conferma, è un multiforme sovrapporsi di tradizioni di diversa provenienza, di innesti e calchi giuridici da modelli eterogenei.

Se per alcuni versi sembra, quindi, che il diritto islamico riaffermi il proprio vigore e la propria resilienza, per altri aspetti va rilevato che, a seguito dei rapidi rivolgimenti sociali ed economici degli ultimi cento anni, il legislatore e l'interprete si sono ritrovati a dover rispondere alle mutate esigenze degli operatori. Hanno così tentato di soddisfarle mediante l'imitazione di modelli stranieri, di cui hanno constatato l'efficienza o subito il prestigio; ovvero – ipotesi statisticamente più rara – vi hanno provveduto mediante l'evoluzione e la rielaborazione originale di istituti già presenti nel patrimonio genetico del diritto islamico.

In entrambi i casi essi sono giunti ad introdurre istituti sconosciuti al diritto islamico o a stravolgere le ardite elaborazioni che già i giurisperiti islamici avevano compiuto. Tipico esempio è rappresentato dal contratto di vendita futura, o dal contratto di assicurazione (cap. 3 par. V).



Infine, la circolazione dei modelli di codificazione citati nell'introduzione ha consentito in alcuni casi un'intensa attività di uniformazione delle soluzioni accolte da ordinamenti anche molto distanti fra loro, e, in altri casi (si v. cap. 4), l'adozione di approcci diversi, ma caratterizzati da tratti di spiccata compatibilità.

Analogo processo è intervenuto con riguardo al diritto dei consumatori, campo in cui le pressioni provenienti dai paesi europei, e dai partner commerciali di lungo corso dei paesi considerati, hanno agito quale volano per l'adozione di legislazioni che si caratterizzano per la modernità e per la criticità con cui sono stati selezionati i modelli di riferimento (si v. cap. 5 par. III), fatta in ogni caso salva l'effettiva e pratica applicazione delle disposizioni di principio, che, in assenza di un interprete pronto a recepirle, rischiano di restare lettera morta.

In conclusione, sistema islamico e formanti contemporanei paiono coesistere senza che si possa ravvisare una manichea contrapposizione tra il diritto dei contratti arabo ed occidentale. Sono anzi numerosi i casi (si v. il cap. 4) in cui si registra una notevole coincidenza fra le soluzioni propugnate dagli uni e dagli altri sistemi. Tale coincidenza talvolta è dovuta alla storica circolazione di alcuni modelli nell'area considerata, tal'altra (si pensi alla buona fede, ancora cap. 4) è determinata dalla circostanza che alcuni principi in materia contrattuale sono universalmente condivisi<sup>590</sup>.

---

<sup>590</sup> Per dirla con le parole di Santillana, "la coscienza giuridica islamica è sostanzialmente identica a quella occidentale, anche se i presupposti e la costruzione del sistema sono differenti" (Santillana, D., *Il libro di diritto di Zayd b. 'Ali e il sistema zaydita*, in *Rivista di Studi Orientali*, VIII, 1920, p. 773).



## **8. Abbreviazioni**

c.c.	codice civile
c.f.o.	codice federale delle obbligazioni (Emirati Arabi)
c.o.c.	codice delle obbligazioni e dei contratti
l.c.c.	legge in materia civile e commerciale



## 9. Bibliografia

### 1. Parte generale

AA.VV. *Encyclopedia of Islam and the Muslim World*, Thomson Gale, New York, 2004;

Abu-Odeh, L., *The politics of (Mis)recognition: Islamic Pedagogy in American Academia*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 52, n. 4(2004), pp. 789-824;

Ala Hamoudi, H., *The Muezzin's Call and the Dow Jones Bell: On the Necessity of Realism in the Study of Islamic Law*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008 (2), pp. 423 ss.;

Aldeeb Abu-Sahlieh S., *Il Diritto islamico*, Carocci, Roma, 2008;

Aldeeb Abu-Sahlieh, S., *Introduction à la lecture juridique du Coran*, in *Revue du Droit International et Comparé*, vol. 65 (1988), n. 1-2, pp. 76-104;

Aldeeb Abu-Sahlieh S., *Introduction à la société musulmane*, Eyrolles-Référence, Paris, 2006;

Aldeeb Abu-Sahlieh, S., *La religion et le droit des pays arabes*, Presses Universitaires Bordeaux, Bordeaux, 2009;

Aldeeb Abu-Sahlieh, S., *Rôle de la religion dans l'harmonisation du droit des pays arabes*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2/2007, pp. 259-283;

Aluffi Beck Peccoz, R., *Il diritto come freno. Appunti giuridici a margine di una lettura della muqaddima di Ibn Haldūn*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 401-409;

Aluffi Beck Peccoz, R., *Persone Famiglia Diritti. Riforme legislative nell'Africa Mediterranea*, Giappichelli, Torino, 2006;

Aluffi Beck Peccoz, R., *Verso il riordinamento del lessico giuridico arabo. Il progetto Iura Islamica Informatica I*, in *Rivista di diritto civile*, 1985 parte I, pp. 77-88;

Bechor, G., *The Sanhuri Code, and the Emergence of Modern Arab Civil Law (1932-1949)*, Leiden; Boston, Brill, 2007;

Berkowitz, D., Pistor, K., Richard J.F., *The Transplant Effect*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 1 (Winter, 2003), pp. 163-203;

Bousquet G., *Islamic Law and Customary Law in French North Africa*, in *Journal of Comparative Legislation and International Law*, 32 (1950), pp. 59 ss.;

Brown, N.Y., *The Rule of Law in the Arab World: Courts in Egypt and the Gulf*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997;

Bussani, M., *Il diritto dell'occidente*, Einaudi, Torino, 2010;

Bussi, E., *Principi di diritto musulmano*, Cacucci, Bari, 2004 (ristampa ediz. 1943), Bari, 2004

Cafaro, S., *L'Unione per il Mediterraneo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, fasc. 1, pp. 105-128;

Campanini, M., *Diritto islamico o modelli islamici di diritto? Note su soggettività e oggettività nella giurisprudenza islamica*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., cur., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia*. Studi in memoria di Francesco Castro, Tomo I, ESI, Napoli, 2011, pp. 111-120;

Campanini, M., *Storia del Medio Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2010;

Carbonnier, J., *Les phénomènes d'inter-normativité*, in Id. *Essais sur les lois*, Défrenois, Paris, 1979, pp. 251-270;

Cassese, S., *Il diritto globale: giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Einaudi, Torino, 2009;

Castro, F., voce "Corano" in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, IV, UTET, Torino, 1987;

Castro, F. (cur. Piccinelli, G.M.), *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007;

Castro, F., *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei*, in *Rivista di diritto civile* 1985 n. 4, parte I, 387-448;

Castro, F., *Sistema scariatico, siyāsa šar'iyya e modelli normativi nel processo di formazione degli ordinamenti giuridici del Vicino Oriente*, in Scarcia Amoretti, B., Bausani, A. (cur.), *Il mondo islamico tra integrazione e acculturazione*, Istituto Studi Islamici – Università degli Studi di Roma, Roma, 1981, pp. 165-182;

Ceccanti, S., *Religione, diritti e garanzie nei paesi arabi*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2003, fasc. 1 pp. 165 – 179;

Chase O.G., *Law, Culture and Ritual*, New York University Press, New York, 2005 (trad. it.: *Gestire i conflitti. Diritto, cultura e rituali*, Bari, Laterza, 2009);

Chase O.G. et alii, *Civil Litigation in Comparative Context*, St. Paul, Thomson/West, 2007;

Chehata, C., *Droit Musulman*, Précis Dalloz, Parigi, 1970;

Coulson, N.J., *A History of Islamic Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 1964;

D'Emilia, A., *Roman Law and Muslim Law. A Comparative Outline*, in EW 5, 1953, pp. 3-10;

D'Emilia, A. (Castro, F., cur.), *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976

Donini, V.M., *La conferenza di Barcellona: una vera svolta nei rapporti Euro-Mediterranei?* in *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 3 (2007) I;

Donini, V.M., *La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international*, in *Uniform Law Review* 2009 (14), pp. 102 ss.;

Dupret B., Berger M., Al Zwaini L. eds., *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999;

Edge, I., *Recent Trends in Islamic Law*, in Toll, Skovgaard-Petersen eds., *Law and the Islamic World. Past and Present*, Copenhagen, The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, 1995;

Filoramo G. (cur.), *Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007;

Francesca, E., *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, IPO, Roma, 1995.

Giolo, O., *Giudici, giustizia e diritto nella tradizione arabo-musulmana*, Torino, Giappichelli, 2005;

Guadagni, M., *Il modello pluralista*, Giappichelli, Torino, 1996;

Hafiz, C., Devers, G., *Droit et religion musulmane*, Dalloz, Paris, 2005;

Hanotiau, B., *Les sources du droit dans le pays arabes: la Sharia à l'épreuve des législations commerciales modernes*, *Revue de droit international et compare*, (61)1984, pp. 18-209.;

Horowitz, D.L., *The Qur'an and the Common Law. Islamic Law Reform and the Theory of Legal Change*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1994 (3), pp. 543-580;

Kassir, W.J., *Les juristes face aux défis de la mondialisation*, in W. J. Kassir, *Réflexion d'un Juriste Arabo-Méditerranéen face à la Mondialisation à l'aube du XXIème siècle (2000-2010)*, Kassir Law Centre, Beirut, 2009;

Layish, A., *The Transformation of the Sharī'a from Jurists' Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World*, in *Die Welt des Islams, New Series*, Vol. 44, Issue 1 (2004), pp. 85 ss.;

Liebesny, H.J., *Impact of Western Legislation in the Country of the Near East*, in *Gorge Washington Law Review*, 22, 1953, pp. 127 ss.;

Liebesny, H.J., *Stability and Change in Islamic Law*, in *Middle East Journal* 21 (1967), pp. 16 ss.;

Mayer, A.E., *Law and Religion in the Muslim Middle East*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, pp. 127 ss.;

Mallat, C., *From Islamic to Middle Eastern Law a Restatement of the Field (Part I)*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, No. 4 (Autumn, 2003), pp. 699-750; Part II, *ibidem*, Vol. 52, No. 1 (Winter, 2004), pp. 209-286;

Mallat, C., *Introduction to Middle Eastern Law*, Oxford University Press, Oxford, 2007;

Mandel, G., *Il Corano*, UTET, Torino, 2006;

Mattei, U., *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*. *4 International Review of Law and Economics*, 3 (1994);

Monateri, P.G., *La sineddoche: formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Giuffrè, Milano, 1984;

Oliviero, M., *Forme di stato e forme di governo nei Paesi Islamici: profile di metodo e tendenze costituzionali*, in Papa, M., Piccinelli G.M., Scolart D., cur., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 883-892;

Örücü, E., *Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition*, *Nederlandse Vereniging Voor Rechtsvergelijking*, 59(1999), pp. 133 ss;

Örücü, E., *Law and Transposition*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 51 (2), Aprile 2002, pp. 205-223

Örücü, E., Atwooll, E., Coyle, S., (eds.), *Studies in Legal Systems: Mixed and Mixing*, The Hague, Kluwer Law International, 1996;

Paciullo, G., Ceppi, F., *Il Diritto Altrove. La Sponda Sud del Mediterraneo*, Signum, Perugia, 2005;

Palmer V.V., *From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, No. 1 (Winter, 2005), pp. 261-290;



Piccinelli, G.M., *Diritto musulmano e diritti dei paesi islamici: tra orientalismo e comparazione giuridica*, in *Iura Orientalia*, vol. 1, 2005, pp. 131-143;

Pozzo B., cur., *Ordinary Language and Legal Language*, Giuffrè, Milano, 2005;

Predieri, A., *Sharī'a e Costituzione*, Laterza, Roma-Bari, 2006;

Rescigno, P., *Islam e diritto privato*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., cur., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 1039-1044;

Sacco, R., *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007;

Sacco, R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, V ediz., 2003;

Sacco, R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, No. 1 (Winter, 1991), pp. 1-34 e Id., Vol. 39, No. 2 (Spring, 1991), pp. 343-401;

Sacco R., *Les buts et les méthodes de la comparaison du droit*, IX Congrès International de Droit Comparé, Théhéran, 1974, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 113-131;

Sacco, R., *Poveri strumenti per un affascinante disegno*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., cur., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 1045-1056;

Sacco., R., Gambaro, A., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2008;

Sakrani, R., *Codifier la morale? La morale dans les Codes civils français et tunisien*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2/2008, pp. 461-485;

Saleh, N., *Civil Codes of Arab Countries: the Sanhuri Codes*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 8, n. 2 (1993), pp. 161-167;

Santillana, D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciafiita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938;

Schacht, J., *Introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1964, ediz. It: *Introduzione al diritto musulmano*, Ed. Fondaz. G. Agnelli, Torino, 1995;

Schacht, J., *Problems of Modern Islamic Legislation*, *Studia Islamica*, 12 (1960), pp. 99 ss.;

Schacht, J., *The Origins of Mohammedan Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1959;

Valvo, A.L., Il partenariato euro mediterraneo: dalla dichiarazione di Barcellona all'unione per il Mediterraneo, in *Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale*, 2010, no. 35 pp. 32 – 40;

Vedaschi, A., *Istituzione europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano, 2001;

Vercellin G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002;

Watson, A., *Legal Transplants: an Approach to Comparative Law*, The University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993 (I ediz. 1974);

Zeno-Zencovich, V., *Il modo di formazione della legislazione europea*, in G. Visentini (cur.), *Analisi di leggi-campione – problemi di tecnica legislativa*, Cedam, Padova, 1995;

## **2. Diritto dei contratti in generale**

AA.VV., *The Explanatory Memorandum of the Jordanian Civil Code*, Amman, 1976;

AA.VV., *The Explanatory Memorandum of the Kuwaiti Civil Code*, Kuwait, 1980;

AA.VV., *Works of the Egyptian Civil Code*, Il Cairo, 1948;

Alpa, G., voce "Contratto nei sistemi di common law", *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, IV, UTET, Torino, 1989, pp. 148-196;

Al-Qasem, A., *The Unlawful Exercise of Rights in the Civil Codes of the Arab Countries of the Middle East*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, No. 2 (Apr., 1990), pp. 396-410;

Al-Sanhūrī, 'A. a.R., *Al Wasīf fī sharḥ al qānūn al madanī al-jadīd (Commentary on the New Civil Code)*, Il Cairo, 1952;

Alzaagy, A., *The Islamic Concept of Meeting Place and its Application in E-Commerce*, in *Masaryk Journal of Law and Technology*, Vol. 1, no. 1, 2007;

Amkhan, A., *Force Majeure and Impossibility of Performance in Arab Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 6, No. 3 (1991), pp. 297-308;

Amkhan, A., *Specific Performance in Arab Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 9, No. 4 (1994), pp. 324-338;

Amkhan, A., *Termination for Breach in Arab Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 10, No. 1 (1995), pp. 17-30;

Amkhan, A., *The Concept of Fault in the Arab Law of Contract*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 9, No. 2 (1994), pp. 171-179;

Amkhan, A., *The Effect of Change in Circumstances in Arab Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 9, No. 3 (1994), pp. 258-275;

Aribi, I., *Regards sur "Al-Iqāla" ou le mutuus dissensus*, in *Revue internationale de droit compare*, 1(2004), pp. 77-118;

Billah, M.M., *Invitation to Treat under the Law of Contract: Islamic Religious and Common Law Doctrines*, in *Islamic Comparative Law Review*, XV, 1, 1995-1996, pp. 37-51;

Bussani, M., Fiorentini, F., *The Many Faces of Equity, A Comparative Survey of the European Civil Law Tradition*, in Carpi, d., ed., *The Concept of Equity – An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag, Winter, Heidelberg, 2007;

Castro, F., voce "Al-aḥkām al-khamsa", in *Digesto delle Discipline Privatistiche, sezione Civile (Digesto IV)*, Utet, Torino, 1987, pp. 245-246;

Chehata C., *La theorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans* in *Revue internationale de droit comparé*, IV, 2, 1952, pp. 217-224;

Chehata, C., *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, Parigi, 1969;

Chehata, C., *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau code civil égyptien*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1954, vol. 6, n° 2, pp. 241-249;

Comair-Obeid, N., *Le contrat en droit musulman des affaires*, Economica, Parigi, 1995;

Comair-Obeid, N., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 11, No. 4 (1996), pp. 331-349;

Comair-Obeid, N., *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston, 1996;

Dib, P., *Essai sur une théorie des mobiles en droit civil Hanafite*, Imprimerie Catholique, Beirut, 1952;

Donini, V.M., *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI (2010), pp. 260-282;

El Fadl, K.A., *The Common and Islamic Law of Duress*, in *Arab Law Quarterly*, VI, 2, 1991, pp. 121-159;

El-Hassan, A., *The Doctrine of Duress (Ikrāh) in Shaḥī'a, Sudan, and English Law*, in *Arab Law Quarterly*, I, 2, 1985, pp. 231-236;

Elsan, M., Subaty, M., *Contract Formation Using Automated Message System: Survey of Islamic Contract Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 2 (2009), pp. 167-180;

Fogel, D., *L'errore contrattuale: diritto ebraico, canonico, islamico*, in *Daimon – Annuario di diritto comparato delle religioni*, 3/2003, pp. 243-287;

Ghith, A.A., *Exemption of Non-Performance of the Seller's Contractual Obligations (comparative Study)*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 20, n. 3 (2006), pp. 268-288;

Lecuyer, H., *Le contrat au Liban en 2001*, pubbl. CEDROMA, disponibile alla pagina web <http://www.cedroma.usj.edu.lb/files/conf2005.htm>

Hussein, H., *Contacts In Islamic Law: the Principles of Commutative Justice and Liberality*, in *Journal of Islamic Studies*, vol. 13, 3 (2002), pp. 257-297;

Jahel, S., *Les principes généraux du droit dans les systemes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n. 1 (2003), pp. 105-122;

Linant De Bellefonds, Y., *Volonté interne et volonté déclarée en droit musulman*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1958, vol. 10, n° 3, pp. 510-521;

Mahasneh, N.S., *Liability Exemption for Failure to Perform under both the Vienna Convention for International Sale of Goods 1980 and Islamic Jurisprudence*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 24 (2010), pp. 73-103;

Makdisi, J., *Legal Logic and Equity in Islamic Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1985, vol. 33, n. 1, pp. 63-92;

Papa, M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della shari'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America, Diritto romano comune*, 7/1999, pp. 285 ss.;

Piccinelli G.M., voce "Ribā" in *Digesto IV, Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, UTET, Torino, 1998, pp. 494-498;

Razali, S.S., *The Dominance Entry of the Principles of Gharar in Electronic Contracts*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 2 (2009), pp. 207-216;

Rayner, S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law: a Comparative Analysis with Particular Reference to the Modern Legislation in Kuwait, Bahrain and the United Arab Emirates*, Graham & Trotman, London, Dordrecht, Boston, 1991;

Saleh, N., *Are the Validity and Construction of Legal Acts Affected by Cause (Sabab)? (A Comparative Study under Islamic and Arab Laws)*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 7, n° 2, 1992, pp. 116-140;

Saleh, N., *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 5 n° 2, 1990, pp. 101-116;

Saleh, N., *Freedom of Contract: What Does It Mean in the Context of Arab Laws?*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (2001), pp. 346-357;

Saleh, N., *Remedies for Breach of Contract under Islamic and Arab Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 4, No. 4 (Nov., 1989), pp. 269-290;

Saleh, N., *The Role of Intention (Niyya) under Saudi Arabian Hanbali Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 3 (2009), pp. 347-352 e vol. 23, n. 4 (2009), pp. 469-475;

Saleh, N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, Londra, 1992;

Shouaib, M., *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit* in *Revue juridique et politique*, 2(2002), pp. 245-256;

Treitel, G., *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford, VI ediz., 2004;

Vogel F.E., *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, Tubingen: Siebeck, Dordrecht: Nijhoff, 2006, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII (Contracts)-7;

Von Mehren, A. (ed.), *Contracts in General*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. VII, Chapter 1, Tübingen and Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 1982;

Zahraa, M., *Negotiating Contract in Islamic and Middle Eastern Laws*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 13, No. 3, 1998, pp. 265-277;

Zahra, M., Mahmor, S.M., *Definition and Scope of the Islamic Concept of Sale of Goods*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 3 (2001), pp. 215-238;

Zahraa, M., Mahmor, S.M., *The Validity of Contracts When the Goods Are Not Yet in Existence in the Islamic Law of Sale of Goods*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 4 (2002), pp. 379-397;

### **3. Diritto dei consumatori**

Al-Naqib, M., *Protection of the Global Consumer*, in *Business and Economy*, Dec., 4, 2008;

Alpa, G., *I diritti dei consumatori*, Giappichelli, Torino, 2009, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, dir. da G. M. Ajani e G. A. Benacchio;

Amato, C., *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori: problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito*, Milano, Giuffrè, 2003;

Baldarelli, M.G., *L'alternativa ai pacchetti "tutto compreso" nei paesi arabi: a favore di un "ricco outgoing"?*, in *Economia e diritto del terziario*, 2009, fasc. 1 pp. 87 – 113;

Bartolini, A., *I diritti fondamentali dei consumatori in Europa*, Nagard, Milano, 2007, in AA. VV, *I quaderni del centro UNESCO*;

De Cristofaro, G., *Appendice* in G. Cian, A. Trabucchi (curr.), *Commentario Breve al Codice Civile*, Cedam, Padova, 2008;

de Lisle, J., Trujillo, E., *Consumer Protection in Transnational Contexts*, in *The American Journal of Comparative Law*, suppl. No. 58(2010) pp. 135-164;

Donini, V.M., *Legal Issues Related to the Development of Information Society in the Arab World*, in K. Van der Borch, *Law and Economic Development: Towards Constructive Engagement in the Middle East*, Cameron May, Londra, 2009;

el Bakry, R. *Consumer Law More Bark than Bite*, Pubblicazioni della Camera di Commercio USA al Cairo, 2006;

el Hajoui, S., *La sécurité du consommateur*, Rapport Marocain pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007;

Equizi, M., *La circolazione del modello europeo di responsabilità del produttore nei paesi arabi: verso una europeizzazione della product liability theory ?*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2010, fasc. 2 pag. 760 - 817

Fahl, R., *Assignment of Contract Proceeds*, *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2 (2002), pp. 198-203;

Gemei, H., *Consumer's Protection*, Cairo, Akhbar al-yawm, 1996;

Gemei, H., *The Treatment of Unfair Terms in Arab Countries – An Investigation into the Effects of Legal Pluralism*, in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini curr., *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999;

Karray, B., *L'évolution du partenariat euro-méditerranéen*, in *Journal du droit international*, 3/2008 p. 760;

La Rocca, D., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo: le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Giappichelli, Torino, 2008;

Mancaleoni, A.M., *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, Jovene, 2005;

Matera, P., *Obblighi informativi: considerazioni sistematiche*, in P. Stanzone, G. Sciancalepore (curr.), *Commentario al codice del consumo*, Ipsoa, 2007,

Nammour, F., *La loi libanaise n° 659 du 4 février 2005 sur la protection du consommateur*, in *Al Adl* 2006/2;

Nammour, F., *Le contrats du consommateur*, Rapport Libanais pour le Journées Colombiennes de l'Association Henri Capitant 2007;

#### **4. Diritto del commercio**

Abdulkader, T., *Examining the Role of Islamic Law*, in T. Abdulkader, S. Cox and B. Kraty eds., *Structuring Islamic Finance Transactions*, Euromoney Books, Londra, 2005, pp. 27 ss.;

Al-Jumah, K.M., *Arab State Contract Disputes: Lessons from the Past*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 3 (2002), pp. 215-240;

Alsheikh, E.A., *Distinction between the Concepts Mediation, Conciliation, ul and Arbitration in Sha'rah Law*, in *arab Law Quarterly*, vol. 25, n. 4 (2011), pp. 367-400;

Arab, H., *Execution of Foreign Judgments in the UAE*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 2 (2002), pp. 208-211;

Bekkin, R.I., *Islamic Insurance: National Features and Legal Regulation* in *Arab Law Quarterly*, vol. 21, n. 1 (2007), pp. 3-34; vol. 21, n. 2 (2007), pp. 109-134; vol. 21, n. 3 (2007), pp. 251-268;

Ben Abderrahman, D., *Contribution to the Study of the Koranic Sources of Saudi Arabian Business Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 3, No. 2 (May, 1988), pp. 132-150;

Ben Nefissa, S., *The Haqq el-'Arab – Conflict Resolution and Distinctive Features of Legal Pluralism in Contemporary Egypt*, in B. Dupret, M. Berger, L. al-Zwaini curr., *Legal Pluralism in the Arab World*, Kluwer Law International, The Hague, 1999, pp. 145 ss.;

Bonell, M.J., *Un codice internazionale del diritto dei contratti: i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali*, Giuffrè, II ediz., Milano, 2006;

Bonell, M.J., *CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law*, in *American Journal of Comparative Law*, 1. 2008 pp. 1-28;

Bussani, M., *Libertà contrattuale e diritto europeo*, UTET, Torino, 2005

Castellani, L., *Diritto del commercio internazionale e paesi islamici: brevi considerazioni*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 573-579;

Castro, F., Voce "Banca Islamica" in *Digesto*, IV, Sezione Civile, Discipline Privatistiche, Utet, Torino, 1988, pp. 83-86;

Comair-Obeid N., *The Law of Business Contracts in the Arab Middle East*, Kluwer law international, The Hague, 2005;

Cooper Maysami, R., Joseph, W.J., *Evidence on the Relationship Between Takaful Insurance and Fundamental Perception of Islamic Principles in Applied Financial Economics Letters*, Vol. 2, n. 4 (July 2006), pp. 229-232;

Coulson, N.J., *Commercial Law in the Gulf States: the Islamic Legal Tradition*, Graham & Trotman, London, 1984;

Dimitrakopoulos, A., *Arbitration Practice in the UAE*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 4 (2001), pp. 398-403;

di Robilant, A., *Genealogies of Soft Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 54, No. 3 (2006), pp. 499-554;

Donini, V.M., *Il diritto del commercio internazionale nel Mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, Napoli, Ediz. Scientifiche Italiane, 2007;

Donini, V.M., *La circulation des modèles juridiques dans la région euro-méditerranéenne et le droit uniforme du commerce international*, in *Uniform Law Review* 2009 (14);

Farooq, M.O., *Stipulation of Excess in Understanding and Misunderstanding Riba: The Al-Jassas Link*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 21, n. 4 (2007), pp. 285-316;

Finazzi Agrò, E., *L'effettiva incidenza dei principi Unidroit nella risoluzione delle controversie internazionali: un'indagine empirica*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2009, fasc. 3 pp. 557 – 609;

Foster, N.H.D., *Islamic Finance Law as an Emergent Legal System*, in *Arab Law Quarterly* vol. 21, n. 2 (2007), pp. 170-188;

Fignani, A., Torsello, M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, Cedam, Padova, 2010;

Galgano, F., *Lex mercatoria*, Il mulino, Bologna, V ediz., 2010;

Galgano, F., *Globalizzazione dell'economia e universalità del diritto*, in *Politica del diritto*, 2009, fasc. 2 pp. 177 – 192;

Goode, R., *Rule, Practice, and Pragmatism in Transnational Commercial Law*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 54, No. 3 (Jul., 2005), pp. 539-562;

Goode, R., Kronke, H., McKendrick, E., *Transnational Commercial Law : Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, Oxford, 2007;



- Haddad, H., *Jordan: Arbitration Law No. 31 of 2001*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 17, No. 3 (2002), pp. 287-303;
- Kambeck, J., *Arbitration in Yemen*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 22, n. 3 (2008), pp. 331-333;
- Keese P.K., *Commercial laws of the Middle East*, Oceana, New York, 1980;
- Kettani, A., Sacco, R., *L'assicurazione in Marocco (contributo alla dottrina delle fonti del diritto)* in *Giurisprudenza Commerciale: Società e fallimento*, 9.3, maggio-giugno 1982, pp. 387-406;
- Koraytem, T., *The Islamic Nature of the Saudi Regulations for Companies*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 15, No. 1 (2000), pp. 63-69;
- Kuran, T., *The Absence of Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, no. 4 (2005), pp. 785-834;
- Leanza, U., *Regime giuridico internazionale dei porti del Mediterraneo*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 661-680;
- Lin, L.W., *Legal Trnasplants through Private Contracting: Codes of Vendor Conduct in Global Supply Chains as example*, in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57 n. 3 (2009), pp. 711-744;
- Lippa, G., *La realtà operative delle banche islamiche tra tradizione e innovazione*, in *Iura Orientalia*, vol. II (2006), pp. 110-127;
- Luttrell, S.R., *The Changing Lex Arbitri of the UAE*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 23, n. 2 (2009), pp. 139-166;
- Maglietta, F., *L'assicurazione in contesto islamico: l'istituto del takaful*, in *Diritto ed economia dell'assicurazione*, 2007, fasc. 2, pp. 473 – 491;
- Mallat, C., *Commercial Law in the Middle East: Between Classical Transactions and Modern Business*, in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 48, No. 1 (Winter, 2000), pp. 81-141;
- Ma'sum, B.M., *Insurable Interest: Can the Modern Law be Adopted in Takaful Operations?* in *Arab Law Quarterly*, Vol. 15, n. 2 (2000), pp. 206-209;
- Morri, S., Tami, A. (curr.), *Le sfide della finanza islamica*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 2011, fasc. 1 pp. 85 – 99;
- Nammour, F., *Arbitration and Intellectual Property in Lebanese Law*, rev. Com. com. elect. January 2006 pp. 12 ss.

Nammour, F., *Arbitration Domestic and International Arbitration*, 2 ed. Bruylant – Delta, 2005;

Nonne, L., *Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 831-874;

Nunè, F., *L'inadempimento contrattuale in recenti casi della giurisprudenza siriana*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 875-882;

Othman, A., “*And Amicable Settlement is Best*”: *Sulh and Dispute Resolution in Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 21, n. 1, pp. 64-90;

Papa M., *L'arbitrato commerciale internazionale nei paesi arabi*, Bonomo, Bologna, 2004;

Piccinelli G.M., *Assicurazioni, finanza e solidarietà: il nuovo modello del takāful islamico in Italiamondoarabo* (Camera di Commercio Italo-Araba), Aprile/Giugno 2004;

Piccinelli, G.M., *Economia e banche tra islam e occidente: competizione e dialogo*, in *Iura Orientalia*, 2006, pp. 128-134;

Piccinelli, G.M., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, fasc. 1 pp. 35 – 73;

Piccinelli, G.M., *Il sistema bancario islamico*, IPO, Roma, 1989;

Piccinelli, G.M., *La finanza islamica tra crisi globale e innovazione: la prospettiva europea*, in Papa. M., Piccinelli G.M., Scolart D., curr., *Al-kitāb wa al-mizān – Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, Tomo II, ESI, Napoli, 2011, pp. 977-998;

Piccinelli, G.M., *Le nuove forme del controllo gestorio tra globalizzazione dell'economia ed armonizzazione degli ordinamenti giuridici. Garanzie oggettive e diritto islamico*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2001, fasc. 19-20, pp. 2018 – 2023;

Piccinelli, G.M., *Le società di persone nei paesi arabi. Modelli, evoluzione e tendenze*, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Roma, 1990;

Piccinelli, G.M., *Operazioni islamiche di provvista e di gestione del risparmio: il modello cliente-socio*, in Gimigliano, G. e Rotondo, G. Curr., *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Milano, Giuffré, 2007, pp. 15-38;

Ruttley H.R., Mallat C. eds., *Commercial Law in the Middle East*, Graham and Trotman, London, 1995;

Sadah, M.A., Norton, S., *The Application of Uncitral Model Law Principles in the Middle East Region*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 22, n. 3 (2008), pp. 219-269;

Turck, N.B., *Middle East Arbitration Status Chart*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 16, No. 2 (2001), pp. 178-185;

Wirth, O., *Bahrain: Note on the New Commercial Companies Law*, in *Arab Law Quarterly*, Vol. 18, No. 1 (2003), pp. 98-100;