



Giovanni Cimbalo

(ordinario di Diritto ecclesiastico nell'Università degli Studi di Bologna
"Alma Mater", Scuola di Giurisprudenza)

Il ritorno del *waqf* (*) (**)

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La concezione della ricchezza nel mondo musulmano - 3. Il *waqf* all'interno del sistema dei "*furu al fiqh*". Definizione di *waqf* o *hubus* - 4. Il *Bonyads*, le fondazioni di beneficenza nella variante sciita – 5. La struttura del *waqf khayrì* - 6. Gli elementi costitutivi delle *causae piae* e del *waqf khayrì* a confronto - 7. Il negozio giuridico costitutivo delle *causae piae* e del *waqf khayrì* - 8. Caratteri strutturali comuni e analoga funzione dei due istituti giuridici: effetti rispetto ai beni che ne costituiscono l'oggetto - 9. Confronto tra i regimi giuridici relativi al *subiectum administrationis* nelle *causae piae* e nel *waqf khayrì* - 10. Alcune riflessioni conclusive.

1 - Premessa

In tutto il mondo l'islam si caratterizza per i comuni riferimenti al Corano, alla *Šarī'a* e alla tradizione islamica. L'islam dispone di un sistema giuridico completo e complesso, dotato di istituti che rispondono ai tanti bisogni delle comunità. La forte compenetrazione tra la religione e le strutture giuridiche che concorrono alla gestione della società ha indotto il diritto islamico a elaborare tra l'altro istituti giuridici deputati a gestire edifici di culto intesi come luoghi di celebrazione del culto e insieme come centri di aggregazione sociale, finalizzati a soddisfare un interesse pubblico e secolare. Questa compenetrazione è una conseguenza diretta della visione onnicomprensiva propria delle società islamiche, che utilizza il fine religioso dell'attività dei credenti per soddisfare al tempo stesso un interesse individuale alla salvezza e un interesse collettivo a migliori condizioni di esistenza, posto che la religione ha il compito di gestire non solo la vita ultraterrena, ma anche la società secolare, finalizzandola a un disegno divino contenuto nella rivelazione profetica¹.

* In ricordo di Maria Cristina Folliero.

** Il contributo è stato sottoposto a valutazione.



Fin dai primi sviluppi di questa religione l'istituto giuridico deputato a svolgere questa funzione è il *waqf* che ha assunto, a seconda delle aree geografiche alle quali facciamo riferimento e delle tradizioni giuridiche locali, forme diverse di organizzazione e gestione. In numerosi Paesi a maggioranza musulmana gli Stati hanno istituito appositi ministeri, preposti all'amministrazione dei *waqf*, i quali peraltro sono strutture ben più complesse, come altrettanto lo è la funzione e il ruolo sociale delle moschee che essi gestiscono. In altri Stati la gestione dei *waqf* è affidata ai privati; anche se gli Stati esercitano con varie forme un'attività di controllo, essi possiedono la personalità giuridica di diritto privato.

Al fine di aprire, anche in ambiente non islamico, la discussione sulla natura e le funzioni del *waqf* riteniamo utile una riflessione sulla sua evoluzione fin dalle origini dell'islam, tanto più oggi che la crescita delle povertà e della diseguaglianza anche nei paesi musulmani e la diffusione di comunità islamiche in molti paesi non islamici, la presenza di movimenti politici che si richiamano alle tradizioni dell'islam per gestire tutto questo, sta producendo il ritorno in auge di questo antico e tradizionale istituto che aveva tra i suoi compiti anche quello della redistribuzione della ricchezza. Esso si basava su uno dei pilastri della religione islamica, la carità, anche se col tempo ha finito per divenire strumento di arricchimento delle diverse confraternite religiose e del clero².

Non va, infatti, dimenticato che il *waqf* è uno strumento complesso e multiuso che consente ai fedeli musulmani di destinare, attraverso donazioni e legati, risorse alla costruzione manutenzione e attività degli edifici di culto, ma anche ad attività sociali che ruotano intorno alle strutture di comunità e alle moschee, e di gestire patrimoni sfuggendo alle norme in materia successoria, tipiche del diritto islamico. Per questo insieme di motivi i *waqf* hanno accumulato nei secoli immensi patrimoni. In questo studio focalizzeremo la nostra attenzione sulle prime due utilizzazioni del *waqf*.

¹ Se non si tiene conto di queste premesse non si riesce a comprendere che il diritto islamico ha dato fin dalle sue origini una risposta organica al problema dell'associazionismo islamico, che dà luogo ad attività di religione e di culto e insieme ad attività a carattere sociale. È piuttosto il diritto italiano, benché di derivazione romanistica, che ha perduto col tempo la nozione originaria di questi istituti le cui funzioni sono rinvenibili oggi nel *waqf* e che ancora prima trovavano una loro configurazione giuridica nelle *causae piae* e che ancora oggi la trovano nel *charitable trust* proprio del diritto anglosassone.

² **ABULHASAN M. SADEQ**, *Waqf, perpetual charity and poverty alleviation*, "International Journal of Social Economics", vol. 29, iss. 1/2, 2002, pp. 135-151.



Con la conquista musulmana di quello che fu l'impero bizantino i musulmani incontrarono l'istituto delle *causae piae* con il quale venivano gestiti monasteri e chiese e le proprietà a esse connesse. Questi enti erano spesso finalizzati alla gestione e manutenzione degli edifici, ma anche alle attività sociali ed economiche che vi gravitavano intorno³.

Gli studiosi discutono e si dividono sull'origine genuinamente islamica del *waqf*: quelli islamici giungono a negare una derivazione dalle *causae piae*, sostenendo che la costruzione giuridica dell'istituto è genuinamente islamica, mentre un diverso orientamento si registra tra gli studiosi non islamici, i quali riconoscono l'esistenza di un filo rosso che lega la regolamentazione giuridica di questi istituti. Quel che è certo è che il *waqf* conobbe una notevole diffusione nelle sue varie forme - che di seguito analizzeremo - fin dalle origini dell'islam e che esso contribuì allo sviluppo delle società islamiche non solo permettendo una capillare diffusione degli edifici di culto per iniziativa delle comunità e dei suoi maggiori, ma anche a creare strutture di servizio collettivo come caravan serragli, opere pubbliche, scuole, ospedali e quant'altro necessario allo sviluppo sociale, grazie all'accumulo di notevoli patrimoni⁴.

A cavallo tra il 1800 e la metà del secolo appena trascorso questi patrimoni, immobilizzati dai *waqf* e gestiti dal clero e dai politici dei diversi Paesi islamici sono divenuti oggetto delle mire prima delle potenze coloniali che volevano impossessarsi di questi beni e poi delle élite arabe progressiste che vi videro una delle cause di arretratezza economica dei Paesi che esse ambivano di gestire, prima e dopo la fine del colonialismo⁵.

³ Nell'impero ottomano anche cristiani ed ebrei istituirono *waqf* per provvedere alla gestione di proprietà ecclesiastiche **R. SHAHAM**, *Christian and Jewish Waqf in Palestine during the Late Ottoman Period*, in *Bulletin of the School of Oriental and Asian Studies* (BSOAS), 54, no. 3, 1991, pp. 460-472; **B. BRAUDE**, *Foundations Myths of the Millet System. Christians and Jews in the Ottoman Empire. The Functioning of a Plural Society*, ed. Benjamin Braude, Bernard Lewis. New York, London, 1982, I, pp. 69-88.

⁴ **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione* (dir. romano), in *Enciclopedia del diritto*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 779 ss.; **B.J. GAUDAMET**, *Les fondations en Occident au Bas-Empire*, in *RIDA*, 2, 1955, p. 275 ss.; **B. ELIACHEVITCH**, *La personnalité juridique en droit privé romain*, Paris, 1942, p. 340 ss.; **A. BERGER**, voce *Piae causae*, in *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, pp. 629-630; **R. SALEILLES**, *Les "Piae causae" dans les droit de Justinien*, in *Mélanges Gérardin*, Paris, 1907, p. 513 ss.; **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, Lugduni, 1560.

⁵ Un'analisi attenta della vita dell'istituto e della funzione del *waqf* viene svolta da **A.M. MEDICI**, *Dalle pratiche della solidarietà rituale islamica al welfare State in Tunisia e Egitto*, in *Diritto Romano attuale*, vol. 19, 2008, pp. 129-152, la quale ne sottolinea il ruolo nei territori dell'impero ottomano e soprattutto del Magrheb, soffermandosi



Il risultato fu quello di una politica di smobilizzo, segnata da forti conflitti che vanno collocati sia nell'ambito della resistenza ai colonizzatori – come avvenne, ad esempio, in Libia e soprattutto in Cirenaica⁶, ma anche nell'Africa francese - sia negli sforzi di modernizzazione dello stesso impero ottomano, a partire dalle

sull'azione dei governi coloniali per impossessarsi dei beni posseduti dai *waqf* e allargando lo sguardo all'azione dei movimenti liberali e poi dei governi che presiedettero alla decolonizzazione, nel drastico ridimensionamento dei possedimenti *waqf* e nell'opera di contenimento delle forze religiose che ne detenevano il controllo.

Le nuove élite laiche e progressiste che assunsero la guida degli Stati nazionali indipendenti abolirono l'istituzione *waqf* per dare vita a un sistema che imitava quello degli Stati occidentali. La riforma del settore ha consentito un nuovo assetto delle risorse economiche, della composizione e appartenenza sociale e politica, facendo emergere un concetto di stato sociale che trovava radici nella sfera temporale, a opera dello Stato, surrogando competenze e pratiche sociali sino allora di pertinenza religiosa.

Oggi in particolare i movimenti di orientamento wahhabita e salafita si fanno sostenitori del ripristino della funzione sociale ed economica dei *waqf*, preconizzando non solo un ritorno alle origini genuinamente islamiche dell'organizzazione sociale, ma anche prendendo atto delle difficoltà e incapacità degli Stati di assicurare i servizi sociali e gli interventi di pubblica utilità, proponendo di fatto una soluzione di tipo liberista alla crisi del welfare. Sul punto si veda ancora A.M. Medici (a cura di), *Mondo arabo. Cittadini e welfare sociale*, Dossier monografico della rivista *Afriche e Orienti*, n. 1, 2008, ma anche O. ROY, *La crise de l'Etat laïque et les nouvelles formes de religiosité*, *Esprit*, février 2005, pp. 27-44.

⁶ Il riferimento alla regolamentazione dei *waqf* nelle colonie italiane – benché poco indagata - costituisce la prima occasione per il nostro ordinamento giuridico di regolamentazione dell'attività di questi istituti e sarebbe molto interessante analizzare non solo le scelte legislative, ma le posizioni di dottrina e giurisprudenza. Perciò vedi A.M. MEDICI, *Politiche dell'appartenenza in Africa del Nord. Colonialismo italiano e welfare islamico in Cirenaica*, in P. Valsecchi (a cura di), *Africa tra Stato e società*, Franco Angeli, Milano, 2008, pp. 67-90.

Per quanto riguarda la colonizzazione italiana agli inizi del XX secolo in Cirenaica si assicura, in omaggio al rispetto dovuto alla religione, non solo il mantenimento delle giurisdizioni della shari'a, ma la più completa autonomia nell'amministrazione dei beni delle fondazioni pie (*waqf*) "senza nessuna ingerenza da parte dell'autorità italiana", e di conseguenza si provvede a mantenere fede alle promesse fatte nei diversi proclami emanati dal 1911 al 1915, istituendo un Consiglio speciale composto esclusivamente da musulmani sudditi italiani per l'amministrazione e la sorveglianza dei beni religiosi della Tripolitania. Si veda il *Proclama del tenente generale Caneva alle popolazioni della Tripolitania, della Cirenaica e delle regioni annesse*, 13 ottobre 1911, emesso in forza dei pieni poteri attribuiti al Comandante del corpo di spedizione dal Regio Decreto 8 ottobre 1911, n. 1128, in *Codice Ecclesiastico*, a cura di A. Bertola, A.C. Jemolo, Padova, Cedam, 1937, pp. 775-776. Per un commento: F. BOTTI, *Oltre i culti ammessi. Prime note sulla gestione giuridica del pluralismo religioso nella legislazione coloniale italiana*, in F. Alicino, F. Botti (a cura di), *I diritti cultural-religiosi dall'Africa all'Europa*. Torino, Giappichelli, p. 170.



Tanzimat⁷. La soppressione dei *waqf* accompagnò l'intensificazione del processo coloniale sia nel Nord Africa che in molti paesi musulmani e permise d'immettere i beni mobili e immobili e soprattutto la proprietà della terra da questi posseduti nel mercato capitalistico, alla mercé dei colonizzatori⁸. Da questo punto di vista la spoliazione dei beni dei *waqf* svolse in questi Paesi un ruolo analogo a quello della confisca e pubblicizzazione dei beni ecclesiastici in Europa e permise la riorganizzazione della proprietà agraria e immobiliare secondo criteri capitalistici e di mercato⁹.

C'è da dire che, anche a causa delle condizioni economiche meno sviluppate dei paesi nei quali essi si trovavano, la spoliazione dei *waqf* che avevano una più accentuata finalizzazione caritatevole venne vissuta dalle classi popolari come un attacco ai loro livelli essenziali di sussistenza¹⁰. Nei paesi dell'Est Europa, che avevano consistenti

⁷ **F. ISIN ENGIN, A LEFEBVRE**, *The Gift of Law. Greek Euergetism and Ottoman Waqf*, in *European Journal of Social Theory*, 8 (1), 2005, pp. 5-23. **R KASABA**, *A Time and a Place for the Non-state. Social change in the Ottoman Empire during the "longnineteenth century "*, in J. Migdal, A. Kohli, V. Shue (eds.), *State Power and Social Forces. Domination and Transformation in the Third World*, Cambridge University Press, Cambridge, 1994, pp. 207-230; **A. MEIER**, *Waqf only in Name, not in Essence. Early Tanzimat waqf reforms in the Province of Damascus*, in J., T. Philipp, S. Weber (a cura di), *The Empire in the City. Arab provincial capitals in the Late Ottoman Empire*, Orient-Institut der DMG Beirut, Ergon Verlag Würzburg in Kommission, Beirut, 2002, pp. 201-218. **J.R. BARNES**, *An Introduction to Religious Foundations in the Ottoman Empire*, Brill, Leiden 1987.

⁸ Questo processo appare di tutta evidenza se si prendono in esame i paesi del Magrheb e, in particolare, l'Egitto. Vedi **G. BAER**, *Waqf Reform*, in G. Baer (a cura di), *Studies in Social History of Modern Egypt*, Chicago, 1969; **K.T. BARBAR, G. KEPER**, *Les Waqfs dans l'Egypte contemporain*, Dossier Cedej, Il Cairo, 1981; R Deguilhem (ed.), *Le waqf dans l'espace islamique. Outil de pouvoir socio-politique*, Ifad, Damasco, 1995; **Y.M. DELAVOR**, *Le Wakf et l'utilité économique de son maintien en Egypte*, Parigi, 1926.

⁹ La politica di eversione e smobilizzo dell'asse ecclesiastico venne avviata da Napoleone e proseguì con incisività sempre maggiore a opera dei governi liberali che gestirono la costruzione degli Stati nazionali. In Italia in particolare questa politica venne fatta propria dei governi successivi alla presa di Roma e si interruppe solo con il Concordato del 1929. Vedi per tutti **A. SCIALOJA**, *La Chiesa, lo Stato e la liquidazione dell'asse ecclesiastico*, in *Nuova Antologia*, 1967; **F FINOCCHIARO**, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Zanichelli, Bologna 2007, p. 249 ss.; **A. BILLETTA**, voce *Waqf*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XX, 1975, rist. 1982, Torino, p. 1076 ss.

¹⁰ Il rinato interesse odierno per il *waqf*, oltre che rispondere alle esigenze della strategia politica dei Fratelli Musulmani, è dovuto in parte anche al ricordo delle antiche e mitizzate funzioni che fanno parte dell'immaginario collettivo e ne sostengono oggi la rinascita. Cfr. **D. PIOPPI**, *Declino e rinascita di un'istituzione islamica: il waqf nell'Egitto contemporaneo*, La Sapienza, Orientale-Edizioni Nuova Cultura, Roma, 2006; **R. SCHULZE**, *Il mondo islamico nel XX secolo. Politica e società civile*, Feltrinelli, Milano, 1998; **B.A. LALOR**, *Promotion Patterns of Ottoman Bureaucratic*



minoranze musulmane, questa politica, sviluppatasi dopo la dissoluzione dell'impero ottomano, privò le comunità musulmane dei loro beni e ne indebolì la loro tutela complessiva nei confronti delle altre componenti etniche e religiose della società, contribuendo così alla loro marginalizzazione economica e politica¹¹.

Comunque alla metà del secolo scorso il processo di riforma dell'istituto, almeno nei paesi a maggioranza sunnita del medio oriente e soprattutto in nord Africa e in Turchia, può dirsi concluso e l'esistenza dei *waqf* è limitata di fatto alla gestione di moschee, siti di interesse religioso, e qualche sopravvissuta esperienza economica di gestione di proprietà collettive¹². Gli Stati neocoloniali, costituiti in territori a prevalente presenza islamica, costruiti sul modello occidentale, attribuirono a sé il compito di realizzare opere pubbliche, di assicurare forme embrionali di servizi di welfare, erodendo quelle che per secoli erano state le competenze "sociali" dei *waqf*, i quali avevano tra i propri compiti istituzionali anche quello di convogliare

Statesmen from the Lâle Devri until the Tanzimat, Güney-Doğu Avrupa Araştırmaları Dergisi, 1 (1972), pp. 77-92.

¹¹ La politica di spoliazione dei *waqf* nei Balcani occidentali iniziata dai governi liberali e da quelli nazionalisti fu radicalmente portata a termine dai governi insediatisi dopo la fine della seconda guerra mondiale che provvidero alla nazionalizzazione e espropriazione di tutte le terre e ridimensionarono, quando non estinsero, la proprietà di beni mobili e immobili delle comunità religiose. Per i provvedimenti di confisca di tali beni consulta <http://licodu.cois.it> nei paesi relativi. Per la ricostruzione della politica adottata a riguardo dallo Stato bulgaro vedi **K. IVANOVA PETROVA**, *La Bulgaria e l'islam. Il pluralismo imperfetto dell'ordinamento bulgaro*, Bup, Bologna, 2015; per l'Albania, **G. CIMBALO**, *Pluralismo confessionale e comunità religiose in Albania*, Bup, Bologna, 2012; **F. BOTTI**, *Le proprietà delle comunità religiose tra restituzione o compensazione dei beni confiscati e acquisto di nuovi beni in Albania*, in F. Botti (a cura di), *La convivenza possibile. Saggi sul pluralismo religioso in Albania*, Bup, Bologna, 2015, pp. 195-216.

¹² Del tutto diversa la situazione in quei paesi a maggioranza islamica nei quali sono stati istituiti ministeri per i *waqf* (detti anche *hobus*) come in Marocco dove è stato costituito il Ministère des Habous et des Affaires Islamiques, il quale provvede a gestire e coordinare l'attività preposte a provvedere a strutture, edifici di culto e alle attività finanziate dalle donazioni dei privati.

Ancora differente invece la situazione nel sud est asiatico dove, ad esempio, in Indonesia e Malaysia, è stata messa a punto una gestione mista pubblico-privato dei beni dei *waqf* come dei proventi della *zakat*. Vedi **A. TAUFİK**, *Esempi di raccolta della zakat, La raccolta e la distribuzione della zakat in Indonesia*, in *Tasse religiose e filantropia nell'Islam del Sud-est Asiatico*, Edizioni della fondazione Agnelli, Torino, 1992; **ID.**, *Esempi di raccolta della zakat, La raccolta e la distribuzione della zakat in Malaysia*, in *Tasse religiose e filantropia nell'Islam del Sud-est Asiatico*, cit.



verso la realizzazione di opere d'interesse pubblico le risorse messe a disposizione dalle liberalità dai fondatori dei *waqf*¹³.

Questa duplice funzione del *waqf* è di estrema importanza e interesse oggi, a fronte della crisi generalizzata dei sistemi di welfare e della persistente arretratezza economica di molti Paesi islamici, perché induce le componenti politiche più tradizionaliste dell'islam a riproporre l'utilizzazione di questo strumento in un'ottica neo liberista¹⁴. Non dispiace inoltre ai sostenitori dello "Stato leggero", anche non islamici, che siano i cittadini a farsi carico della gestione dei servizi pubblici, dell'assistenza e di ogni forma di sostegno sociale, applicando alle comunità religiose il principio di sussidiarietà verso i cosiddetti corpi intermedi che si fanno carico delle esigenze sociali, secondo le disponibilità e in relazione alle capacità economiche dei consociati¹⁵. Il ritrarsi delle istituzioni pubbliche dalla funzione sociale di sostegno ai bisogni collettivi, spesso accompagnata da esenzioni fiscali nei confronti di enti che si fanno carico di adempiere a questi compiti, comunque necessari verso i consociati, porta alla progressiva rinascita di una vasta rete d'interessi dell'imprenditoria privata che vede la presenza delle confessioni religiose tra i principali attori. A facilitare queste attività sono finalizzati i vantaggi fiscali e le esenzioni tributarie assicurate agli enti che provvedono all'erogazione di servizi, quali quello sanitario, dell'istruzione, dell'assistenza agli anziani e ai disabili, alla povertà, all'emergenza immigrazione, ecc., ma la contemporanea crisi delle vocazioni e una discutibile gestione di tali enti da parte delle confessioni religiose fa sì che vengano continuamente richiesti aiuti allo Stato¹⁶.

¹³ M. ACHARGUI, F. PAUL BLANC, R. BOUJEMAA, A. CABANIS (et al.), *Histoire des grands services publics au Maroc de 1900 à 1970*, Presses de l'Institut d'études politiques de Toulouse, Toulouse, 1984; *Le Khanal-Khalili: un centre commercial et artisanal au Caire du XIII^e au XX^e siècle*, Institut Français d'Archéologie Orientale, Cairo, 1999; A. RAYMOND, *Les grands waqfs et l'organisation de l'espace urbain à Alep et au Caire à l'époque ottomane (XVI^e - XVIII^e siècles)*, in *Bulletin d'Etudes Orientales* (Beo), 31 (1980), pp. 113-128; R. Deguilhem (ed.), *Le waqf dans l'espace islamique. Outil de pouvoir socio-économique*, Ifea, Damascus, 1995.

¹⁴ F.Th. ZARCONI, *Vakf et confréries religieuses à l'époque moderne: l'influence de la réforme des vakf sur la sociabilité et la doctrine mystique*, in F. BILICI, *Le Waqf dans le monde musulman contemporain (XIX-XX siècles). Fonctions sociales, économiques et politiques*, Atti del convegno (Istanbul, 1992), Ifea, Istanbul, 1994, pp. 237-248.

¹⁵ U. Ascoli, C. Ranci (a cura di), *Il Welfare Mix in Europa*, Roma, Carocci, 2003; A.M. BATTISTI, *Welfare e no profit in Europa. Profili comparati*, Giappichelli, Torino, 2013.

¹⁶ Questa crisi di personale religioso non sembra affliggere l'islam, per molteplici ragioni che andrebbero esaminate in uno specifico studio, mentre, ad esempio, gli ospedali cattolici in Italia denunciano una crescente carenza di risorse e lamentano l'assenza di personale religioso dovuta alla crisi delle vocazioni. In questa situazione il



In questo compito le confessioni religiose si cimentano con determinazione, convinte come sono non solo del valore caritatevole dei loro atti, conclamato dalle rispettive dottrine religiose professate, ma coscienti del fatto che il servizio prestato non crea solo una dipendenza economica, ma anche un naturale rapporto di gratitudine e rinsalda il legame di affiliazione dei fedeli alla confessione¹⁷. Si finisce così per creare un reticolo d'interessi che caratterizza in senso consociativo l'assetto sociale, producendo una segmentazione delle popolazioni in tanti *zuil* che non tardano a strutturarsi in *stroming*¹⁸, rompendo la ricomposizione unitaria del tessuto sociale prodottasi quando a gestire i servizi sociali era lo Stato, attraverso l'erogazione di servizi di welfare diretti *erga omnes*, caratterizzati dalla laicità e nel rispetto dei diritti di libertà religiosa della persona¹⁹. Così lo Stato si ritrae, e quando ancora mantiene un intervento diretto nell'erogazione

Pontefice con un rescritto del 7 dicembre 2015 «acquisite le opportune informazioni relative alle particolari difficoltà delle persone giuridiche pubbliche della Chiesa operanti nel settore sanitario - si legge nel rescritto - allo scopo di contribuire alla più efficace gestione delle attività e alla conservazione dei beni mantenendo e promuovendo il carisma dei fondatori e fino a che non venga diversamente disposto, ha conferito mandato al Segretario di Stato di istituire un'apposita Commissione Speciale, chiamata "Pontificia Commissione per le attività del settore sanitario delle persone giuridiche pubbliche della Chiesa"». La Commissione avrà un regolamento proprio e saranno applicati «i principi e le norme stabiliti nella Costituzione *Apostolica Pastor bonus* e nel Regolamento Generale della Curia Romana, in quanto applicabili e non incompatibili». Essa dovrà tra l'altro formulare proposte "per la risoluzione delle situazioni di crisi in funzione delle risultanze dello studio più generale e attivando tutte le risorse possibili in collaborazione con i responsabili delle persone giuridiche pubbliche interessate". Infine dovrà studiare e proporre "nuovi modelli operativi per le persone giuridiche pubbliche operanti nel settore sanitario, in grado di attuare il carisma originario nel contesto attuale".

Analoghe considerazioni possono essere fatte per le scuole cattoliche operanti in Italia, le quali si sono viste richiedere, come è giusto che sia, il pagamento dell'ICI-IMU per le loro attività di fatto imprenditoriali. Vedi Cassazione, sentenze n. 14225 del 2015 e n. 14226 del 2015. Esse lamentano un perenne stato di crisi malgrado i copiosi e costanti finanziamenti pubblici, erogati in base a leggi regionali e statali di dubbia costituzionalità.

¹⁷ F. BOTTI, *La transizione dell'Est Europa verso la libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 31/2013, p. 22 ss.

¹⁸ G. CIMBALO, *I rapporti finanziari tra Stato e Confessioni religiose nei Paesi Bassi*, Giuffrè, Milano, 1989; ID., *Il consociativismo olandese alla prova della globalizzazione*, in N. Fiorita, D. Loprieno (a cura di), *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze University Press, Firenze, 2009, pp. 75-90.

¹⁹ Cfr. G. Cimbalò, J Alonso Perez (a cura di), *Federalismo regionalismo e principio di sussidiarietà*, Giappichelli, Torino, 2005; A De Oto, F Botti (a cura di), *Federalismo fiscale, principio di sussidiarietà e neutralità dei servizi sociali erogati*, II, Bup, Bologna, 2007.



del servizio, adotta la formula del servizio universale come standard per l'erogazione delle prestazioni e abbandona il concetto stesso di servizio pubblico valido per tutti, frutto delle aspirazioni ugualitarie del secolo scorso, a favore di prestazioni minime salvavita e/o essenziali, dopo di che subentra la disponibilità personale o quella collettiva della componente religiosa, associazionistica, mutualistica della quale il soggetto è parte²⁰.

In questo nuovo contesto la rinascita del *waqf* trova le condizioni ideali, sia nei paesi musulmani che in quelli nei quali si è creata con l'emigrazione e le conversioni una sempre più consistente presenza di islamici che guardano alla religione come strumento identitario e aggregativo della loro condizione sociale. Del resto negli ordinamenti statali si mettono a disposizione strumenti giuridici sempre più numerosi per la gestione del cosiddetto volontariato sociale, - quali le APS, le cooperative sociali e le ONLUS in Italia - nella consapevolezza che è necessario predisporre strumenti per la gestione di queste formazioni sociali, a sostegno del cosiddetto terzo settore, che finisce per essere una vera e propria categoria economica, necessaria e utile per espandere le possibilità di svolgere attività che producono profitti²¹.

Da qui il riproporsi del *waqf* come strumento naturale, proprio del diritto islamico, per la gestione di queste esigenze, nella duplice funzione d'istituto attraverso il quale vengono amministrate la proprietà e le risorse finalizzate alla gestione e all'attività di un edificio di culto e al tempo stesso strumento attraverso il quale si provvede alla gestione di attività caritatevoli dedicate ai musulmani, la cui disciplina giuridica è ben delineata dal diritto islamico, in modo peraltro compatibile con quella che regola l'attività di enti ecclesiastici nel nostro ordinamento, in stretto collegamento con il diritto canonico²².

²⁰ Sul punto vedi: **G. CIMBALO**, *Solidarietà, partecipazione e convivenza nella diversità nello spazio europeo*, in A. Castro Jover (a cura di), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad. Un estudio comparado entre Alemania, España, Francia y Italia*, Tricase (LE), Libellula, 2015.

²¹ **M.C. FOLLIERO**, *Enti religiosi e non profit tra welfare state e welfare community. La transizione*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*; **M. MORGANTI**, *Non Profit: produttività e benessere*, Franco Angeli, Milano, 1998; **G. D'ANGELO**, *Principio di sussidiarietà ed enti confessionali*, Esi, Napoli, 2003, in particolare pp. 47-53; **B. GUO**, *Charity for profit? Un'esplorazione dei fattori associati alla commercializzazione dei servizi non profit alla persona* (trad. it. di A. Maturo), in *Salute e Società*, anno V, 1/2006, *Del non profit sociosanitario*, pp. 227-243; A. Scialdone (a cura di), *Regole della reciprocità. L'impatto della nuova disciplina dell'impresa sociale*, Isfol, Società editoriale Vita, Milano, 2005.

²² Questo tipo d'istituti è peraltro perfettamente compatibile con la struttura del *charitable trust* nel diritto anglosassone. Tali analogie sono state rilevate fin dalla prima



L'utilizzazione nel nostro Paese del *waqf* come strumento giuridico, con una disciplina assimilabile a quella degli enti ecclesiastici della Chiesa cattolica – rispetto ai quali molte sono le similitudini, come avremo modo di vedere - coprirebbe dunque un vuoto normativo difficilmente colmabile attraverso la faticosa ricerca di costruirne uno nuovo, idoneo alla gestione degli edifici di culto islamici, che per alcuni studiosi sembra non esserci nel nostro ordinamento²³.

Ne vale rilevare che il *waqf* costituisce anche una struttura idonea a erogare servizi alla persona e di pubblica utilità. Si tratta, infatti, di compiti che l'associazionismo islamico già oggi svolge in Italia, attraverso associazioni culturali o nelle maglie di enti quali le APS, le ONLUS, le cooperative sociali, al pari della Chiesa cattolica, trovando la strada per gestire per questa via anche attività caritatevoli²⁴.

Propedeutica a queste scelte è l'esame del *waqf* come istituto giuridico nel diritto islamico, come ci apprestiamo a fare. Nel prendere in esame la dottrina islamica relativa alla disciplina giuridica a riguardo, abbiamo scelto di tenere principalmente conto degli studi redatti nella prima metà dell'ultimo secolo, in quanto riteniamo che questa sia l'elaborazione attualmente più completa e moderna dalla quale partire per verificare le modalità di utilizzo del *waqf* e perché all'epoca anche gli studiosi del diritto italiano dedicarono grande attenzione allo studio dell'istituto²⁵.

metà del secolo scorso dall'illustre studioso di diritto bizantino e musulmano **A. D'EMILIA**, *Per una comparazione tra le pie cause, il charitable trust nel diritto inglese e il waqf kayri nel diritto musulmano* in *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, pp. 237-275, Il perdurare delle comuni caratteristiche tra i tre istituti andrebbe oggi verificato: si veda sul punto: **J. DOLLIMORE**, *Legislative Comment – The Charities Act 2006: Part 1, 2 Private Client Business*, Sweet & Maxwell, London, 2007; **M. FERRANTI**, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie e testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008.

²³ **P. FLORIS**, *Comunità islamiche e lacune normative. L'ente che non c'è: l'associazione con fine di religione e di culto*, in C. Cardia, G. Dalla Torre (a cura di), *Comunità islamiche in Italia. Identità e forme giuridiche*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 75-96.

²⁴ **E. CAMASSA**, *Caratteristiche e modelli organizzativi dell'islam a livello locale: tra frammentarietà e mimetismo giuridico*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 123-148; **F. OLIOSI**, *La questione dei luoghi di culto islamici nell'ordinamento italiano; alla ricerca di un porto sicuro*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 175-209; **J. PACINI**, *Le relazioni dei centri islamici con enti ed istituzioni locali*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 245-268; **F.S. DALBA**, *Forme e modalità di finanziamento delle associazioni confessionali islamiche in Italia*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 299-333; **S. ANGELETTI**, *Le attività delle comunità islamiche a livello locale. Alcune considerazioni alla luce dei risultati della ricerca*, in *Comunità islamiche in Italia*, cit., pp. 149-173.

²⁵ Un caso a parte è costituito dal Centre Français des Fonds et Fondations, voluto nel 2013 dal Primo Ministro Dominique de Villepin e dal Presidente della Repubblica



Va rilevato che oggi nei paesi d'immigrazione, la moschea - letteralmente «luogo in cui ci si prostra», dal verbo *sağada*, «prostrarsi», in direzione della Mecca - svolge fundamentalmente tre funzioni: spirituale, simbolica e sociale. Premesso che di moschee vere e proprie, costruite nel rispetto dei codici architettonici musulmani, in Italia ce ne sono solo sei, spesso finanziate da paesi arabo-musulmani, per esercitare il culto vengono utilizzate solitamente sale di preghiera, realizzate in locali di uso comune, acquistati o presi in affitto dai residenti musulmani e ristrutturati per farne un luogo in cui pregare collettivamente soprattutto il venerdì (circa 700). Queste strutture acquistano per la comunità musulmana e per le popolazioni autoctone un valore altamente simbolico, poiché intorno a esse si definisce un territorio “marcato islamicamente” che rende visibile l’islam nello spazio pubblico, divenendo il fulcro delle battaglie simboliche intorno all’islam dei suoi fautori come dei suoi oppositori. Nei fatti la gestione di queste strutture è affidata agli uomini adulti, i padri di famiglia, per tradizione incaricati della gestione pubblica del fatto religioso, che in esse si incontrano anche per parlare di affari, scambiarsi consigli, andare incontro ai bisogni delle famiglie più in difficoltà, confortati dall’applicazione di codici familiari che si contrappongono all’esterno spesso ostile. La gestione di questi spazi è perlopiù autonoma. Costoro si costituiscono in un “comitato di moschea” e scelgono un imam il quale può svolgere anche il ruolo di predicatore in occasione della *hutba*, il sermone del venerdì, e di maestro della scuola coranica, se c’è. Il comitato nomina anche il responsabile amministrativo, il *moqaddem*, il quale si occupa della tesoreria e della gestione pratica della moschea. Le spese sono sostenute dai membri stessi che contribuiscono attraverso una quota, in genere, in base alla disponibilità economica di ognuno. Anche ai fini di consentire la trasparenza nel reperimento e gestione delle risorse, sarebbe - a nostro avviso - conveniente dare a costoro la possibilità di formalizzare la costituzione di un *waqf* avente come scopo la gestione di queste strutture²⁶.

Jacques Chirac con un obiettivo chiaro: effettuare in modo trasparente la raccolta di fondi destinati alla costruzione delle moschee, monitorando i flussi di denaro sia interni che provenienti dall'estero. Si veda lo Statuto dell’ente pubblicato sul *Journal Officiel* 13 juillet 2013, n°. 20130028.

²⁶ In questa direzione sembra andare anche l’ordinamento spagnolo. Vedi a riguardo: Ministerio de Sanidad y Política Social, *Orden SAS/1556/2010, de 26 de mayo, por la que se clasifica la Fundación Islámica en España, Convivencia e Integración y se inscribe en el Registro de Fundaciones*, BOE núm. 144, de 14 de junio de 2010, pp. 50842-50843.

«La Fundación persigue los siguientes fines de interés general:
Defensa de los Derechos Humanos.



Siamo consapevoli che consentire l'istituzione di *waqf* nel nostro ordinamento²⁷ può costituire – soprattutto a causa delle sue potenzialità come soggetto erogatore di servizi rivolti alla comunità musulmana - un pericolo per la laicità dello Stato e della società e per la tutela della libertà di pensiero, ma avere a cura la laicità dello Stato comporta anche accordare un eguale trattamento a tutte le confessioni religiose e, quindi, non si può negare ai musulmani ciò che ad altri – come ai cattolici - con analoghi o simili strumenti è consentito.

Ai laici non resta che accettare la sfida, nella consapevolezza che i rischi sono comuni a quelli che derivano dalla tendenza in atto alla privatizzazione dei servizi alle persone e dall'affidamento di essi alle confessioni religiose attraverso sistemi di convenzione, di facilitazione fiscale, di larga applicazione del principio di sussidiarietà, di "appalto", quando non di delega, nella gestione di servizi pubblici. A rischio è la neutralità del servizio erogato, l'appesantimento economico della prestazione attraverso l'introduzione del profitto tra i costi del servizio, magari accompagnato da un ritorno di carattere confessionale assicurato dal proselitismo.

Defensa y fomento de los valores constitucionales y principios democráticos, con especial atención a los valores de la convivencia, integración y solidaridad, entre los miembros de la comunidad islámica residente en España y el resto de la sociedad española.

Asistencia social e inclusión social de sectores sociales de población desfavorecidos, con especial atención a los miembros de la comunidad islámica española.

Fomento de la tolerancia, convivencia e integración entre las distintas creencias religiosas que conviven en España.

Promover valores de solidaridad, caridad y acción social entre los inmigrantes musulmanes y el resto de la comunidad islámica de España.

Impulsar la religión y cultura islámica en España.

Séptimo.–Todo lo relativo al gobierno y gestión de la Fundación, queda recogido en los Estatutos por los que se rige, constando expresamente el carácter gratuito de los cargos del Patronato, estando obligado, dicho órgano de gobierno, a la presentación de las cuentas y del plan de actuación anuales ante el Protectorado ».

²⁷ Ferma restando la necessità di rivisitare organicamente la complessa disciplina relativa agli edifici di culto - sul punto vedi da ultimo: **F. BOTTI**, *Edifici di culto e loro pertinenze, consumo del territorio e spending review*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, cit., n. 27/2014 - si potrebbe ipotizzare a seguito di un'intesa l'emanazione di una specifica legge, come è avvenuto per la L. n. 222 del 1985, che si occupi degli enti ecclesiastici islamici. Tale richiesta non compare nelle bozze predisposte con l'associazionismo islamico poiché, a nostro avviso, essa sottoporrebbe a una "eccessiva regolamentazione" un'attività che le diverse componenti dell'islam italiano vogliono invece lasciare nell'indeterminatezza, preferendo in questa fase di insediamento in Italia una completa libertà di azione, impegnate come sono ad assumere la leadership dell'islamismo italiano. Da parte sua lo Stato sembra temere una eccessiva assimilazione normativa al trattamento accordato alla Chiesa cattolica.



Si dà vita così alla costruzione di una società segmentata per appartenenze confessionali nella quale la collocazione religiosa della persona fa la differenza nel godimento dei diritti. A poco servono i controlli, le limitazioni, le condizioni che possono essere imposte, quando la struttura del servizio poggia sulla volontà, la disponibilità e le risorse del privato erogatore confessionale della prestazione. A rendere più grave la situazione c'è il fatto che non siamo di fronte alla tendenza di un singolo ordinamento, ma è tutta l'Unione Europea a spingere in questa direzione²⁸.

Così il sacro rinasce, spinto dai bisogni materiali più che da esigenze spirituali, ma è questa la sfida che ogni laico deve accettare, ricordando che nessuna conquista può mai dirsi definitiva e che la storia non si sviluppa sempre nella direzione del progresso e dell'affrancamento dalle schiavitù, ma è fatta anche di ritorni indietro. Sta agli uomini e alle donne saper creare le condizioni strutturali ed economiche per la libertà dipende dalla loro volontà, dalla loro perseveranza, dalla ragione, acquisire la consapevolezza che solo la libertà dal bisogno ci rende liberi.

2 - La concezione della ricchezza nel mondo musulmano

Il sistema economico islamico è fondato su due principi cardine: il riconoscimento della signoria divina sul creato e sulle ricchezze e la responsabilità dell'uomo di fronte a Dio e alla comunità. Secondo la *Šarī'a*, la ricchezza è un mezzo per servire Allah tramite il sostentamento dei poveri e l'assistenza dei deboli²⁹. Le attività economiche devono essere ispirate ai valori dell'onestà e della giustizia e il denaro utilizzato come mezzo e non come fine, così che il perseguimento di un interesse personale non arrechi danno all'interesse pubblico, compromettendo l'equilibrio della comunità dei credenti: ogni comportamento economico pregiudizievole nei confronti di altri è ritenuto illecito eticamente e proibito giuridicamente.

Recita il Corano: "Tutti i beni che vi sono stati concessi non sono che un prestito di questa vita, un ornamento per essa, mentre quello che

²⁸ G. CIMBALO, *I poteri locali e il ruolo delle città nella costruzione dell'unità europea*, in A. Casto Jover (a cura di), *Diversidad religiosa y gobierno local. Marco jurídico y modelos de intervención en España y en Italia*, pp.13-51, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2013; ID., *Solidarietà, partecipazione e convivenza nella diversità nello spazio europeo*, in A. Casto Jover (a cura di), *Asistencia social, participación y reconocimiento de la diversidad*, cit.

²⁹ ABU-L-BARAKAT, *Il ruolo del waqf nello sviluppo socio-economico dell'Islam*, pubblicato on-line su www.abulbarakat.wordpress.com [consultato il 30 settembre 2015].



è presso da Allah è migliore e duraturo. Non comprendete dunque?" (Corano XXVIII. Al-Qasas, 60). Nello stesso modo Allah rivolgendosi al Profeta Muhammad, dice: "Non volgere lo sguardo ai beni effimeri che abbiamo concesso ad alcuni di loro per metterli alla prova. Il compenso del tuo Signore è certamente migliore e più duraturo" (Corano XX. Ta-Ha, 131).

Utilizzando il termine "compenso", in questo passo, non ci si riferisce solo al Paradiso al quale si potrà accedere dopo la morte, ma anche al benessere nella vita terrena. Muhammad, tramite la *Sunna*, insegnò ai suoi seguaci la necessità di lavorare, costruire, investire in una vita degna, così da poter raggiungere l'aldilà, in quanto la ricchezza è un semplice strumento per il raggiungimento della felicità eterna. Dunque la ricchezza e le proprietà private sono la base dell'economia e della vita dei membri della società³⁰. L'islam ritiene di avere nella sua dottrina prescrizioni per far sì che ogni fedele viva una vita dignitosa in cui possa assicurare, per se e per i suoi, mediante una attività lecita che lo renda felice in questo mondo, una collocazione idonea nell'aldilà.

Per raggiungere questo scopo gli appartenenti all'Islam non devono praticare l'usura e l'interesse usurario,³¹ perché queste pratiche mortificano gli sforzi degli uomini e configurano un impossessamento di beni altrui senza compenso; l'usura contribuisce alla diffusione della malvagità tra la gente e conferisce il monopolio delle ricchezze nelle mani di una categoria di persone che si arricchiscono a scapito degli altri componenti della società. Allah dice:

"O voi che credete, temete Allah e rinunciate ai profitti dell'usura se siete credenti. Se non lo farete vi è dichiarata guerra da parte di Allah e del Suo Messaggero; se vi pentirete, conserverete il vostro patrimonio. Non fate torto e non subirete torto" (Sura 2, v. 278-279).

L'islam esorta a contrattare prestiti per cancellare l'usura in tutti i suoi modi. Il Profeta disse: "Chi presta a un musulmano un dirham due volte avrà la retribuzione di chi li avesse dati in elemosina." (Abu Yaala, n. 5030).

L'islam prescrive di rimandare la scadenza della restituzione del prestito per chi è in difficoltà, specie se il debitore è affidabile e fa di

³⁰ A. IBN ABDUL KARIM AL-SHEHA, *Pregiudizi correnti sui diritti dell'uomo nell'Islam*, Sub Hanaka-Hallaumma, pp. 30-31.

³¹ Per maggiori informazioni sul divieto di usura nell'Islam vedi M. IBN ANAS, *al Muwatta. Manuale di legge islamica* (a cura di R. Tottoli, trad. it. di R. Tottoli), Einaudi, Torino, 2011.



tutto per sdebitarsi. Allah, infatti, dice: (Sura 2, v. 280) "Chi è nelle difficoltà, abbia una dilazione fino a che si risollevi. Ma è meglio per voi se rimetterete il debito, se solo lo sapeste!" Il Profeta disse da parte sua "Chi rimanda la scadenza di un debito a uno in difficoltà, Allah gli farà ombra il giorno del giudizio" (Muslim, n. 3006).

L'islam vieta la cupidigia e il monopolio sotto ogni forma,³² perché chi monopolizza una merce o un prodotto s'impadronisce delle derrate di cui hanno bisogno i musulmani e poi fissa il prezzo di vendita che egli vuole, danneggia tutta la comunità. Il Profeta disse: "Chi monopolizza un prodotto o una merce commette un reato, vale a dire commette un peccato." (Muslim, n. 1605) Chi viola il divieto deve essere costretto a vendere la merce posseduta in regime di monopolio a un prezzo ragionevole; se non lo fa spontaneamente deve essere costretto a farlo con l'intervento dello Stato. Da questi principi derivano alcuni precetti in ambito economico quale, ad esempio, la proibizione dell'interesse, *ribā* (in arabo), che devono essere tenuti in considerazione anche nella costituzione e amministrazione di un *waqf*.

L'islam condivide la nozione di bene comune, prova ne sia che viene fatto divieto di impossessarsi di tutto quello che costituisce una necessità generale, come le risorse dell'acqua o i pascoli pubblici, impedendo che la gente se ne serva o solo alcuni ne traggano profitto. Il Profeta disse:

«Tre sono coloro che Allah non guarderà e a cui non parlerà il Giorno del Giudizio: chi ha fatto un falso giuramento sul prezzo di una merce più alto di quello che gli si dava; chi giura falsamente dopo la preghiera dell'*Asr* per appropriarsi di una parte del bene di un musulmano; e colui che rifiuta di offrire o dare dell'acqua che ha in eccesso; Allah gli dirà allora: "Oggi ti rifiuto quello che avanza perché prima hai rifiutato quello che ti avanzava e che non avevi nemmeno prodotto"» (Bukhari, n. 2240)³³.

L'islam vieta la tesaurizzazione dei beni e del denaro senza che ne sia prelevata la parte dovuta ad Allah; lo vieta perché queste somme e beni vengono sottratti all'economia e non sono fatti circolare per l'utilità dei singoli e della comunità. In proposito Allah dice:

"O voi che credete, molti dottori e monaci divorano i beni altrui, senza diritto alcuno, e distolgono dalla causa di Allah. Annuncia a

³² Per approfondire l'argomento del monopolio nel diritto islamico vedi **H. KUNG**, *Perché un'etica mondiale? Religione ed etica in tempi di globalizzazione*, trad. it. di G. Moretto, Queriniana, Brescia, 2004.

³³ **AL-BUKHARI**, *Sahih*, trad. ing. di M. Muhsin Khan, *Fath al-Bari*, Dar-us-Salam, 1959.



coloro che accumulano l'oro e l'argento e non spendono per la causa di Allah un doloroso castigo." (Sura 9, v. 34).

L'islam vieta la frode sulla misura e sul peso e la considera una forma di furto, d'inganno e di tradimento³⁴. Allah dice: "Guai ai frodatori, che quando comprano esigono colma la misura, ma quando sono loro a misurare o a pesare, truffano." (Sura 83, v. 1-3)

Il sistema dell'eredità fatto proprio dall'islam distribuisce il patrimonio tra i successori secondo la vicinanza parentale e secondo l'utilità³⁵. Nessuno ha diritto di dividere l'eredità secondo le sue passioni personali. Tra i vantaggi del sistema islamico di eredità vi è quello di consentire la frantumazione dei beni in piccole proprietà, in modo da ostacolare la concentrazione dei capitali tra le mani di un piccolo gruppo. Il Profeta disse: "Allah ha dato a ognuno quello che gli spetta e non vi è bisogno di testamento per un erede" (Abu Daud, n. 2870) Il sistema testamentario nell'islam prescrive che il fedele può lasciare per testamento una parte della sua eredità, destinandola a opere di beneficenza e di carità, ma stabilisce che tale porzione dell'eredità non debba superare il terzo dei beni, al fine di non danneggiare gli eredi del defunto³⁶.

Questa prescrizione ha il fine di assicurare la protezione della ricchezza e dei beni personali dell'individuo. A tal proposito si può citare l'*hadit* n. 6043 trasmesso da Bukhari, che dice: "In verità, il vostro sangue, i vostri beni protetti in questa vita e la vostra ricchezza sono inviolabili da parte di un'altra persona ..." ³⁷. Dunque, così come ha

³⁴ Per ulteriori informazioni sul concetto di frode diffuso nei paesi musulmani vedi **A. PARVIZI**, *The greater Middle East in global politics: social science perspectives on the changing geography of the world politics*, Leiden, Boston, Brill, 2007.

³⁵ Per un approfondimento sulla disciplina dettata dal diritto musulmano in materia di successioni e atti di ultima volontà vedi **F. CASTRO**, *Diritto musulmano*, in *Digesto nelle discipline privatistiche, Sezione civile*, Utet, Torino, 1994, vol. 6, p. 309; **ID.**, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 60-61.

³⁶ Amr Ibn Saad riferisce: «Il Profeta venne a rendermi visita essendo ammalato a Mecca, gli dissi: "Ho del denaro, posso disporlo tutto in beneficenza?" Mi disse "No!" "Allora la metà", gli dissi. Mi disse ancora "No". Dissi allora: "Allora un terzo". Mi disse "Un terzo e un terzo è anche troppo; meglio lasciare ricchi i tuoi eredi, invece di lasciarli poveri costretti a chiedere l'elemosina; ogni spesa che fai è una carità per te non fosse altro che un boccone che metti in bocca a tua moglie; può darsi che Allah ti ridia la salute: sarà a favore di alcuni e a scapito di altri» (Bukhari n. 1233) **AL-BUKHARI**, *Sahih*, cit.

³⁷ E il Corano: "O voi che credete, non divorate vicendevolmente i vostri beni, ma commerciate con mutuo consenso ..." (Corano IV, An-Nisa, 29). Infine si può citare un interessante *hadit* riportato da Musulim e riferito da Abu Hurayra: «una persona andò dal Profeta e chiese: "O Messaggero di Allah, se vedo che un uomo viene per rubare i miei averi, cosa devo fare?". Il Profeta rispose: "Non lasciarglieli prendere". L'uomo



ordinato all'uomo di proteggere le proprie ricchezze, l'islam ha imposto ai credenti l'obbligo di proteggere la ricchezza del debole, infatti, Allah ha promesso a chi possiede ricchezza e non rispetta il diritto dei poveri e dei bisognosi, come da Lui comandato, che riceverà una severa punizione il Giorno della Resurrezione, come indicato nel Libro Sacro: "... Annuncio a coloro che accumulano l'oro e l'argento e non spendono per la causa di Allah un doloroso castigo" (Corano, Sura 9, v. 34)³⁸.

Per capire le ragioni che spinsero l'islam ad adottare questa dettagliata regolamentazione del debito e della gestione delle ricchezze bisogna tenere conto che la predicazione del Profeta si rivolgeva a un contesto sociale nel quale numerosa e influente era la componente ebraica. Gli ebrei dell'epoca celebravano rigidamente non solo il riposo sabatico, ma anche la remissione dei debiti e l'anno sabatico. Per gli ebrei ogni sette anni i debiti, contratti mettendo in gioco la propria libertà e pagati offrendosi in schiavo del creditore, dovevano essere rimessi, al fine di ripristinare in qualche modo l'uguaglianza sociale. Ciò rispondeva al fatto che anche lo sfruttamento agricolo del suolo ogni sette anni doveva riposare, sia pure a rotazione, perché i poveri e gli animali potessero liberamente cibarsi di ciò che esso comunque produceva. Questa disposizione – nata probabilmente per permettere una rotazione delle coltivazioni ai fini di un miglior rendimento dei suoli – finì per risultare gravosa e si trasformò nell'anno sabatico: il riposo della terra avveniva perciò ogni sette anni. Con l'andare del tempo anche questo uso dovette sembrare eccessivo e si ricorse al Giubileo, in modo da spostare questa pratica a una cadenza di 50 anni³⁹. Nella penisola arabica, all'epoca della predicazione del Profeta, la pratica sembra essere stata quella del riposo ogni sette anni che coincideva con la remissione dei debiti⁴⁰. Anche i cristiani praticavano

chiese: "E se mi attacca per prenderli?". Il Profeta rispose: "Combattilo". L'uomo chiese ancora: "E se mi uccide?". "Allora sarai un martire". L'uomo domandò: "E se io ammazzo lui?". "Lui andrà all'Inferno"». **AL-BUKHARI**, *Sahih*, cit.

³⁸ **A. IBN ABDUL KARIM AL-SHEHA**, *Pregiudizi correnti sui diritti dell'uomo nell'Islam*, cit., p. 56.

³⁹ Così scrive Mosè nel Levitico: "Dichiarerete santo il cinquantesimo anno e proclamerete la liberazione nel Paese per tutti i suoi abitanti. Sarà per voi un giubileo; ognuno di voi tornerà nella sua proprietà e nella sua famiglia. Il cinquantesimo anno sarà per voi un giubileo; non farete né semina, né mietitura di quanto i campi produrranno da sé, Né farete la vendemmia delle vigne non potate. Poiché è il giubileo, esso vi sarà sacro; potrete però mangiare il prodotto che daranno i campi. In quest'anno del giubileo, ciascuno tornerà in possesso del suo". (Bibbia, Lv., 25. 1. 8-17).

⁴⁰ **R. NORTH S.J.**, *The Sociology of the Biblical Jubilee (Lev.25)*, Roma, Pontificio Istituto Biblico, 1954.



la remissione dei debiti ma sotto forma di remissione dei peccati, e dunque per il cristianesimo la pratica aveva perso ogni valore economico e sociale. La dimensione spirituale della remissione risultava dunque più conveniente per chi volesse sfuggire agli obblighi sociali.

L'islam adottò una soluzione che potremmo definire mediana, ma che attraverso la condanna dell'usura, riportava i rapporti economici su un piano di correttezza e attraverso la regolamentazione dell'eredità mirava a mantenere una relativa distribuzione equa delle ricchezze, mantenendo integro l'asse ereditario familiare. Ciò non bastava a restituire al sistema sociale una componente di equità a testimonianza della benevolenza di Allah verso tutti gli uomini e allora si ricorse all'intervento diretto della religione attraverso l'individuazione di un sistema di tassazione, reso ben accetto ai fedeli, in quanto presentato come richiesto, attraverso la rivelazione, direttamente da Allah.

Da questa esigenza nasce la *zakat*⁴¹ che è uno dei pilastri dell'Islam; essa è pagata in base a una percentuale fissa (2,5%) della ricchezza accumulata e posseduta per un intero anno. I musulmani devono offrire spontaneamente l'importo dovuto come segno che *riguarda tutti ma si rivolge ai più ricchi, a coloro che hanno accumulato lecitamente i loro beni*. La *zakat* è obbligatoria per coloro il cui patrimonio raggiunge la soglia minima necessaria⁴².

La *zakat* è prescritta secondo i seguenti principi e condizioni:

1. l'obbligo di pagare la *zakat* sussiste solo per la persona che possiede il "*nisab*" (un determinato livello di ricchezza, come indicato dalla *Šarī'a*), che deve essere al netto delle necessità di base della persona pagante, in altre parole: costo del cibo, dell'abitazione, del trasporto e di un abbigliamento adeguati;

2. la persona che paga la *zakat* deve aver posseduto l'importo pari al *nisab* per un periodo di un anno e deve poter soddisfare i suoi bisogni essenziali. Il pagamento della *zakat* non è richiesto se il periodo di *nisab* è inferiore a un anno.

L'islam indica le categorie di persone autorizzate a ricevere la *zakat*, basandosi sul Corano:

"Le elemosine sono per i bisognosi, per i poveri, per quelli incaricati di raccoglierle, per quelli di cui bisogna conquistarsi i

⁴¹ Per ulteriori notizie sulla *zakat* vedi la voce *Zakat*, in *Encyclopédie de l'Islam*, Leiden, 2003, vol. XI, p. 441; F. CASTRO, *Diritto musulmano*, cit., vol. 6, pp. 295 ss.; G. VERCELLIN, *Istituzione del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 97-98, 220-221.

⁴² Vedi Corano, Sura 9 – V. 103; Sura 2 – V. 267; Sura 2 – V. 110; Sura 9 – V. 60; Sura 98 – V. 5.



cuori, per il riscatto degli schiavi, per quelli pesantemente indebitati, per la lotta sul sentiero di Allah e per il viandante. Decreto di Allah! Allah è saggio e sapiente” (Sura 9, v. 60).

Ancora una volta è il caso di evidenziare i tratti comuni con l’ebraismo. La cadenza per il calcolo della *zakat* è annuale, come avveniva per l’ebraismo relativamente al riposo ed essa non incide sui beni essenziali alla vita e al sostentamento. Se un musulmano nega il pagamento della *zakat*, è dichiarato miscredente. Nel Corano Allah avverte: chi rifiuta di versare la propria parte di *zakat* riceverà una punizione severa:

“Coloro che sono avari di quello che Allah ha concesso loro nella Sua Grazia, non credano che ciò sia un bene per loro. Al contrario è un male: presto, nel Giorno del Giudizio, porteranno appeso al collo ciò di cui furono avari. Ad Allah l’eredità dei cieli e della terra; e Allah è ben informato di quello che fate” (Sura 3, v. 180).

Inoltre, se il musulmano rifiuta apertamente e pubblicamente di versare quanto dovuto ai bisognosi, colui che governa il territorio ha l’obbligo di combatterlo fino a quando egli non paghi la somma richiesta. Questa prescrizione è motivata dal fatto che il rifiuto di pagare la *zakat* va a danno della gente bisognosa e povera della società islamica cui spetta questo diritto⁴³.

Il previsto intervento dello Stato per la riscossione della *zakat* costituisce un'altra delle peculiarità della dottrina islamica. La *zakat* è una tassa individuale che, in quanto tale, ha bisogno di una gestione diretta dei privati. Questa molteplicità di uso dei proventi della *zakat* spiega perché si è deciso in molti Paesi islamici di corrisponderla direttamente allo Stato e di affidarla alla sua gestione.

La *zakat* non può essere usata per costruire moschee, seppellire i defunti, o per cancellare il debito del defunto. Per soddisfare queste esigenze il diritto islamico ricorre all’istituto del *waqf* o *hubus*, costituito grazie a legati e donazioni, che ha un ruolo centrale nella comunità islamica, poiché ridistribuisce equamente le ricchezze, aiuta i bisognosi, assiste i poveri, assicura l’ordine pubblico, protegge i credenti e garantisce quello che oggi si può chiamare welfare all’interno dell’Ummah islamica. Infatti, attraverso di esso si può aiutare il povero perché non sia costretto a rubare, si può curare il malato, si può educare la popolazione, insegnando la scienza, la tecnologia e la disciplina.

Nel diritto italiano l’istituto più vicino al *waqf* è la fondazione. Introducendo questo istituto nel diritto italiano sotto forma di

⁴³ A. IBN ABDUL KARIM AL-SHEHA, *Pregiudizi correnti sui diritti dell’uomo nell’Islam*, cit., p. 57.



fondazione lo Stato potrebbe verificare che le attività siano svolte secondo uno scopo predefinito, come gestire una scuola o una moschea, e non nascondono interessi di altra natura. Peraltro nella maggior parte dei Paesi islamici i beni *waqf* sono stati nazionalizzati, tanto che è stato istituito il ministero degli *Awqaf* che amministra anche le fondazioni pie a carattere religioso ovvero o *waqf* o *hubus*, nome utilizzato nei Paesi del *Maghreb*⁴⁴.

3 - Il *waqf* all'interno del sistema dei "*furu al figh*". Definizione di *waqf* o *hubus*

Un giurista non musulmano che intenda analizzare il sistema delle fonti del diritto musulmano deve operare una prima distinzione all'interno dell'*ilm al figh*, cioè della scienza del diritto musulmano, tra gli *usul al figh* e i *furu al figh*⁴⁵. Mentre gli *usul al figh* rappresentano le fonti del diritto e ricomprendono al loro interno il *Corano*⁴⁶, la *Sunna*⁴⁷, l'*igmà*⁴⁸ e

⁴⁴ Si vedano, ad esempio, le attività svolte in Marocco dal Ministère des Habous et des Affaires Islamiques: <http://habous.gov.ma/fr/affaires-islamiques-accueil.html>.

⁴⁵ F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 24 ss.

⁴⁶ Il termine *qur'ân* è un vocabolo di origine aramaica indicante sia "recitazione" o "lettura salmodiata" sia il complesso delle rivelazioni. Per quanto riguarda la sua natura, mentre per i sunniti il Corano è increato (essendo la parola un attributo di Dio), per gli sciiti e per gli ibaditi, invece, il testo sacro è creato: in tal modo essi ne negano gli attributi e dicendo che è creato evitano di mettere in discussione l'unicità di Dio.

Unanimente però si ritiene che il Corano fu rivelato a brani isolati, conservati da sempre in un archetipo celeste detto "tavola ben custodita" o "originale della scrittura". Il testo del Corano è suddiviso in 114 sure, ordinate solo per lunghezza e ogni *sura* (pl. *sawar*) si suddivide in *ayah* cioè "segno di dio" o versetto, riguardanti norme dogmatiche, norme morali, norme culturali, regole alimentari e di vestiario e infine versetti giuridici che sono 500 su 6200 (di cui solo 100 giuridici in senso stretto). F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 12 ss.

⁴⁷ *Sunna* è un termine arabo che designa il modo abituale di comportarsi, la consuetudine e anche la norma di condotta. Con l'islam il termine designa il modo di comportarsi di Muhammad nelle varie circostanze, la sua consuetudine, le sue norme di condotta consistenti in un detto o un fatto o un silenzio, in quanto uomo, la cui condotta è ispirata alla divinità, alla quale la comunità dei credenti ha attribuito efficacia normativa. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 15 ss.

⁴⁸ Il termine *igmà* è un'abbreviazione del termine *igmà' al-umma*, cioè accordo di opinione della comunità su credenze religiose, *figh* e etica: questo accordo rappresenta la verità dalla quale il credente non può lecitamente discostarsi ed è in realtà quello che è stato stabilito tra i dottori della legge, in quanto rappresentanti qualificati nella comunità in una data epoca su uno specifico argomento che rientri nel campo della *Šar'ā*. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 17 ss.



il *qiyàs*⁴⁹; con l'espressione *furu al figh* si indica l'insieme degli istituti giuridici. I *furu al figh*, a loro volta, sono suddivisi in *ibadat*, cioè le regole del culto relative al rapporto tra gli esseri umani e il Creatore e *mu'amalat*, cioè i rapporti giuridici intercorrenti tra la creatura e i suoi simili⁵⁰.

Anche le obbligazioni sono state ordinate secondo la medesima partizione: i rapporti obbligatori che investono la sostanza e implicano un'alienazione o trasferimento del dominio o possesso di un valore patrimoniale vanno distinti da quelli che consistono nel solo godimento temporaneo delle utilità che la cosa può offrire. Alle obbligazioni va aggiunta la categoria dei negozi gratuiti e di beneficenza che rimane nettamente distinta da esse, in quanto la loro causa è l'intenzione di conferire all'altra parte un beneficio. Proprio all'interno di quest'ultima categoria trova spazio la fondazione pia, nota nel diritto musulmano con il termine di *waqf* o *hubus*.

Con il termine *waqf* si indica un bene in manomorta, ossia una fondazione pia islamica il cui fine precipuo, oltre a manifestare la *pietas* del singolo, è di garantire la conservazione del bene e la sua inalienabilità; l'essenza di tale istituto consiste nel fatto che per la realizzazione dei suoi scopi viene utilizzato solo il reddito, senza intaccare il patrimonio. Il termine, nella lingua araba ha il significato di "arrestare, immobilizzare, fermare". Nei paesi del *Maghreb*, si è soliti usare, come sinonimo, il termine *hubus* la cui radice araba, analogamente alla precedente, esprime il concetto di "imprigionare, limitare (una cosa) a uno scopo determinato". In realtà, nonostante qualche dubbio sollevato in proposito, non vi è alcuna differenza di

⁴⁹ *Qiyàs* è un sostantivo arabo che significa comparazione di una cosa con un'altra. Dal punto di vista logico è il sillogismo; nell'uso comune è il ragionamento in genere; nel linguaggio tecnico-giuridico indica la deduzione per analogia, ossia l'applicazione a un caso o atto nuovo, oppure non ancora esaminato, di una delle cinque qualificazioni legali sulla base della comparazione con casi o atti che possono giudicarsi analoghi e siano già sicuramente definiti dal Corano o dalla *Sunna* o dal consenso. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 18 ss.

⁵⁰ L'ordine di trattazione dei *mu'amalat* inizia dal matrimonio nei suoi casi leciti e illeciti, prosegue con i diritti patrimoniali suddivisi in diritti reali e obbligazioni e si conclude con le successioni. Ai fini che qui ci interessano è importante ricordare che un criterio classificatorio fondamentale domina la materia dei diritti reali e quella delle obbligazioni, cioè la distinzione tra la sostanza o *raqaba* della cosa e le utilità di quest'ultima o *manfa'ah*. Da questa distinzione deriva la ripartizione dei diritti reali in diritti aventi a oggetto la sostanza della cosa, sia a titolo di proprietà che di possesso e diritti che si concretano nel godimento più o meno esteso dei vantaggi che si possono trarre dalla cosa.



contenuto tra i due termini, com'è chiaramente affermato in alcune fonti⁵¹.

Nonostante le ricordate connessioni del diritto musulmano con la religione, l'istituto in esame non è fondato sul Corano. In alcune *sure* si può solo scorgere l'incitamento fatto dal Profeta a sviluppare e diffondere nella comunità musulmana lo spirito di carità a cui l'istituto è intimamente legato. Infatti, il *waqf* è stato fin dall'inizio inteso come un lascito, spesso sotto forma di terreno o di proprietà, utilizzato a scopi caritatevoli e che garantisce una reddito continuo. È proprio per questo motivo che il Profeta ha sin dall'inizio considerato l'istituto come una forma comune di *sadaqah*⁵² che veniva comunemente detta *sadaqah jairiah*. Certamente Muhammad, e i giuristi musulmani dopo di lui, conoscevano bene l'istituto delle fondazioni pie e dovettero misurarsi con la loro esistenza via via che la conquista di territori bizantini cresceva. Ciò produsse la trasmigrazione di alcuni di questi istituti giuridici nel diritto musulmano.

Malgrado la mancata menzione nel Corano però il *waqf* è oggetto di un importante *hadit*⁵³ il quale riferisce che il profeta Muhammad disse ai suoi compagni:

“Invero le porte che accedono al paradiso sono molte: glorificare Dio, adorarlo, affermarne l'unicità e la magnificenza, accogliere il bene e il lecito ed evitare il male e l'illecito, rimuovere ogni minaccia dal nostro cammino, curare gli afflitti, guidare alla luce colui che è cieco sul cammino della propria vita, mostrare a colui che lo cerca ciò di cui ha bisogno, alleviare le sofferenze degli oppressi, sostenere il debole con la forza delle proprie braccia. Tutte queste sono forme di elemosina, e vi sono richieste come dovere”⁵⁴.

⁵¹ Nel commento di Mayyarah alla *Tuhfah*, del giurista spagnolo malikita Ibn Asim, è scritto che alcuni giureconsulti usano *hubus* e altri *waqf*, ma ambedue le espressioni sono equivalenti. Riportato da A. D'EMILIA, *Il waqf ahli secondo la dottrina di Abu Yusuf*, Milano, 1938, p. 13 ss.

⁵² La *sadaqah* è una forma di beneficenza volontaria per cui il musulmano dona una somma o bene in qualunque momento facendo proprio il valore sacro, lo sforzo verso l'uguaglianza sociale e il dovere di adoperarsi per una società più equa ed equilibrata nel distribuire ricchezze. La presenza di tale “*waqf* primitivo” destinato a individui bisognosi è evidenziata anche in S. MERVIN, *L'Islam. Fondamenti e dottrine*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, pp. 183-184.

⁵³ Il *hadit* è una fonte di cognizione della *Sunna* ed è inteso come una tradizione che riferisce un comportamento di Muhammad; costituisce il contenuto o *matn* della narrazione ed è trasmesso oralmente da una catena di trasmettitori degni di fede detta *isnād*. Così G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 57 ss.

⁵⁴ Questo *hadit* è riportato da al-Bukhari (m nel 256 H.=870 d.C.) nella sua famosa



La concezione olistica, per la quale le proprietà di un sistema non possono essere spiegate esclusivamente per il tramite delle sue componenti, consente di affermare che la beneficenza è mossa dalla convinzione che ogni individuo abbia l'insita facoltà di fare del bene, a prescindere dalla propria condizione materiale e sociale. L'istituto del *waqf* troverebbe, quindi, il proprio fondamento nella *Sunna*. Tuttavia non vi è nessuna attestazione della conoscenza di tale *hadit* da parte dei giuristi dei primi tempi dell'islam e, quindi, si potrebbe ritenere che ci si trovi di fronte a un caso di quel larghissimo fenomeno – così frequente nell'islam – che va sotto il nome di “falsificazione degli *hadith*”⁵⁵.

Sono questi i motivi che spingono a rinvenire le fondamenta del *waqf* all'interno della giurisprudenza musulmana, la quale avrebbe fortemente contribuito alla sua creazione ed elaborazione, nonché alla sua diffusione. Si può cioè affermare che la sua fonte è costituita dall'*igmà*⁵⁶.

La costituzione di *hubus* o *waqf* è dunque una liberalità o concessione gratuita di usufrutto, intesa a far opera grata a Dio (“*qurbah*”), con la peculiarità che si rinuncia solo al godimento della cosa (“*manfa'ah*”), salva restando la proprietà di cui rimane investito il costituente, secondo i Malichiti, o Dio secondo gli Hanafiti. Anche in questo istituto giuridico, dunque, si rinvia una divergenza di opinioni tra le varie scuole sunnite che riguarda appunto la titolarità della cosa donata in *waqf*⁵⁷. I Malichiti e gli Sciafiti seguono la definizione dettata da Ibn Arafah secondo cui il *hubus* è la donazione dell'utilità di una cosa per la durata della cosa stessa, con l'obbligo però che la cosa resti di proprietà del concedente. Al contrario invece gli Hanafiti ritengono che la costituzione di un *waqf* sia l'atto con cui qualcuno immobilizza una cosa, cedendone la proprietà a Dio e destinandone l'utilità o la rendita a vantaggio degli uomini⁵⁸.

In dottrina si fanno dunque varie ipotesi sull'origine del *waqf* o *hubus*. Vi è chi fa derivare questo istituto dalle regole che disciplinavano

raccolta *as-Sahih*, e si riferisce solo al primo tipo di *waqf*, cioè a quello Khayrì. **AL-BUKHARI**, *Les traditions islamiques* (trad. francese di O. Houdas, W. Marçais), II, cap. XIX, E. Leroux éditeur, Paris, 1903-1014, p. 259 ss.

⁵⁵ **M. MORAND**, *La nature juridique du habous*, in *Etudes de droit musulman algerien*, Alger, 1910.

⁵⁶ **A. D'EMILIA**, *Il waqf ahli secondo la dottrina di Abu Yusuf*, cit., pp. 2-3.

⁵⁷ Sulle caratteristiche peculiari delle diverse scuole giuridiche islamiche vedi **A. SAMI ABU-SAHLIEH**, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni* (ed. it. a cura di M. Arena), Carocci, Roma, 2008, pp. 49-79.

⁵⁸ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit. p. 413.



le *res sacrae* e le *aedes sacrae* presso i Romani e in genere dal diritto romano-bizantino⁵⁹. Tuttavia i giuristi arabi ritengono che ci si trovi di fronte a un istituto puramente musulmano, sorto completo in ogni sua parte dalla mente del Profeta che essi più propriamente definiscono *waqf Khayri*⁶⁰. Questa specificazione viene introdotta quando si vuol distinguere il *waqf* fin qui descritto dal *waqf Ahli* o familiare⁶¹. L'esistenza di questa seconda forma di *waqf* ha indotto studiosi come Sabrina Mervin ad approfondire l'analisi e a sostenere che sono rinvenibili due diverse tipologie di *waqf*, quelli di beneficenza o pubblici e quelli familiari o privati⁶².

I primi possono essere costituiti da terre o negozi che il proprietario destina a fondazioni religiose o a costruzioni di interesse pubblico, rendendoli così inalienabili. Il *waqf* familiare, invece, viene istituito per custodire il patrimonio della famiglia. Il suo reddito è assegnato ai figli o ai discendenti del donatore e, in caso di estinzione della sua stirpe, spetta ai poveri o alle fondazioni pie e sarà identificabile come un *waqf Ahli*⁶³.

⁵⁹ **A. D'EMILIA**, *Il waqf ahli secondo la dottrina di Abu Yusuf*, cit., pp. 4-5; **D. GATTESCHI**, *Real property, mortgage and waqf according to ottoman law*, in **E. CLAVEL**, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, Le Caire, 1896. Per Max Van Berchem il *waqf* deriva dal sequestro generale o immobilizzazione che colpì le terre possedute dal Profeta che, per diritto di bottino, divennero di proprietà dello Stato, senza che gli eredi di Muhammed potessero mettervi mano. M Van Berchem, G Wiet, Halil Edhem, M. Sobernheim (a cura di), *Materiaux pour un Corpus inscriptionum Arabicarum*, Institut français d'archéologie orientale, Le Caire, 1894-1930, E. Leroux éditeur, Paris, 1985, p. 12. Morand sostiene che comunque l'istituto ha subito l'influenza rilevante del diritto romano-bizantino e in particolare della legislazione che regolava le *piae causae* (**M. MORAND**, *Études de droit musulman algérien*, Alger, 1910, p. 250 ss.).

⁶⁰ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni di diritto musulmano*, cit., pp. 412-413; **IRA M. LAPIDUS**, *Le società islamiche mediorientali, Storia delle società islamiche, II, La diffusione dell'Islam*, Pbe, Torino, 1994, pp. 110-181.

⁶¹ Va detto che l'interesse si è incentrato solo sull'analisi della vicenda storica del *waqf* di beneficenza in quanto egli ritiene che il *waqf* familiare sia nato da una trasformazione della prima forma dell'istituto. **A. D'EMILIA**, *Il waqf Ahli secondo la dottrina*, cit., *passim*.

⁶² **S. MERVIN**, *L'Islam. Fondamenti e dottrine*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, pp. 183-184; **A. D'EMILIA**, *Il waqf Ahli secondo la dottrina*, cit., p. 49 ss. Per la tradizione musulmana il *waqf* si fonda su di un *hadith* riportato da al-Bukhari; per cui vi sono coloro che considerano il *waqf Khayri* come un istituto originario del diritto musulmano e quelli che tendono a vedere in esso una recezione delle *piae causae* bizantine. A sostegno delle sue asserzioni la dottrina occidentale prospetta un iter storico svolto nelle sue varie tappe, logicamente connesse fra loro, mentre la dottrina musulmana non presenta un'analogo linea di svolgimento.

⁶³ **J. SCHACHT**, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, Paris,



È del tutto evidente che siamo di fronte a due tipologie di istituti corrispondenti a due realtà del tutto distinte: probabilmente l'istituzione del *waqf* risale a due fonti diverse. Da un lato vi sono le pratiche seguite dagli arabi di Higiāz, regione nord-occidentale dell'Arabia nella quale si trovano Mecca, Medina e Ta'if e perpetuate dal Profeta e dai suoi Compagni, derivanti dall'*hadith* citato; in questo caso siamo di fronte a un istituto mutuato dai sistemi di fondazioni pie esistenti nel cristianesimo e nel giudaismo⁶⁴.

In conclusione la maggior parte degli studiosi ritiene che anche il *waqf*, come la maggior parte degli istituti islamici, sarebbe il prodotto della fusione di vari elementi di diversa provenienza che si sono amalgamati nel corso della storia dell'islam. Per questo motivo è, quindi, difficile ricostruire un quadro preciso della successione cronologica in cui l'istituto si sarebbe creato e poi diffuso nei paesi islamici.

Quelle che comunque andrebbero indagate sono le ragioni che hanno prodotto una larga diffusione dell'istituto nel mondo musulmano al punto che la maggior parte delle moschee e degli altri luoghi di culto, incluse le scuole religiose, appartengono a *waqf*. Il più delle volte, le moschee sono costruite con l'aiuto di donazioni pubbliche, su terreni di proprietà del *waqf* e non è raro che anche l'edificio, oltre al terreno, sia lasciato in *waqf* da filantropi. Per questo motivo possiamo affermare che il *waqf* è lo strumento giuridico tipico di gestione di una moschea e delle attività a essa connesse.

Potremmo poi suddividere i *waqf* in specifici e generici, a seconda della volontà espressa dal donatore: i primi sono quelli i cui proventi devono essere devoluti a uno scopo preciso, mentre i proventi dei secondi possono essere usati per qualsiasi scopo legittimo, ricordando che secondo la dottrina musulmana, il potere temporale non aveva il dovere di assistere i poveri, attività propria di ogni credente, ma di assicurare l'ordine pubblico e la difesa dello Stato⁶⁵.

Ecco perché venne creato il *waqf* che fin dalle origini divenne il principale strumento con cui, non solo sovrani e alti funzionari, ma anche ricchi commercianti e proprietari terrieri, fornivano per sé e per i propri concittadini servizi pubblici basilari. Risale, infatti, all'anno 86 dell'Egira⁶⁶ il primo ospedale islamico fondato a Damasco con lo scopo

1983, p. 28.

⁶⁴ C. CAHEN, *Reflexion sur le waqf ancien*, in *Studia Islamica*, XIV, 1961, pp. 37-56

⁶⁵ G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 318 ss.

⁶⁶ Con il termine Egira si indica la fuga del profeta Muhammad dalla Mecca in direzione di Medina. L'anno della migrazione (622) viene contato come primo giorno nel sistema di datazione islamico, in quanto a Medina Muhammad acquistò, oltre al



di curare gli ammalati di malattie croniche, come la lebbra, oppure gli affetti da cecità o in generale i poveri che non potevano permettersi un'assistenza medica. Si trattava di una struttura sanitaria che, rispetto alla maggior parte dei sistemi sanitari vigenti all'epoca nel mondo, era universale, aperta a tutti e completamente gratuita. La sua costruzione fu resa possibile proprio grazie allo strumento del *waqf*. Non va poi dimenticato che le donazioni del *waqf* venivano destinate anche all'edificazione e manutenzione di moschee dove non solo gli studenti, ma anche i rifugiati trovavano alloggio e ospitalità e dove ogni giorno si sfamavano centinaia di fedeli. Un esempio tra tutte è la Moschea di Abramo in Palestina. Un altro esempio di non poco rilievo dell'utilizzo dell'istituto quale strumento di quello che oggi si potrebbe definire welfare è l'impiego dei proventi del *waqf* per la costruzione di scuole ordinarie. Le prime scuole edificate grazie al *waqf* sorsero in Iran, Iraq, Siria ed Egitto, tra i secoli XI e XII e le donazioni *waqf* coprivano anche il salario degli insegnanti, le spese di vitto e alloggio, istruzione e abbigliamento dei ragazzi⁶⁷.

Non va inoltre dimenticato il ruolo svolto dal *waqf* per assicurare il patrimonio contro le violenze, così frequenti nel primo secolo dell'Egira, periodo denso di disordini civili e di arbitri governativi. Per sottrarvisi bastava erigere il patrimonio in fondazione pia, riservandone l'usufrutto ai propri discendenti e, all'estinguersi di questi, a un'opera pia⁶⁸. Ciò permetteva di mettere al riparo i propri beni dai rischi di

potere religioso, anche il potere politico e, in questa posizione di capo, poté concepire l'idea di un popolo islamico sciolto dagli antichi legami tribali e legato alla nuova fede. Numerose sono le biografie di Muhammad. Segnaliamo qui tre lavori in lingua italiana, di piacevole lettura anche per i non specialisti: **F. GABRIELI**, *Maometto*, De Agostini, Novara, 1989; **C. LO JACONO**, *Maometto, l'Inviato di Dio*, Edizioni Lavoro, Roma, 1995; **M. RODINSON**, *Maometto*, Einaudi, Torino, 1995.

⁶⁷ **S. MERVIN**, *L'Islam. Fondamenti e dottrine*, cit., *passim*.

⁶⁸ Le più dettagliate ed esplicite delle poche norme economiche espresse nel Corano riguardano la materia delle successioni. Seguendo regole complesse, due terzi di qualsiasi proprietà è riservato a una lista di estese parentele di entrambi i sessi, che comprende figli, genitori, coniugi, fratelli e, in alcuni casi, anche parenti più remoti. La disponibilità testamentaria di un individuo è limitata a un terzo del suo patrimonio. Ebbene il *waqf* costituisce un mezzo agevole di eludere le prescrizioni coraniche in materia di successione. Costituendo i suoi beni in fondazione a favore di uno o più discendenti, infatti, un padre di famiglia aveva modo di conservare il patrimonio nella linea maschile a detrimento delle figlie o degli eredi più remoti che il Corano aveva chiamato alla successione. Vedi: **F. CASTRO**, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 60 ss. Tale ruolo svolto da *waqf* è ricordato da diversi studiosi: **G. VERCELLIN**, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 318 ss., e ancora **D. SANTILLANA**, *Istituzioni di diritto musulmano malichita*, cit., pp. 412-451; **HOSSEIN ESMAEILI**, *The ralionship between the waqf institution of islamic law and the rule of law in*



espropriò perché i *waqf* erano considerati sacri e i governanti avevano delle remore a confiscarne i beni. In altre parole il sistema del *waqf* permise una tacita intesa tra i governanti e i loro sudditi più benestanti, in quanto i governanti si impegnavano a lasciare determinate proprietà in mani private e in cambio i fondatori di un *waqf* accettavano di erogare alcuni servizi sociali, sollevando, quindi, lo Stato dalla responsabilità di doverli fornire per guadagnarsi il consenso dei consociati⁶⁹. Pertanto il *waqf* ebbe grande importanza nello sviluppo economico delle società musulmane. Caravanserragli, bazar, depositi e altri impianti connessi direttamente al commercio e all'artigianato erano molto spesso finanziati dalle classi al potere attraverso i *waqf*.

Non vi è alcun dubbio che di tale strumento le autorità e le élites fecero un uso che fuoriusciva dagli intenti caritatevoli e solidali propri dell'islam, in quanto i *waqf* vennero spesso utilizzati al fine di rafforzare l'influenza dei proprietari originari dei beni sul popolo e di mantenere il controllo sulla massa della popolazione: quando i fondi venivano istituiti dalle dinastie regnanti, gli stanziamenti e i benefici venivano spesso assegnati a soggetti rappresentativi dei ceti abbienti⁷⁰.

Dell'esistenza del *waqf* vi è testimonianza anche nell'Arabia pre-islamica. Qui difatti il Tempio di Ka'bah e il Santuario di Taymà erano considerati come delle vere e proprie persone giuridiche, al pari dei santuari greci, che possedevano il territorio di proprietà del tempio, dove vivevano schiavi e armenti utilizzati per la consacrazione alle divinità adorate. Vi è addirittura un'iscrizione aramaica, risalente al V secolo a.C., fatta dal Re, del reddito di un palmeto a favore di un tempio a Taymà.

Con l'avvento dell'islam, il Profeta riconobbe formalmente, per il territorio della Mecca, queste consacrazioni di beni a scopo religioso. Il tempio di Ka'bah era, infatti, divenuto il maggior tempio dell'islam ed essendo tali beni utilizzati per la sua utilità, Muhammad non poteva di certo disconoscerli. Anzi, il Profeta iniziò la sua opera di proselitismo

the middle east, in E. ANN BLACK, HOSSEIN ESMAEILI, NADIRSYAH HOSEN, *Modern Perspectives on Islamic Law*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2013, nel suo saggio sottolinea i motivi dello sviluppo del *waqf* come strumento economico in Medio Oriente, evidenziando tra gli altri anche il modello qui preso in considerazione.

⁶⁹ Prende posizione sui motivi che portarono alla diffusione del *waqf*, D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., p. 412 ss.

⁷⁰ Tale funzione svolta dal *waqf*, nel favorire lo sviluppo economico da un lato e permettere alle autorità di mantenere il consenso tra la popolazione dall'altro, è evidenziata da O. PERI, *Waqf and Ottoman welfare policy. The poor kitchen of Hasseki Sultan in eighteenth-century Jerusalem*, in *Journal of Economic and Social History of the Orient*, XXXV (1992). È questo infatti uno dei primi studi che affrontano il problema del *waqf* come fenomeno non solo legale ma anche sociale.



indicando l'elemosina come uno dei pilastri della nuova religione. A dimostrazione di ciò si può riportare la sura 3 del Corano che, al versetto 86, recita: "Voi non conseguirete merito perfetto finché non avrete dato (in elemosina o per la guerra santa) una parte di quanto avete caro".

Merita poi menzione il fatto che la Palestina, la Siria e la Mesopotamia vedevano il proprio territorio ricoperto di conventi e istituti ecclesiastici la cui condizione giuridica era stata disciplinata in modo sufficientemente dettagliato dal diritto romano-bizantino. Tali edifici, a seguito dell'invasione araba, caddero in mano musulmana. Quindi, anche l'esperienza già maturata dai popoli cristiani contribuì alla diffusione del *waqf*⁷¹.

Verso la metà del primo secolo dell'Egira, quindi, l'istituto del *waqf* aveva conosciuto un largo sviluppo all'interno del mondo musulmano e più ne ebbe mano a mano che ci s'inoltra nella storia⁷².

La diffusione del *waqf* continua anche nel III e nel IV secolo dell'Egira. Una dimostrazione è data dal fatto che, nella Spagna degli Omayyadi, Al-Hakam II, donò un quarto delle terre, che aveva ricevuto

⁷¹ Entrambi questi fattori permisero la nascita di una forma privata di *waqf*, praticata anche dai Compagni del Profeta. Si trattava in particolare, come già ricordato sopra, di una specie peculiare di *sadaqah* che poteva assumere due diverse forme. Delle volte si era di fronte a un fedecommesso familiare costituito a favore dei discendenti del fondatore. Per fare un esempio si può ricordare che Arqam ibn Abi al-Arqam costituì la sua casa alla Mecca, nota per essere stata anche residenza del Profeta, a titolo di elemosina a favore dei suoi figli. Altre volte la costituzione era fatta a scopo generico di beneficenza. A titolo di esempio si può fare riferimento a Mu'awiyah che, in caso di sua morte, avrebbe costituito le terre demaniali, a lui concesse da 'Utman in *waqf*, a beneficio della sua famiglia e dei musulmani in genere. D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., p. 415.

⁷² Nel secondo secolo dell'Egira, al tempo dei fondatori delle quattro scuole sunnite tuttora esistenti, l'istituto subì una prima fondamentale modifica nella sua struttura da cui derivò un secondo tipo di *waqf* detto *di famiglia* e noto al mondo musulmano con l'appellativo di *waqf Ahlī*. Tale nuova forma dell'istituto prevedeva la possibilità per il fondatore di devolvere l'utilità del bene ai propri discendenti e, solo con la loro estinzione, allo scopo pio. Inizialmente però il giurista Abu Hanifa, fondatore della omonima scuola, osteggiò fortemente la diffusione di tale tipo di *waqf* in quanto lo riteneva lesivo dei diritti degli eredi necessari. Per notizie sul giurista Abu Hanifa, Abu Yusuf vedi la voce che lo riguarda in J. VAN LENT, H.V. QURESHI, *Enciclopedia de l'Islam*, E.J. Brill, 1986.

Oggi, la prassi del *waqf ahli* è quasi completamente scomparsa, mentre sopravvivono gli *awqāf mustarak* e il *waqf khairi* che, da prassi, si è trasformato tanto da rappresentare la categoria predominante. Attualmente, dipendono dall'amministrazione dello Stato gli *awqāf* pubblici di Egitto, Turchia, Siria, Libano, Giordania, Iraq, Iran, Tunisia e Marocco. R. PELLICCIA, *L'istituto del waqf nel diritto islamico*, in *Diritto e religioni*, vol. VI, n. 2/2011, p. 449.



in successione dal padre, a favore dei poveri spagnoli e allo stesso modo fece con le rendite delle botteghe di sellaio che possedeva a Cordova che vennero donate a ventisette maestri per istruire i fanciulli poveri. Ugualmente in Egitto, quando il Califfo al-Mu'izz fondò, nel 969-970, la moschea dell'Azhar, le destinò un patrimonio le cui rendite dovevano servire alla manutenzione.

La diffusione dell'istituto non si arrestò neppure durante l'impero ottomano (1299-1923) e l'impero persiano safavide (1501-1726). In questi Stati il *waqf* diventò una parte importante del sistema economico dei due imperi islamici.

Come abbiamo ricordato, nel 1826, attraverso alcune iniziative di riforma legislativa, nell'impero ottomano, l'amministrazione dei beni oggetto di un *waqf* venne assegnata a un ministero imperiale e il reddito delle principali proprietà oggetto di *waqf* venne avvocato dallo Stato. Un esempio per tutti è quello dell'approvvigionamento idrico pubblico che passò sotto il controllo dell'impero. Allo stesso modo, un altro grande impero islamico, l'Iran, creò, nel 1854, un ministero per il *waqf* che è ancora un Dipartimento governativo, sottoposto all'autorità del leader Supremo.

Possiamo, quindi, affermare che l'istituto ha conosciuto la sua massima diffusione durante il periodo dell'*ijtihad*, cioè della ricerca di soluzioni originali a questioni religiose, che caratterizza il primo periodo della storia della giurisprudenza musulmana, durante la quale la dottrina è stata in grado di compiere un'opera di costruzione del sistema giuridico musulmano, perché non ancora intralciata da preconcetti⁷³.

Il secondo periodo della storia della giurisprudenza musulmana è detto invece *taqlid* ed è caratterizzato da un'assimilazione del diritto con la rivelazione divina che ha causato un rallentamento nell'evoluzione del diritto, e che si caratterizza per ricercare le soluzioni risalendo ai precedenti per emettere una sentenza, cosa che accomuna in qualche modo il *taqlid* alla common law anglosassone⁷⁴.

⁷³ Prende il nome di *Ijtihad* il processo secondo il quale i giuristi musulmani adottano una decisione giuridica autonoma, fornendo una interpretazione "evolutiva" del Corano e della *Sunna*. Un tal modo di procedere caratterizza soprattutto lo sciitismo. A riguardo vedi diffusamente A. SAMI A. ABU-SAHLIEH, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, cit., p.59 ss., in particolare sulle scuole giuridiche sciite.

⁷⁴ Cfr., ad esempio, Th. W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, trad. it. di G. Baviera, Milano, 1916, p. 21 ss.



4 - Il Bonyads: le fondazioni di beneficenza nella variante sciita

Un particolare sviluppo ha conosciuto l'istituto del *waqf* in ambiente sciita⁷⁵ e in particolare in Iran, tanto che l'attuale Codice civile della Repubblica Islamica dell'Iran vi dedica il secondo argomento della sezione seconda del capo secondo del libro primo, artt. 55-91 c.c.⁷⁶.

Il legislatore iraniano riprende la definizione classica dell'istituto (art. 55), ma già nell'articolo successivo compaiono due tipi di *waqf*, quello familiare e quello in favore dell'interesse pubblico: mentre il primo può essere disposto dal costituente con qualsiasi fatto verbale esplicitamente accettato dalla prima generazione di devolutari o dai loro rappresentanti legali quando i destinatari sono indeterminati, quando il *waqf* viene costituito nell'interesse pubblico è richiesta l'accettazione del giudice (*hakem*). Dopo di che la regolamentazione dell'istituto segue le regole classiche del diritto musulmano. Infatti, l'art. 57 ricorda che il costituente deve essere proprietario del bene istituito in *waqf* e in possesso della capacità giuridica; l'oggetto del *waqf* può essere mobile o immobile, in comproprietà o diviso, ma deve poter sopravvivere come tale (art. 58). L'attribuzione dell'oggetto al *waqf* deve essere perfezionata con la consegna senza la quale il negozio non può dirsi compiuto, ma dovrà essere perfezionato (art. 59). La consegna può anche non essere immediata e comunque il bene rimane destinato a *waqf*, a meno che non intervenga la revoca; tuttavia solo la consegna del bene rende il *waqf* completo (art. 60). L'avvenuta costituzione e la consegna del bene *waqf* rendono l'istituto definitivo e immodificabile, anche da parte del costituente il quale non potrà mutare né i destinatari né nominare un amministratore, se non l'ha fatto precedentemente (art. 61). La presa di consegna potrà avvenire da parte dei devolutari o da parte della prima generazione di essi o da parte dell'amministratore o del giudice quando il *waqf* è in favore dell'interesse pubblico (art. 62). Così disponendo il legislatore vuole facilitare il più possibile l'istituzione di un *waqf*. Il successivo art. 63 regola i poteri del tutore legale e di quello testamentario, dell'incapace di agire, stabilendo che

⁷⁵ Relativamente alla vasta bibliografia sullo sciitismo ci limitiamo a segnalare **M. BERNARDINI**, *Storia del mondo islamico*, Einaudi, Torino, vol. II, 2003; **C. LO JACONO**, *Storia del mondo islamico*, Einaudi, Torino, vol. I, 2003; **A. VAZAN**, *Gli sciiti*, il Mulino, Bologna, 2007; **B. SCARCIA AMORETTI**, *Sciiti nel mondo*, Roma, Jouvence, 1994; **L. CAPEZZONE**, **M. SALATI**, *L'Islam sciita. Storia di una minoranza*, ed. Lavoro, Roma, 2006; **F. ALLAM KHALED**, **C. LO JACONO**, **A. VENTURA**, *Islam* (a cura di G. Filoramo), Bari, Laterza, 2007.

⁷⁶ Vedi *Codice civile della Repubblica islamica dell'Iran*, Traduzione dal persiano di R. Mauriello, introduzione di M. Papa, Eurilink, Roma, 2015



questi può prendere possesso del bene come altrettanto può fare il costituente che ha nominato se stesso quale amministratore. Il fatto che su una proprietà gravi un diritto di servitù prediale non impedisce che questa possa essere resa un bene *waqf*; ciò avverrà senza recare alcun ostacolo all'esercizio della servitù. Lo stesso avverrà nel caso in cui le utilità appartengono temporaneamente ad altra persona (art. 64).

Vi sono poi alcune norme volte a limitare il ricorso alla costituzione di un bene in *waqf* quando si perseguono scopi illeciti nel qual caso il *waqf* (art. 66) è nullo, oppure quando si vogliono danneggiare i creditori (art. 65) i quali tuttavia conservano il diritto di autorizzarne la costituzione. Il Codice ribadisce poi uno dei punti essenziali per la costituzione del *waqf*: la consegna del bene. Infatti, quando il costituente non è in grado di effettuare la consegna la costituzione del *waqf* è nulla, a meno che il devolutario non sia in grado di ricevere comunque la consegna del bene (art. 67). La costituzione di un bene in *waqf* fa sì che l'istituto eserciti una forza di attrazione verso le cose considerate accessori del bene, in applicazione di usi o consuetudini, a meno che il costituente non escluda questa previsione espressamente nell'atto costitutivo (art. 68). Gli articoli dal 69 al 72 si occupano di alcune cause di nullità come quando il *waqf* viene costituito a favore di persone inesistenti o di se stesso per pagare i debiti con i profitti di esso. Il *waqf* sopravvivrà a favore dei destinatari esistenti. Sarà invece valido a favore dei figli, dei congiunti, del personale di servizio e dei visitatori (art. 73) Quando il costituente rientra nella categoria dei devolutari di un *waqf* pubblico può goderne i benefici (art. 74).

Alcuni articoli del codice (artt. 75- 80) si occupano in dettaglio dei poteri del costituente nell'amministrazione del *waqf* e nella nomina e revoca dell'amministratore, stabilendo un potere effettivo del costituente, anche attraverso la nomina che egli può fare di un osservatore con il compito di controllare l'operato dell'amministratore e di autorizzarlo a compierli (art. 78).

L'importanza sociale del *waqf* pubblico in Iran è testimoniata dall'art. 81 del c.c. che pone l'amministratore di questo tipo di *waqf* sotto il controllo del Giurisperito Islamico, Guida della Repubblica Islamica dell'Iran (*Vali-ye Faqih*), il quale darà il suo parere per la nomina dell'amministratore quando questi non è stato espressamente indicato. Ciò ha consentito e consente il controllo dei Bonyads da parte



del potere politico e segnatamente della Guida Suprema della Repubblica Islamica⁷⁷.

⁷⁷ Il sistema istituzionale iraniano è articolato su due livelli: gli organi eletti dal popolo e altri che sono di diretta emanazione religiosa. All'apice è posta la Guida Suprema che poggia la sua autorità su due organismi non elettivi, il Consiglio dei Guardiani e il Consiglio per i pareri di conformità.

Il Consiglio dei Guardiani è composto da sei giuristi nominati dal vertice del potere giudiziario e ratificati dal Parlamento e sei teologi, nominati direttamente dalla Guida suprema. Il suo ruolo è di approvare le leggi, successivamente alla verifica di conformità con le norme costituzionali e con quelle islamiche, nonché di esprimere il gradimento sui candidati alle elezioni politiche, presidenziali e dell'Assemblea degli esperti.

Il Consiglio per i pareri di conformità è un organo consultivo della Guida suprema della rivoluzione e delibera sulle divergenze concernenti le leggi tra il Parlamento e il Consiglio dei guardiani. È composto da un numero variabile di membri (oggi 27, oltre a 5 membri che ricoprono cariche istituzionali di diritto), nominati direttamente dalla Guida suprema.

Gli organi eletti a suffragio universale sono il Parlamento composto da 290 membri e l'Assemblea degli esperti, composta da 86 membri il cui principale scopo è di eleggere la Guida suprema della rivoluzione. Costoro si riuniscono una volta l'anno per verificarne l'operato e approvarlo.

Il Presidente della Repubblica è nominato con un iter complesso: esso viene indicato dal Consiglio che formula i pareri di conformità composto da 32 membri e eletto dall'assemblea degli esperti. Viene affiancato da cinque vicepresidenti e da 20 ministri ed è un organo esecutivo.

Il potere giudiziario è di diretta espressione della Guida suprema della rivoluzione, e le Forze armate (sia l'Artesh - l'esercito - che i *pasdaran*) i cui vertici sono nominati dalla stessa Guida suprema.

Se questa è la struttura articolata e complessa occorre spiegare come si sviluppano i processi decisionali. Ebbene essi sono frutto di continue e costanti mediazioni tra le diverse componenti e fazioni del clero, della politica dei *pasdaran* e di altri gruppi di pressione sui quali torneremo. Si tratta di dinamiche che in occidente descriveremmo di tipo consociativo che cercano di bilanciare i rapporti tra i diversi gruppi di potere in modo tale da dissimulare il diverso peso delle componenti e delle fazioni, per presentare un'immagine unitaria degli organi di gestione della società. In effetti continue riunioni e incontri si susseguono in una logica che diremmo tipica del clero, al punto che è difficile percepire e ricostruire i processi decisionali. Il risultato finale di questa tecnica istituzionale è che sono pochi – circa 45-50 individui, in gran parte ecclesiastici - coloro che fanno parte del circolo ristretto che effettivamente detiene il potere, esecutivo senza troppi formalismi e rigidità istituzionali, anche se ufficialmente non ricoprono importanti cariche istituzionali. In questo l'Iran è un paese moderno e "occidentale" perché anche in occidente a gestire effettivamente il potere sono circoli economici e lobbistici che operano indipendentemente dall'occupazione di cariche istituzionali. La natura consociativa della struttura di governo fa sì che all'interno dei diversi organi sia rappresentato quasi tutto lo spettro politico iraniano, dal moderato riformismo al più esasperato radicalismo conservatore.



Questi enti costituiscono delle aggregazioni di *waqf* e sono esenti da tasse o imposte, gestiscono imprese che producono beni di consumo, erogano servizi sociali. Nel loro insieme costituiscono una sorta di Stato nello Stato⁷⁸. Sono circa 80 mila le istituzioni religiose iraniane (moschee, templi, monasteri, ecc.) che a vario titolo amministrano terre e imprese: il 40% della capitalizzazione alla borsa di Teheran è nelle mani delle Bonyads, che gestiscono anche l'assistenza sociale, i sussidi, le pensioni di guerra e di invalidità, in un paese dove il welfare non è fornito dallo Stato.

A seguito di una decisione assunta dal Consiglio degli Ulema alle Bonyads è destinato il 20% dei profitti della *zakat*, che a differenza di altri paesi islamici, nell'Iran è considerata facoltativa e perciò il suo importo non viene automaticamente prelevato dai conti correnti o in sede di dichiarazione dei redditi. Una rilevazione statale del 1998 ha stimato che solo il 44% degli iraniani versa la *zakat*. Le Bonyads gestiscono grazie a singoli *waqf*, ad esempio, il santuario dell'imam Rezà a Mashhad nel Khorassan (*Astan-e Quds-e Razavi*), che ha sede nella città in cui nacque la Guida Suprema l'Ayatollah Khamenei e accoglie dodici milioni di pellegrini all'anno, usando i proventi delle

D.E. THALER, A. NADER, S. CHUBIN, J.D. GREEN, C. LYNCH, F. WEHREY, *Mullahs, Guards, and Bonyads. An Exploration of Iranian Leadership Dynamics*, Rand Corporation, Santa Monica (CA), 2010, pp. 21-36 in particolare.

⁷⁸ Va rilevato che nel 1984 è stata approvata la *Law for usury-free banking operation*, con l'obiettivo di eliminare la pratica dell'usura (*riba*) dall'intero settore economico bancario e finanziario. Non è possibile, quindi, applicare nessun tasso di interesse ai depositi e ai prestiti (se non nelle transazioni commerciali internazionali), ai quali può invece essere applicata una commissione fissa e un contributo annuo dipendente dai profitti, la cui percentuale varia a seconda dei settori merceologici. Ciò malgrado la capitalizzazione e il giro d'affari di queste imprese è enorme.

La banca islamica agisce come un gestore/distributore di fondi, attività e progetti; essa è responsabile dell'individuazione di progetti in cui investire il proprio denaro e quello dei clienti. I depositanti non sono dei creditori verso la banca per le somme depositate, ma si pongono come investitori. Tra le diverse forme di deposito esistenti la tipologia più frequente è quella dei «conti d'investimento». Da un punto di vista formale, la remunerazione di questi depositi non avviene a un tasso di interesse prefissato, ma con una partecipazione ai guadagni della banca o a particolari progetti che essa sponsorizza. Questo implica che il depositante è potenzialmente esposto al rischio di vedere intaccato il deposito in caso di perdite subite dalla banca. Per quanto riguarda l'attività di finanziamento, la banca islamica ha come obiettivo la valutazione della redditività di un progetto e non l'analisi del merito creditizio del soggetto finanziato o la sua capacità di fornire garanzie, come invece accade nelle banche convenzionali.

Sul punto **R. HAMAUI, M. MAURI**, *Economia e finanza islamica*, il Mulino, Bologna, 2009; **E. GIUSTINIANI**, *Elementi di finanza islamica*, Marcovalerio, Torino, 2006.



ingenti donazioni al mausoleo eretto in onore dell'Ottavo Imam, soprattutto per investimenti in agricoltura, tanto da essere il maggiore datore di lavoro della provincia, da avere un ruolo importante nelle esportazioni verso le Repubbliche dell'ex Urss e controllare oltre cinquanta aziende industriali e agricole, con un patrimonio di circa 20 miliardi di dollari.

Non stupisce, quindi, che il Codice civile dedichi particolare attenzione alla figura dell'amministratore, ai suoi poteri e alla devoluzione delle quote di profitto (artt. 82-84) in sintonia con la tradizione del diritto islamico più tradizionale. Il criterio che ispira le norme è quello di finalizzare ogni attività alla corretta amministrazione del bene, facendo prevalere il raggiungimento dello scopo, lasciando all'amministratore una relativa libertà di azione che può essere limitata dalla nomina di un controllore, fiduciario del costituente e a ciò delegato.

Il medesimo criterio ispira gli articoli 86-90 dedicati alle modalità con le quali viene gestito il bene quando parti di esso si deteriorano o quando il deterioramento investe per intero il bene oggetto del *waqf*. In questo caso il bene andrà posto in vendita, continuando a godere di quelle parti di esso che possono servire ancora a perseguire lo scopo, a meno che il deterioramento non metta a rischio l'intero bene, nel qual caso esso va posto in vendita per intero. L'art. 91, infine, si occupa della destinazione dei beni dei *waqf* pubblici in caso di deterioramento di questi, stabilendo che vanno destinati a opere di beneficenza, sia quando è impossibile destinarli al fine individuato dal costituente, sia quando sono posti in liquidazione per un irreversibile deterioramento.

I *waqf* pubblici detti *Bonyads* hanno ricoperto e ricoprono una grande importanza in Iran per le loro attività legate al lavoro sociale, alla consulenza e servizi di riabilitazione sociale, per soddisfare le esigenze dei gruppi a basso reddito, per il miglioramento delle condizioni delle famiglie dei caduti in guerra, gli ex prigionieri di guerra, gli abitanti delle campagne, le famiglie bisognose, i disabili e portatori di handicap, nell'assenza di strutture pubbliche di welfare⁷⁹.

⁷⁹ I più attivi sono *Bonyad-e Mostaz'afan*, *Bonyad-e Barakat*, *Bonyad-e Shahid*, *Astan-e Quds-e Razavi*, *Setad-e Ejraee Farman-e Hazrat-e Emam*, e *Komiteh Emdad-e Emam*. *Bonyad-e Banzdah-e Khordad* (così denominata per ricordare il giorno dell'arresto del Ayatollah Khomeini). Vedi H. AMIRAHMADI, "Bonyad," in John L. Esposito (ed.), *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*, vol. 1, Oxford, UK, Oxford University Press, 1995, pp. 234-235; ALI A. SAEIDI, *The Accountability of Para-governmental Organizations (bonyads): The Case of Iranian Foundations*, in *Iranian Studies*, vol. 37, no. 3 (September, 2004), pp. 479-498.



Aiuta a comprendere la funzione delle Bonyads l'esame dello Statuto di quella che è forse la più importante di essa, la *Bonyad-e Mostazafan*, nata utilizzando i beni che furono della famiglia del deposed Scià Reza Pahlevi con un decreto del 28 febbraio, 1979 firmato dal fondatore della Repubblica islamica dell'Iran, l'Imam Khomeini. Successivamente il Consiglio della fondazione ha elaborato l'atto costitutivo Mostaz'afān che consta di 25 articoli e una nota, il 24 giugno, del 1979⁸⁰.

Con esso vengono regolamentate le attività dell'ente che sono rivolte verso ogni tipo di attività economica e che rispondono ai concetti di carità e solidarietà verso i poveri e le persone in difficoltà proprie dell'islam e rispettose della funzione della ricchezza nella visione morale e religiosa dell'islam, ma che senza dubbio costituiscono un potente strumento nelle mani del clero per legare la popolazione alle scelte politiche del clero che gestisce il potere. In tal modo il *waqf* pubblico assolve pienamente alla sua funzione di gestione della carità conferendo ai valori religiosi una funzione sociale di tale efficacia che gli aspetti pure presenti nell'istituto, di strumento di gestione dei luoghi di culto, assume un'importanza decisamente secondaria.

5 - La struttura del *waqf khayri*

Il *waqf khayri* nasce nello spazio giuridico sunnita per permettere la soddisfazione di uno scopo pio mediante un'immobilizzazione di beni patrimoniali. L'invito di Muhammad nel Corano a compiere opere di carità è perciò completamente realizzato con questo tipo di *waqf* che appare come la fusione del sentimento religioso con l'elemento economico. Nella ricostruzione della struttura dell'istituto la dottrina musulmana distingue i seguenti elementi *arkan* (lett. colonne): il costituente (*al-waqif*), l'oggetto costituito in *waqf* (*al-marwquf*), lo scopo pio (*qurbah*) e i devolutuari (*al-marwquf 'alayhi*)⁸¹.

Partendo dall'analisi del primo elemento, è necessario indicare i requisiti di cui un soggetto deve essere munito per poter validamente costituire un *waqf*, tenendo conto che la costruzione dottrinale

⁸⁰ La costituzione della Fondazione è stata approvata dal Consiglio della rivoluzione islamica e registrata il 25 luglio 1979, con il numero 1983, ai sensi dell'articolo 8 della modifica dello Statuto delle organizzazioni non-profit. Il 12 luglio del 1980, l'atto giuridico contenente lo Statuto dell'Associazione Mostaz'afān è stato definitivamente redatto e approvato. Lo Statuto è consultabile all'indirizzo: <http://www.irmf.ir/En/About-Us/rules.aspx>.

⁸¹ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., p. 419 ss.



musulmana mescola insieme cause d'incapacità giuridica e cause d'incapacità d'agire, facendo prevalere il *favor negotii*.

Per quanto riguarda la capacità giuridica, in capo al costituente è richiesto il requisito della libertà.

Il secondo requisito, anch'esso attinente alla capacità giuridica, riguarda l'appartenenza del costituente alla religione musulmana⁸². In particolare l'apostasia è considerata un reato talmente grave che nel caso in cui sopraggiunga alla costituzione di un *waqf*, tale requisito del costituente ne causa la nullità. Addirittura se l'apostata ritorna alla religione musulmana, la costituzione precedentemente fatta e ormai annullata non ha più alcun valore e bisogna avviarla di nuovo⁸³.

Va ricondotto invece alla capacità d'agire il terzo requisito richiesto per la costituzione di un *waqf* e cioè la capacità da parte del fondatore di dichiarare la propria volontà. Così è considerato incapace l'impubere che non può superare questo limite nemmeno con l'intervento di un tutore⁸⁴. Lo stesso ostacolo lo incontrano i pazzi⁸⁵ e i prodighi. Un caso particolare è poi quello dell'ubriachezza, la cui disciplina giuridica è diversa all'interno delle varie scuole sunnite. Gli sciafiti, infatti, distinguono l'ebbrezza volontaria da quella involontaria e permettono la costituzione del *waqf* solo nel primo caso⁸⁶; i malikiti invece distinguono l'ebbrezza completa dalla semi-ebrietà e considerano nullo un *waqf* costituito da un soggetto che si trovi nel primo stato. Limiti alla costituzione di un *waqf* sono posti anche in capo al soggetto che si trovi in condizioni di malattia mortale. Quest'ultimo, infatti, può disporre del proprio patrimonio solo entro la quota di un terzo che è lasciata, dalle norme coraniche, nella piena disponibilità del testatore. Vi sono però due modi per eludere tale limitazione.

⁸² La grande divisione delle persone in diritto musulmano è quella tra fedeli e non fedeli. L'unico rapporto giuridico ammesso tra gli uni e gli altri è quello della *dimmah*, cioè gli infedeli appartenenti alle religioni che possiedono il libro sacro (gli ebrei e i cristiani) e che vivono nei paesi dell'Islam possono, pagando una tassa, trovarsi nella posizione di protetti. Quindi, possono anche validamente costituire un *waqf* con la limitazione però concernente lo scopo pio. Infatti sono considerati leciti solo i *waqf* costituiti con fine di soddisfare uno scopo religioso generale (comune all'islamismo e alle altre religioni del libro) e non anche uno scopo proprio della religione del *dimmih*. **G. VERCELLIN**, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 29 ss; **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., p. 422.

⁸³ Per il *madhab* malikita, "il musulmano che rinnega la legge viene equiparato al *harbi*": cfr. **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, p. 92. "L'apostata si reputa morto civilmente: è colpito d'incapacità giuridica". **ID.**, *Istituzioni*, cit., I, p. 133.

⁸⁴ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, p. 100.

⁸⁵ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, pp. 103-104.

⁸⁶ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, pp. 103-104.

⁸⁶ **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, p. 104.



Innanzitutto è considerato valido un *waqf* che superi la quota imposta se gli eredi riservatari rinunciano a far valere la nullità. Vi è poi il caso in cui il malato guarisca provocando l'effetto di ritenere il *waqf* come se fosse stato costituito in un momento di piena sanità e perciò valido⁸⁷. Per quanto riguarda lo stato d'insolvenza⁸⁸ solo la scuola hanafita ammette la costituzione di un *waqf* da parte del debitore insolvente, al contrario delle altre scuole sunnite che ritengono l'insolvenza una causa di incapacità di disporre dei propri beni. Non va infine dimenticata la questione della donna maritata su cui c'è una diversa posizione delle varie scuole sunnite. Secondo gli hanafiti, infatti, la donna maritata può costituire in *waqf* la totalità dei suoi beni. Per i malikiti invece la donna può donare e compiere atti di liberalità che eccedano il terzo del suo patrimonio solo con l'autorizzazione del marito.

Il secondo *arkan* del *waqf khayrî* è l'oggetto che deve avere determinati requisiti. Innanzitutto è richiesta la sua liceità o purezza⁸⁹; si tratterebbe, quindi, di un'applicazione in materia di *waqf* di quella distinzione tra cose pure e impure che è di natura religiosa, ma che in diritto musulmano ha notevoli effetti giuridici, data la connessione tra diritto e religione. Inoltre solo un bene avente natura patrimoniale può essere oggetto di *waqf*. Ciò si deduce dalla visione della dottrina musulmana che considera la proprietà dal punto di vista strettamente economico, e cioè sotto l'aspetto dell'utilità, distinguendo le cose utili da quelle inutili. L'utilità però deve essere durevole⁹⁰, in altre parole non può essere costituito un *waqf* che abbia a oggetto un bene consumabile. Tale requisito non è da considerarsi come assoluto perché vi sono delle divergenze nella dottrina musulmana circa l'ammissibilità della costituzione di un *waqf* avente a oggetto una cosa consumabile.

L'oggetto del *waqf* deve essere determinato⁹¹, così da evitare dubbi. In particolare la determinazione va stabilita dal costituente all'atto di costituzione del *waqf* e non in un momento successivo. Il requisito dell'oggetto che comporta maggiori difficoltà è sicuramente

⁸⁷ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., I, p. 102.

⁸⁸ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., I, p. 106.

⁸⁹ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, Le Caire 1896, I, n. 126; E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach shafitischer Lehre*, in *Lehrb. Des Seminars für oriental. Sprachen*, vol. XVII, Berlin, 1897, p. 609.

⁹⁰ E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach shafitischer Lehre*, cit., p. 600; TH.W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafeita*, cit., I, pp. 118-125.

⁹¹ Per la scuola sciafita cfr. TH.W. JUYNBOLL, *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita*, cit., p. 176; E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach shafitischer Lehre*, Stuttgart, 1897, p. 605.



quello concernente la sua disponibilità, da intendersi come giuridica e di fatto. Il principio generale è che il costituente deve essere proprietario del bene. Ci sono però dei casi dubbi che trovano una diversa soluzione all'interno della dottrina musulmana. In primo luogo si discute sulla possibilità di costituire un oggetto in *waqf* durante il periodo di esercizio del *khiyar*⁹². La risposta affermativa si ha sia nel caso del *Khiyar al-shart*, sia nel caso del *khiyar al-ayb*, che infine nel caso di *khiyar al-naqd*. In quest'ultima situazione però è evidente che non può considerarsi valido il *waqf* costituito dal compratore prima dello spirare del termine del *khiyar*, perché in questo caso il soggetto non aveva il diritto definitivo di proprietà. Il secondo problema che sorge con riferimento alla disponibilità dell'oggetto è quello relativo a un bene sottoposto a *shuf'ah* (retrato) ma in questo caso la soluzione è di ritenere nulla la costituzione. Alla medesima soluzione si perviene quando a essere oggetto di un *waqf* sia un bene acquistato con *al-bay wal-iqalah* (assimilabile alla vendita con patto di riscatto, anche se nell'istituto musulmano manca quell'*unitas contractus* che è caratteristica dell'istituto occidentale). In terzo luogo poi è di difficile risoluzione anche la questione relativa a un oggetto su cui il soggetto che ha la disponibilità di fatto ma è diverso da quello che ha la disponibilità giuridica. Ciò può accadere nel caso in cui un oggetto sia dato in *rahn* (in pegno) o anche nel caso di *kira* (termine tecnico per indicare la locazione di cose).

Mentre con riferimento alla prima questione la dottrina musulmana ritiene invalido il *waqf*, in caso di oggetto sottoposto a *kira* la nullità è sostenuta solo dai malikiti e non anche dagli hanafiti che ammettono la validità poiché il locatario non ha alcun diritto reale sull'immobile. Infine si ritiene unanimemente, all'interno della dottrina musulmana, che non possano costituire valido oggetto di *waqf* quelle cose che sono attualmente di proprietà di un soggetto, ma che sono destinate a uscire dal suo patrimonio, necessariamente, in un tempo futuro.

⁹² Il termine "*khiyar*" è usato per esprimere l'opzione da esercitarsi entro un certo periodo dopo la conclusione di un affare, durante il quale ciascuna delle parti può esercitare il diritto di recesso. I suoi tipi principali sono: 1. "*khiyar al.shart*", un'opzione sottoposta a una condizione facoltativa per cui una delle parti si impegna a decidere entro tre giorni o meno; 2. "*khiyar al-ayb*" che permette di sciogliere il contratto alla scoperta di difetti; 3. "*khiyar al-naqd*" un'opzione che consente al venditore di recedere dal contratto se il compratore non paga in contanti entro una certa data concordata (S.E. RAYNER, *The Theory of Contracts in Islamic Law*, Graham & Trotman, London, 1992, pp. 327-328).



Per quanto riguarda la disponibilità di fatto è richiesto che l'oggetto sia consegnabile. Ne consegue, quindi, che non possono essere costituiti in *waqf* le cose che non sono materialmente a disposizione del proprietario o perché smarrite o perché non più in suo possesso. Con riferimento all'oggetto vi sono diverse posizioni espresse dagli esponenti delle scuole giuridiche con riferimento alle cose mobili.

Mancano da analizzare gli ultimi due elementi costitutivi del *waqf*: lo scopo pio e i devolutari. Con riferimento al primo la dottrina musulmana, al fine di determinare la validità o meno della costituzione di un *waqf*, fa una triplice ripartizione. Si parla, infatti, di scopi propri dell'islamismo (come la costruzione di una moschea) che possono essere soddisfatti solo dai fedeli musulmani. Ci sono poi gli scopi propri e caratteristici delle religioni diverse dall'islamismo (come la costruzione di una chiesa cristiana o di una sinagoga ebraica) che sono considerati scopi illeciti con la conseguente nullità del *waqf*. Infine sono distinti dagli altri due gli scopi comuni tanto all'islamismo quanto alle altre religioni (come, ad esempio, il sentimento di carità) che possono essere compiuti sia dai musulmani che dai non musulmani.

Con riferimento invece ai devolutari, cioè a coloro a cui spetta il reddito del bene il cui valore capitale è immobilizzato per uno scopo pio, la norma fondamentale è che la designazione spetta al costituente. Questi è libero nella scelta che può ricadere sia su persone fisiche che su collettività. Non mancano certo neanche in questo caso delle questioni controverse. Si discute per esempio se sia valido il *waqf* a favore dei ricchi e in proposito lo sciafita an-Nawawi è propenso a una risposta affermativa perché è così sostenuto dalla dottrina dominante. Un'altra questione particolare è quella relativa alla possibilità di costituire un *waqf* a profitto di un'opera non ancora esistente ma, anche in questo caso, ha finito per prevalere l'opinione favorevole, perché considerata quella più rispondente alle finalità dell'istituto.

Infine una questione merita di essere passata in rassegna. Si tratta della considerazione che i giuristi musulmani favoriscono la costituzione di questo tipo di *waqf* in quanto appartiene alla categoria degli atti raccomandati dalla religione islamica. La conseguenza è, quindi, che, anche qualora il *waqf khayri* venga a mancare di qualche requisito, viene ugualmente affermata la sua validità. Ed è questo certamente uno dei fattori che ha permesso la sua rapida diffusione.

Costituiscono dei *waqf* particolari quelli legati ai "luoghi santi" (Mecca, Medina, Gerusalemme e Hebron⁹³) e ai servizi a essi collegati.

⁹³ Si tratta di uno dei luoghi sacri all'islam in cui si ritiene si trovi la tomba di Abramo. L'insieme dei territori di Hebron costituiva il più antico *waqf* dell'islam, detto



Questi *waqf*, comunemente detti *waqf al-haramayn*, permettono ai fedeli lontani dai centri principali dell'islam, perché emigranti volontari o convertiti delle regioni periferiche al *dār al-Islām*, di rafforzare il sentimento di appartenenza alla religione. Grazie a essi, quindi, viene a essere soddisfatto uno degli obiettivi del *waqf* che è quello di garantire la perpetuazione della Ummah, cioè della comunità dei fedeli, nel tempo e nello spazio.

Abbiamo affermato che tramite il *waqf* si realizzano anche interessi economici collegati agli scopi religiosi al punto che questo finisce per essere strumento di politica sociale. Si pensi al *waqf* costituito nel 1552 a Gerusalemme da Hasseki Sultan, la moglie di Solimano il Magnifico. La donna, dopo avere ricevuto dal marito l'autorizzazione a disporre dei propri beni, decise di costituirli in *waqf*. Nell'atto costitutivo veniva indicata l'intenzione di costruire a Gerusalemme un complesso di edifici comprendenti una moschea, uno stabile di 55 stanze destinato ai pellegrini e agli studenti musulmani e un ostello. Al centro del complesso c'era l'*imaret*, cioè una grande cucina destinata a fornire quotidianamente cibo e pane per i poveri della città. L'*imaret* era una istituzione largamente diffusa nel mondo ottomano. Il termine deriva dalla radice "mr" che ha il significato di "migliorare coltivando, edificando o popolando" e *imaret* indica un complesso di edifici quasi sempre collegati a una moschea. Mentre in origine si trattava di una specie di ostello che offriva pensione e alloggio, col tempo la struttura si trasformò in una mensa pubblica che aveva come obiettivo principale quello di fornire assistenza ai bisognosi⁹⁴.

In alcuni casi il fine economico dell'istituzione si fonde con quello religioso in modo indissolubile. Un esempio storico ci viene fornito dal *waqf* che fa capo a *Ostan-e qods-e rezavi*, che provvede alla gestione del mausoleo dell'ottavo imam sciita Ali al-Rida a Mashhad. Il *waqf* include circa 500 villaggi e fattorie indipendenti. Sono in esso ricompresi anche beni non agricoli, quali caravanserragli e botteghe, cui

Tamini, perché lo stesso Profeta lo avrebbe concesso a un certo Tamin al-Dari prima ancora che la Palestina fosse conquistata. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 318 ss.

⁹⁴ La ricostruzione della storia del *waqf* di Hasseki Sultan ci permette di cogliere un'altra tipica funzione svolta dall'istituto. Nel 1795 infatti un documento legale attesta che tra i beneficiari del *waqf* in questione viene inserito un certo Qasim Bey, che all'epoca era il governante ottomano di Gerusalemme. Ciò dimostra che tale istituto veniva utilizzato dai governanti ottomani per rafforzare la propria influenza sulla popolazione, élites locali comprese. Fu però proprio questo aspetto che portò alla rovina del *waqf* in esame in quanto l'eccessivo numero dei beneficiari fece perdere ogni controllo all'amministrazione. G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 318 ss.



negli ultimi decenni si sono aggiunti i proventi delle industrie agroalimentari. I costituenti hanno previsto nell'atto costitutivo le più svariate destinazioni dei beni mobili e immobili a sua disposizione. Tra queste vanno ricordate: il restauro dei libri della biblioteca annessa al mausoleo, lo svezzamento dei bambini abbandonati, i fondi per l'educazione, l'abbigliamento e il cibo degli orfani, il mantenimento dei lettori del Corano e tante altre attività. Questa istituzione è considerata una delle principali potenze economiche e finanziarie dell'Iran, dimostrando così come gli interessi economici si mescolano alla fede⁹⁵.

6 - Gli elementi costitutivi delle *causae piae* e del *waqf khayrì* a confronto

Lo Stato italiano ha ritenuto, nella messa a punto della disciplina riguardante il fenomeno religioso, di prevedere una legislazione particolare per gli enti ecclesiastici, legislazione che ha origine in quella prevista per le *piae causae* nel diritto giustiniano e fa diretto riferimento al diritto canonico. Ebbene le *piae causae* romano-cristiane, il *waqf khayrì* musulmano possono essere considerati due istituti aventi la medesima funzione e cioè quella di regolare e favorire la destinazione giuridica di determinati mezzi economici al soddisfacimento di fini utili alla società, anche oltre l'esistenza della persona fisica che li ha posti in essere⁹⁶.

⁹⁵ L.M. Surhone, M.T. Timpledon, S.F. Marseken (a cura di), *Astan Quds Razavi: Charity, Charitable Organization, Bonyad, Mashhad, Imam Reza Shrine, Abbas Vaez- Tabasi*, Betascript Publishing, 2010.

⁹⁶ Questa considerazione può essere fatta anche per il *charitable trust*, tipico istituto di common law, ma abbiamo deciso di rinunciare a una comparazione tripartita in passato scelta da illustri studiosi come D'Emilia (A. D'EMILIA, *Per una comparazione tra le piae causae nel diritto canonico, il charitable trust nel diritto inglese e il waqf khayrì nel diritto musulmano*, in *Scritti di diritto islamico*, raccolti a cura di F. Castro, Roma, Istituto per l'Oriente, 1976, pp. 237-275) proprio per evidenziare la corrispondenza tra il diritto canonico e il diritto islamico, al fine di sottolineare che nulla o ben poco si opporrebbe al recepimento dell'istituto *waqf* nel diritto italiano.

Ciò malgrado svilupperemo in nota, nelle pagine che seguono, un sia pure parziale riferimento anche alla common law. Sul punto in generale si veda, per gli Statuti relativi alle charities: G. HALSBURY, *Statutes of England*, 4^a ed., Butterworth, London, 1985-1992; M. CHESTERMAN, *Charities, Trusts and Social Welfare*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1979; G.M. KEETON, *The law of Trusts*, 5^a ed., Pitman, London, 1950; A. AVINI, *The origins of the modern English trust revisited*, in *Tulane Law Review*, 70, 1996, p. 1139 ss.; J. DOLLIMORE, *Le Charities Act 2006: Part 1, Client Affari privato*, Sweet & Maxwell, London, 2007; E. RICHARD; N. STOCKWELL, *Trusts and equity*, 8^a ed., Pearson Longman, London, 2011; A. HUDSON, *Equità e trust*, 6^a ed., Pearson Longman, London, 2009; R.D. SILK *Managing Foundations and Charitable Trusts*:



Muovendo da questa constatazione è opportuna una comparazione tra diritto musulmano e diritto canonico, iniziando con il chiedersi se e come l'istituto del *waqf* possa essere recepito dall'ordinamento giuridico italiano. A tal fine porremo a confronto le *causae piae* così come disciplinate dal Codex Juris Canonici⁹⁷ con la disciplina che del *waqf khayrì* dettano le quattro scuole giuridiche ortodosse nell'islam⁹⁸. Questa comparazione deve essere arricchita dall'analisi dei contesti sociali nei quali questi istituti si sono sviluppati se si vogliono evidenziare le analogie che sfuggirebbero se ci si limitasse a considerare esclusivamente le caratteristiche giuridiche dei due istituti.

Relativamente agli elementi costitutivi, le *causae piae* e il *waqf khayrì* si fondano su un atto di liberalità del costituente che vuole destinare dei beni a uno scopo avente caratteri tali da poter essere rispettivamente qualificato *pia causa* o *qurbah*. (atto di amore). Con tale atto, il costituente immobilizza i beni oggetto dell'istituto e ne devolve il godimento a dei beneficiari⁹⁹. Se ne deduce, quindi, che gli elementi costitutivi dei due istituti sono quattro.

A) Il costituente. Con riguardo a tale primo elemento, si deve dire che sia nelle *causae piae* sia nel *waqf khayrì*, il costituente è il soggetto la cui volontà è decisiva non solo per la nascita, ma anche per la vita di ciascuno dei due istituti giuridici paralleli.

Circa la capacità del costituente il Can. 1299 del nuovo C.J.C. dispone - come del resto faceva il vecchio codice - che "Qui ex iure naturae et canonico libere valet de suis bonis statuere, potest ad causas pias, sive per actum inter vivos sive per actum mortis causa, bona relinquere". E tuttavia raccomanda che nelle disposizioni valevoli in caso di morte a favore della Chiesa si osservino, se possibile, le

Essential Knowledge, Tools, and Techniques for Donors and Advisors Hardcover, John Wiley & Sons, Hoboken, 2011; **D. MORRIS**, *Political Activity and Charitable Status at Common Law: In Search of Certainty* (in http://www1.law.nyu.edu/ncpl/pdfs/1998/Conf1998_Morris_Final.pdf); **D. MORRIS**, *Charity Law Unit*, University of Liverpool, Liverpool, 1998; **M. FERRANTI**, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie e testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 147 ss.

⁹⁷ Il C.J.C. vigente è stato promulgato da Giovanni Paolo II il 25 gennaio 1983 ed è entrato in vigore il 27 novembre dello stesso anno. Quello precedente era stato promulgato il 20 maggio 1917 ed era entrato in vigore il 18 maggio 1918.

⁹⁸ Il *waqf* è anche presente - come abbiamo visto - nella visione sociale della *Sci'a* duodecimana (in arabo: *ithna ashari*), detta anche imamita, che costituisce oggi la maggioranza del mondo sciita. Vedi **A. SAMI ABU-SAHLIEH**, *Il diritto islamico*, cit., p. 59 ss.

⁹⁹ Così anche nella common law: **A. D'EMILIA**, *Per una comparazione tra le piae causae*, cit., p. 240 ss



formalità del diritto civile; se queste furono omesse, gli eredi devono essere ammoniti circa il loro obbligo di adempiere la volontà del testatore¹⁰⁰.

Nelle fonti giuridiche musulmane è espressamente detto che il costituente deve avere non solo la libera disponibilità dei beni, ma anche la capacità di disporne a titolo gratuito¹⁰¹. Tale doppio requisito può essere facilmente compreso se si tiene conto del fatto che, il diritto musulmano, nel trattare della capacità del *waqif* (il costituente), non distingue quella come per il diritto italiano la capacità giuridica dalla capacità d'agire.

B) L'oggetto. Il secondo elemento necessario per la valida costituzione e la vita di tutti e due gli istituti è la cosa in senso giuridico.

I canoni 1299 e 1300 dell'attuale codice canonico continuano a fare riferimento ai *bona* e alle *facultates*, come del resto facevano i canoni 1513 e 1514 del vecchio codice canonico, quando si tratta di beni da destinarsi a una causa pia¹⁰².

Per quanto riguarda invece il *waqf* con riferimento all'oggetto dell'istituto, le diverse fonti giuridiche musulmane assumono posizioni tra loro diverse¹⁰³. Il malikita Ibn 'Arafah, nel suo famoso libro di definizioni giuridiche, riferendosi al *wafq* ha usato il vocabolo *shay'* (cosa). Infine, per l'hanbalita Ibn Qudamah un oggetto, per poter essere costituito in *waqf*, deve poter essere venduto, deve cioè avere un valore

¹⁰⁰ A. GAUTHIER, *Le persone giuridiche nel Codice del 1983*, in *Angelicum*, 69 (1992), pp. 105-122; P. LOMBARDIA, *Persona jurídica pública y privada en el ordinamiento canónico*, in *Apollinaris*, 63 (1990), 1-2, pp. 137-152.

¹⁰¹ Così, ad esempio, Al-Nawawi (m. 676 H.=1277 d. C.), Y. IBN SHARAF NAWAWI; L.W.C. VAN DEN BERG, *Minhāj al-ṭalibīn = Minhādj at-ṭalibīn: le guide des zélés croyants. Manuel de jurisprudence musulmane selon le rite chafi'i, Minhag at-talibin*, ed. Van De Berg, Batavia, 1882-1884, vol. II, p. 182.

¹⁰² Infatti il canone 1300 dispone: "Voluntates fidelium facultates suas in pias causas donantium vel relinquentium, sive per actum inter vivos sive per actum mortis causa, legitime acceptatae, diligentissime impleantur etiam circa modum administrationis et erogationis bonorum, firmo praescripto can. 1301".

Ancora oggi nel diritto inglese oggetto di trust possono essere solo beni o diritti aventi contenuto patrimoniale. Vedi G. HALSBURY, *Laws of England*, IV, v. *Charities*, p. 138, oggi in *Halsbury's laws of England*, LexisNexis, 2011, vol. 103.

¹⁰³ A completare tale definizione è intervenuto poi un altro giurista della stessa scuola, Mayyarah, che ha spiegato che "con l'aver detto *shay'*, Ibn 'Arafah, vuol intendere una cosa che abbia un valore patrimoniale (*mutamawwal*)". Per fare un esempio di un esponente della scuola hanafita si può ricordare at-Tarabulusi, famoso per un trattato sul *waqf*, in cui afferma che oggetto dell'istituto deve essere un bene che abbia un certo valore. Vedi B. ADDA, E.D. GHALIOUNGI, *Le waqf*, Alexandrie, 1890, pp. 3-39, che riporta le posizioni del giurista Ibn-Tarabulusi el-Issaf sull'immobilizzazione nel diritto islamico secondo la scuola anafita



patrimoniale.

Sempre con riferimento a tale secondo elemento, si deve aggiungere che un requisito che deve essere necessariamente posseduto dal bene, per poter costituire valido oggetto di ciascuno dei due istituti, è quello della determinatezza.

Anche l'attuale canone fa obbligo – come faceva il canone 1490 del vecchio codice canonico - di descrivere accuratamente i beni facenti parte della dotazione¹⁰⁴. Del pari in diritto musulmano occorre che l'oggetto costituito in *waqf* sia determinato, come, ad esempio, è espressamente detto dallo sciafita an-Nawawi¹⁰⁵ e dall'hanafita at-Tarabulusi¹⁰⁶.

Oggetto sia di una causa pia, sia di un *waqf khayrì* possono essere dunque tanto cose mobili che immobili. Nel diritto giustiniano, se oggetto di una causa pia fossero stati beni mobili, questi dovevano essere venduti e il prezzo ricavato doveva essere reimpiegato nell'acquisto di beni immobili il cui reddito veniva destinato secondo la volontà del costituente¹⁰⁷. Che oggetto di *waqf* possa essere un bene mobile è stato ammesso, nel diritto musulmano, solo dopo lunghi contrasti tra le scuole hanafita¹⁰⁸, malichita¹⁰⁹ e sciafita¹¹⁰.

Da ultimo va ricordato che, affinché un bene possa essere validamente costituito in *waqf*, è necessario che il soggetto ne abbia la disponibilità. Secondo il C.J.C., per poter disporre a favore di causae piae occorre che si possa “ex iure naturae et ecclesiastico libere de suis

¹⁰⁴ Nel diritto inglese, tanto per i *charitable trusts*, quanto per i *private trusts*, è richiesta la *certainty of the subject matter*. Vedi: G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 169.

¹⁰⁵ Y. IBN SHARAF NAWAWI, L.W.C. VAN DEN BERG, *Minhāj al-ṭalibīn = Minhāḍj at-ṭalibīn: le guide des zélés croyants*, vol. II, libro XXIII, sez. I.

¹⁰⁶ B. ADDA, E.D. GHALIOUNGI, *Le waqf*, cit., p. 24.

¹⁰⁷ Mentre secondo il *Mortmain and Charitable Uses Act 1888* (art. 4) non potevano essere costituiti in *charitable trust* beni immobili mediante testamento, secondo il *Mortmain and Charitable Uses Act 1891* (art. 5) tale costituzione è stata ammessa con particolari cautele, così G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 150; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 267. Nel diritto inglese, vige la regola generale per cui possono essere destinati a una *charity*, sia *inter vivos* che *mortis causa*, tanto i beni immobili quanto quelli mobili.

¹⁰⁸ In proposito si può ricordare la divergenza d'opinioni tra il fondatore della scuola hanafita e i suoi due famosi discepoli, già più volte citati.

¹⁰⁹ Il *qadī* malichita spagnolo IBN ASIM, ABU BAKR MUHAMMAD, *Tuhfat al hukkam, Traité de Droit musulman*. La Tohfāt d'Ebn Acem, texte arabe avec traduction française, commentaire juridique & notes philologiques par O. Houdas, F. Martel, Editeur Gavault Saint-Lager, Alger, 1882, dice: “e c'era divergenza fra gli antichi (circa l'ammissibilità del *waqf*) di animali e di cose mobili”.

¹¹⁰ Y. IBN SHARAF NAWAWI, L.W. C.VAN DEN BERG, *Minhāj al-ṭalibīn = Minhāḍj at-ṭalibīn : le guide des zélés croyants*, cit., p. 182.



bonis statuere”, come afferma il citato canone 1299 che riprende in toto la disposizione del canone 1513 del vecchio codice canonico.

La dottrina musulmana arriva a considerare nullo il *waqf* di cosa altrui¹¹¹, però, nella relativa abbondante casistica delle fonti musulmane, ciò che riguarda la disponibilità giuridica è talora confuso con ciò che riguarda la disponibilità di fatto del bene.

C) Lo scopo. Affinché si abbia una causa pia o un *waqf khayrî* occorre che la destinazione dei beni sia fatta per il raggiungimento di uno scopo specifico che possa essere qualificato come un fine che abbia un'utilità sociale. Però, non è facile ricavare una definizione unitaria del concetto tecnico-giuridico di tale scopo all'interno di ambedue i sistemi giuridici. Tale difficoltà va ricondotta a vari fattori quali, ad esempio, i mutamenti che gli istituti in esame hanno subito nel tempo o anche le diverse opinioni dottrinali rispetto alla linea generale propria dell'ordinamento giuridico al quale si riferiscono. Così, il concetto di causa pia non è rimasto esattamente identico in tutto lo svolgimento storico del diritto canonico¹¹². La nozione hanafita di *qurbah* non è esattamente uguale a quella malichita e sciafita, e così via¹¹³.

Tra le difformità si può rilevare quella relativa alla determinatezza dello scopo. Il C.J.C., infatti, richiede la determinazione dello scopo indicato dal fondatore nell'atto di fondazione (c. 1284, ma anche nell'art 16 del codice civile italiano¹¹⁴. La stessa opinione è diffusa anche tra autorevoli giuristi hanafiti e malichiti, secondo i quali non

¹¹¹ B. TABBAH, *Le waqf*, in *Annales de l'Ecole française de droit de Beyrouth*, 1947, p. 59.

¹¹² Così è avvenuto anche per i giuristi inglesi, i quali riconoscono che è difficile definire il concetto giuridico di *charity*. Cfr. G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 107.

¹¹³ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 426.

¹¹⁴ In base a tale canone gli amministratori sono tenuti ad attendere alle loro funzioni con la diligenza di un buon padre di famiglia. Devono pertanto: 1) vigilare affinché i beni affidati alla loro cura in qualsiasi modo non vadano distrutti o subiscano danneggiamenti, [...]; 2) osservare le disposizioni canoniche e civili o quelle imposte dal fondatore o dal donatore o dalla legittima autorità, [...]; 3) esigere accuratamente e a tempo debito i redditi dei beni e i proventi, conservandoli poi in modo sicuro dopo la riscossione e impiegandoli secondo le intenzioni del fondatore o le norme legittime. L'art. 16 del Codice civile stabilisce che "l'atto costitutivo e lo statuto devono contenere la denominazione dell'ente, l'indicazione dello scopo, del patrimonio e della sede, nonché le norme sull'ordinamento e sull'amministrazione. Devono anche determinare [...] quando trattasi di fondazioni, i criteri e le modalità di erogazione delle rendite".

Nel *charitable trust*, al contrario, non era richiesta la *certainty of objects*, a patto che dal *trust instrument* si desumesse una *clear intention* del *settlor* di devolvere a una *charity* i beni costituiti in trust H.T. SNELL, *Principles of Equity*, Sweet & Maxwell, 1929, p. 103; G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 175.



occorre che sia determinato lo scopo del *waqf*, purché risulti chiaramente la volontà di costituirlo¹¹⁵.

Ma vi sono anche caratteri comuni alle due costruzioni giuridiche, primo tra tutti quello della perpetuità dello scopo, o almeno della sua lunga durata, essendo esclusi scopi meramente transitori¹¹⁶. È tra l'altro proprio da questo carattere comune della pia causa e della *qurbah* che derivano, nei due istituti paralleli, vari elementi strutturali analoghi, sui quali più avanti ci si soffermerà.

A ogni modo si può osservare in generale che, se si considera il concetto di causa pia nel suo svolgimento storico anteriore al C.J.C., escludendo le formulazioni codicistiche, sia tale concetto, sia quello musulmano di *qurbah*, comprendono tre fondamentali aspetti e cioè le disposizioni per l'adempimento dei doveri religiosi e di culto, quelle a favore della carità e della beneficenza e quelle aventi carattere di pubblica utilità. Questa terza categoria di disposizioni è esclusa dal concetto di causa pia accolto dalla codificazione canonica, perché secondo tale testo lo scopo religioso può avere solo due principali aspetti: *promotio cultus divini* ed *exercitatio caritatis spiritualis vel temporalis*¹¹⁷. Si può, quindi, affermare che gli scopi di carattere religioso e quelli caritatevoli hanno avuto sempre importanza nella costruzione giuridica canonistica e musulmana, dato il loro comune carattere confessionale¹¹⁸.

Va detto poi che, tanto nel diritto romano-cristiano anteriore al C.J.C., quanto nel musulmano rientrano in qualche modo nei rispettivi concetti di causa pia e di *qurbah* anche gli scopi aventi carattere di pubblica utilità. Furono, infatti, considerati come pia causa "il *legatum*

¹¹⁵ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, I, Le Caire, 1896, p. 123; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 428.

¹¹⁶ Si veda quanto disposto dai canoni 113- 123 dedicate dal nuovo codice canonico alle persone giuridiche e in particolare al canone 12° relativamente alle cause di estinzione delle fondazioni.

Per il diritto inglese vedi G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 202; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 266. Per il diritto musulmano vedi J.N.D. ANDERSON, *Recent development of the Shari'ah Law*, cit., p. 261.

¹¹⁷ Il canone 114 stabilisce, infatti, che "§ 1. Le persone giuridiche sono costituite [...] come insiemi sia di persone sia di cose ordinati a un fine corrispondente alla missione della Chiesa, che trascende il fine dei singoli", e che "§ 2. Come fini, di cui al §1, s'intendono quelli attinenti a opere di pietà, di apostolato o di carità sia spirituale sia temporale", così come faceva il vecchio codice canonico: F.W. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, cit., IV, 2, pp. 259-260.

¹¹⁸ Ad esempio, è considerata *qurbah* la costituzione di *waqf* a favore di poveri, di malati, di vecchi. A. D'EMILIA, *Per una comparazione tra le piae causae*, cit., p. 245.



in refectionem viarum aut pontium o pro custodia civitatis"¹¹⁹. Nel concetto musulmano, anche sciita, di *qurbah* rientrano gli scopi di pubblica utilità, come dimostrato dal fatto che può essere validamente costituito un *waqf* per favorire l'edificazione di ponti, strade, fontane, caravan serragli. Infine, l'ultima categoria compresa nella già citata quadripartizione è costituita da enti a beneficio del pubblico¹²⁰.

Diviene in tal modo più che evidente la funzione dell'istituto che non è solo diretto al perseguimento di scopi direttamente religiosi come la gestione di una moschea, di un luogo di culto, di una chiesa, ma anche a quelle attività tipiche della diaconia per i protestanti, come dimostra la trasmigrazione di tale possibilità nel diritto anglosassone, alle attività a carattere caritatevole e sociale per i cattolici. In conclusione per il diritto islamico il *waqf khayrì* può avere una funzione sociale che oggi definiremmo di *welfare* e contribuire così al benessere materiale della società, in sintonia con la funzione sociale della ricchezza che è propria dell'islam, una parte della quale va sempre posta al servizio del prossimo, nel pieno rispetto del principio di carità.

Nella quadripartizione, infine, v'è un'apposita categoria, la seconda, costituita dai trust per la promozione dell'istruzione¹²¹. Secondo il concetto canonico e musulmano lo scopo d'educazione è, rispettivamente, una causa pia o una *qurbah*, ma viene considerato dal punto di vista religioso e, quindi, rientra nella prima categoria esaminata¹²².

D) I beneficiari. Strettamente connesso con l'argomento concernente lo scopo è quello relativo ai beneficiari delle *causae piae*, e del *waqf khayrì*. Nei due sistemi giuridici essi sono direttamente o indirettamente designati dal costituente, in relazione allo scopo da lui indicato nell'atto costitutivo. Anche nel diritto musulmano è valido un *waqf* fatto a favore di Dio e della carità, senza altra designazione dei beneficiari; in tale caso il *waqf* si considera fatto a favore dei poveri¹²³.

Un'altra questione da affrontare, sempre con riferimento ai beneficiari, è quella relativa alla possibilità o meno che l'identità del

¹¹⁹ B. SANTALUCIA, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 779 ss.; A. TIRAQUELLUS, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., Praefatio, pp. 17 e 18.

¹²⁰ G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 122; G.M. KEETON, *The law of Trusts*, cit., p. 153.

¹²¹ G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 116; G.M. KEETON, *The law of Trusts*, cit., p. 147.

¹²² Questo orientamento è confermato per la Chiesa cattolica dalla vecchia codificazione canonica. F.W. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, cit., IV, 2, p. 260.

¹²³ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., I, p. 123.



costituente coincida con quella del beneficiario. Tale evenienza fu ammessa per le *causae piae* sia nell'oriente che nell'occidente cristiano. Muovendo da un commento al canone 115 vi è poi chi ha sostenuto la possibilità consentita dall'ordinamento canonico di vincolare i beni produttivi al finanziamento di attività ecclesiali e distingue tra le fondazioni canoniche "classiche", autonome e non autonome. Prendendo poi in esame le fondazioni-impresa, i fondi di investimento mobiliare, le fondazioni bancarie, quelle fiduciarie, le "Opere" e il "trust", il fedecommesso, l'autore conclude che, quasi tutte le figure prese in considerazione potrebbero essere ricondotte in un modo o nell'altro alle fondazioni¹²⁴. In tal modo l'ambito operativo delle fondazioni viene esteso oltre ogni limite e perciò non si vede perché anche la disciplina giuridica del *waqf* non potrebbe essere ricondotta in questa più ampia categoria.

7 - Il negozio giuridico costitutivo delle *causae piae* e del *waqf khayrì*

La costituzione delle *causae piae* e del *waqf khayrì* ha luogo per volontà del costituente, la quale regola anche essenzialmente la vita di ciascuno dei due istituti. Secondo il C.J.C., infatti, "la *pia voluntas* manifestata nella *tabula foundationis*" deve essere adempiuta "*diligentissime etiam circa modum administrationis et erogationis honorum*"¹²⁵. Nel diritto musulmano è principio generale, chiaramente enunciato nelle fonti, che la volontà del *waqif*, espressa nell'atto costitutivo, debba essere seguita come la

¹²⁴ "Di fatti, le fondazioni sono descritte dal legislatore canonico in modo talmente ampio da includere quasi tutte le combinazioni giuridiche che permettono di mettere dei beni in produzione per l'ottenimento di uno scopo prefissato, e non soltanto beni materiali ma addirittura spirituali [...] nell'ordinamento canonico, il principio generale espresso dal can. 1300 secondo cui «le volontà dei fedeli che donano o lasciano i propri averi per cause pie sia con atto tra vivi sia con atto valevole in caso di morte (...) devono essere scrupolosamente adempiute» ha una forza tale da tendere ad accogliere qualunque tipo di liberalità in favore della Chiesa, comunque essa sia giuridicamente formulata.

Ciò non implica che si debba sempre accettare ogni causa pia, ma comporta il rispetto della volontà del disponente in qualunque modo espressa, una volta che l'elargizione è stata accettata. Per questo motivo, i contorni dei tipi attraverso i quali la liberalità può avvenire rimangono spesso vaghi. Ma questa stessa indeterminazione, insieme con il prestigio morale che vanta l'istituzione – la Chiesa –, aumenta la fiducia delle persone nel buon uso dei beni elargiti". J. MIÑAMBRES, *Fondazioni pie e affini*, in *Ius ecclesiae*, XXI, 2009, pp. 333-346.

¹²⁵ Si tratta di un orientamento consolidato del diritto canonico (c. 1490. 1493. 1513, 1514) oggi ribadito dai canoni 1299-1300 del nuovo codice.



volontà della legge¹²⁶. Circa la forma di manifestazione della volontà del costituente va detto che essa risale al diritto *lato sensu* bizantino, dove veniva lasciata la più ampia libertà¹²⁷.

Il C.J.C., poi, stabilì che nelle manifestazioni di ultima volontà, se possibile, si dovevano osservare le forme solenni prescritte dal diritto civile; ma, se queste venivano omesse, si dovevano ammonire gli eredi affinché rispettassero egualmente la volontà del testatore, quando questa risultava comunque in modo certo¹²⁸.

In ordine all'interpretazione della volontà del *pius fundator* ha largamente agito il *favor negotii*. Numerosi sono al riguardo i *privilegia piae causae* menzionati nel trattato di Tiraquellus. Essi hanno valore generale¹²⁹ ovvero riguardano il caso che la volontà del costituente si sia manifestata in una donazione¹³⁰ o in un testamento¹³¹ o in un legato¹³², e si giunge talora ad ammettere che si possa andare *contra expressam testatoris voluntatem*¹³³.

¹²⁶ Come rilevato nel Trattato di Andreas Tiraquellus (1488–1558), giurista francese, ma anche la *Tuhfah* di **IBN ASIM**, cit., v. 1169. Anche nel diritto inglese, la vita del *charitable trust* è regolata in base alla volontà del costituente.

¹²⁷ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit.

¹²⁸ C. 1513: “in ultimis voluntatibus in bonum Ecclesiae serventur, si fieri potest, solemnitates iuris civilis; haec si ommissa fuerint, heredes moneantur ut testatoris voluntatem adimpleant”, ora vedi canone 1299, ma anche **B.J. GAUDAMET**, *Les fondations en Occident au Bas-Empire*, cit., p. 275.

¹²⁹ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 51: “Verba generalia habent in piis causis vim dispositionis”; priv. n. 127: “instrumenta invicem pugnancia in commodum piae causae interpretando sunt”.

¹³⁰ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 101: “Quamvis donatio inter contractus bonae fidei non annumeretur, favore tamen piae causae latissime interpretanda est”; vedi anche **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 781 ss.

¹³¹ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 165: “Voluntas testatoris ambigua pro pia causa interpretatur”; **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 782 ss., p. 780 ss.

¹³² **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 16: “In dubio legatum ad pias causas a testatore inductum debetur; alias secus”; anche **B.J. GAUDAMET**, *Les fondations en Occident au Bas-Empire*, cit, p. 276.

¹³³ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 70: “Tempora distincta et interpolata cointunguntur favore piae causae, etiam contra expressam testatoris voluntatem”, ma anche **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 781 ss.

Nel diritto inglese, per la dichiarazione di *charitable trust*, è richiesta la *certainty of words*, in modo che sia manifesta la precisa volontà del costituente di dar vita a una *charity*: vedi **G. HALSBURY**, *Laws*, cit., IV, p. 165; **F.W. MAITLAND**, *Equity*, 2^a ed., 1936, a cura di J. Brunyate, A.H. Chaytor, W.J. Whittaker, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.



Anche nel diritto *lato sensu* bizantino e nel diritto musulmano l'elemento intenzionale ha notevole rilevanza giuridica. Per il primo, basta ricordare la rilevanza giuridica dell'*animus*. Per il secondo, si deve menzionare l'operazione di trasposizione in campo giuridico dell'importanza attribuita all'intenzione nella sfera etico-religiosa, operazione realizzata conformemente a un famoso *hadit* secondo cui: "gli atti sono da giudicare in base all'intenzione"¹³⁴.

Anche in diritto musulmano la disciplina dettata con riferimento alla forma di manifestazione della volontà, necessaria per la valida costituzione di un *waqf*, ha subito delle modifiche. Il puro diritto musulmano hanafita, malikita, sciafita e hanbalita non richiedeva forme solenni per la costituzione di un *waqf*. A tal fine era sufficiente che fosse evidente un'effettiva volontà del costituente che poteva essere manifestata in modo esplicito o implicito. Successivamente, nella pratica malikita venne accolta la forma scritta, però solo *ad probationem*, così che mancando l'atto scritto, perché inesistente, o perito, o risalente a epoca remota, il *waqf* poteva essere provato mediante testimoni o mediante la pubblica notorietà¹³⁵. Nonostante tale modifica, permane tuttora una disciplina differenziata all'interno dei vari paesi musulmani, perché le altre scuole giuridiche sunnite non hanno condiviso quella novità introdotta dalla dottrina malichita.

Sempre con riferimento al momento costitutivo dei due istituti presi in esame va detto che, tanto nel diritto canonico e in quello musulmano, il trasferimento dei beni destinati a una causa pia o a una *qurbah* può avvenire mediante negozio *inter vivos* o *mortis causa*¹³⁶.

Nel diritto romano – cristiano, per ambedue i casi di

Non è richiesto l'uso della parola *trust* o di altre parole o formule solenni. È necessaria e sufficiente una *general paramount intention of charity*, considerato che il *trust* è il prodotto più importante dell'*equity* e, quindi, è fondamentale la massima *equity regards the intention rather than the form*. Spetta all'autorità giudiziaria decidere di volta in volta se le espressioni usate dal costituente siano o no sufficienti a dar vita a un *express trust*. Per un *express trust of lands*, costituito *inter vivos*, è invece richiesta la forma scritta *ad probationem* rispetto all'atto di trasferimento dei beni, da compiersi nelle forme ordinariamente prescritte per ciascuna categoria dei beni costituiti in *trust*. P. LEPAULLE, *Traité théorique et pratique du trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 243. Infine, per un *express trust* costituito *by will* la forma scritta è sempre richiesta *ad substantiam*, dato che è principio generale del diritto inglese che ogni atto avente i caratteri di una disposizione testamentaria debba essere compiuto secondo la forma propria dei testamenti.

¹³⁴ V. in proposito A. D'EMILIA, *L'abuso del diritto secondo i giuristi musulmani*, in *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, p. 151 ss.

¹³⁵ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 429.

¹³⁶ Così anche nella common law il trasferimento dei beni a una *charity* può avvenire mediante negozio *inter vivos* o *mortis causa*



costituzione, si sono avute notevoli manifestazioni del *favor negotii*, come appare evidente da uno sguardo ai numerosi privilegi che riguardavano sia le donazioni¹³⁷, sia la materia testamentaria¹³⁸, sia i legati¹³⁹ e i fedecommessi¹⁴⁰ e, nel caso in cui queste non venissero rispettate, era prevista la nullità dell'ente¹⁴¹.

Del pari, nel puro diritto musulmano, allorché la costituzione di un *waqf* avviene *mortis causa*, essa è regolata dalle norme relative all'atto di ultima volontà. Da ciò consegue che non si può superare il terzo del proprio patrimonio, in quanto, secondo le norme coraniche, questo è il limite entro cui il costituente può disporre dei propri beni per atto di ultima volontà. Nel caso in cui la costituzione non avvenga *mortis causa*, essa può invece abbracciare anche la totalità del patrimonio del costituente.

Un altro aspetto da analizzare è quello relativo all'ammissibilità

¹³⁷ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 100: "Donatio omnium bonorum tam praesentium quam futurorum non valet nisi fiat piae causae; priv. n. 123: "iure Digestorum nudo pacto facta donatio ad pias causas valebat"; **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 781 ss.

¹³⁸ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 3: "in testamentis ad pias causas solum iuris gentium vel divini ratio habeatur; priv. n. 12: "si constat de voluntate testatoris, quibuscumque verbis vel iudiciis testamentatum ad pias causas conscriptum inveniatur, effectum sortiatur", ma anche **B.J. GAUDAMET**, *Les fondations en Occident au Bas-Empir*, cit., p. 277.

¹³⁹ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 56: "Legatum in genere pauperibus vel ecclesiae non evanescit ut incertis personis relictum"; priv. n. 55: "legatum incertum ad pias causas valet et secundum aestimationem patrimonii legati quantitas definire debet". **B. SANTALUCIA**, voce *Fondazione (dir. romano)*, cit., p. 782 ss.

¹⁴⁰ **A. TIRAQUELLUS**, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 27: "Quarta Trebellianica non deducitur ex fideicommisso universalis ad pias causas"; priv. n. 39: "relicto fideicommisso ad pias causas, ipso iure actiones in fideicommissarium transferentur", ma anche **B.J. GAUDAMET**, *Les fondations en Occident au Bas-Empir*, cit., p. 276.

¹⁴¹ Nel diritto inglese, salvo varie esenzioni, i trasferimenti *inter vivos* di una *land* o di una cosa mobile da impiegare nell'acquisto di una *land* a favore di una *charity*, erano soggetti ad alcune restrizioni e, nel caso in cui queste non fossero state rispettate, era prevista la nullità dell'istituto. A partire dal 1925, tali tipi di trasferimenti poterono essere effettuati in *any form which would be appropriate to such assurances if they were made to not charitable uses*. **G. HALSBURY**, *Laws*, cit., IV, pp. 142-144. Quanto invece al trasferimento di una *land* *mortis causa* a favore di un *charitable use*, esso era stato ammesso, salvo alcune eccezioni, dal *Charitable Uses Act del 1891* con certe cautele. Per il caso di un legato fatto a favore di una *charity* e avente per oggetto beni mobili da impiegare nell'acquisto di una *land* e se il trasferimento di una *land* avveniva *by will*, il diritto inglese imponeva di osservare le norme proprie dei testamenti. **G. HALSBURY**, *Laws*, cit., IV, pp. 142-157.



della revoca della costituzione di *waqf*¹⁴². All'interno del diritto musulmano, ci sono come sempre delle difformità tra le scuole giuridiche. I malichiti, infatti, negano la revocabilità della costituzione di *waqf*; mentre fra i giuristi hanafiti v'è divergenza di opinioni. L'unico caso in cui, tanto il fondatore della scuola hanafita, quanto i suoi due famosi discepoli negano la possibilità di revoca è quello in cui la costituzione sia avvenuta in seguito a un processo fittizio dinnanzi al *qadi*¹⁴³.

L'ultima questione da affrontare, relativamente alla costituzione dei due istituti presi in considerazione, è la possibilità di apporre condizioni o termini nell'atto costitutivo o in un momento successivo.

Nel diritto romano – cristiano il negozio costitutivo di una causa pia è suscettibile di condizione, di termine e di modo. Anche circa questi *accidentalia negotii* si è talora manifestato il *favor negotii*, come appare da alcuni privilegi menzionati dal Tiraquellus sia per la condizione¹⁴⁴, sia per il modo¹⁴⁵.

Nel diritto musulmano, c'è invece di nuovo divergenza di opinioni fra le varie scuole. Solo i malichiti hanno ammesso che una costituzione di *waqf* possa essere sottoposta sia a condizione¹⁴⁶, sia a termine iniziale o finale¹⁴⁷. Per gli hanafiti invece il *waqf* deve essere perpetuo, mentre vi è divergenza d'opinioni circa l'opponibilità di una condizione alla costituzione di *waqf*. A ogni modo, tutti gli esponenti della scuola di Abu Hanifa hanno concordato nel riconoscere l'efficacia giuridica alla volontà del costituente, anche in quanto si concreterà in futuro rispetto ad alcuni elementi del rapporto del *waqf*. Si tratta in particolare delle cosiddette "dieci condizioni" che sono già state menzionate e che sono divenute clausole di stile nelle costituzioni hanafite di *waqf*.

¹⁴² Nel diritto inglese, secondo l'articolo 4 del *Mortmain and Charitable Uses Act* del 1888, i trasferimenti per atto *inter vivos* di una *land* o di una cosa mobile da impiegare nell'acquisto di una *land* a favore di una *charity* dovevano essere fatti "without any power of revocation for the benefit of the assesor or any person claiming under him". G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 200.

¹⁴³ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., I, nn. 172-173; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 430.

¹⁴⁴ A. TIRAQUELLUS, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. nn. 59, 61, 75, 8, ma anche B.J. GAUDAMET, *Les fondations en Occident au Bas-Empir*, cit., p. 278.

¹⁴⁵ A. TIRAQUELLUS, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. nn. 49, 74. Nel diritto inglese il lascito a una *charity* può essere fatto sotto condizione o a termine (G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, pp. 220-222).

¹⁴⁶ K. IBN ISHAQ, *Mukhtasar*, [trad. di D. Santillana], vol. II, p. 560, n. 13.

¹⁴⁷ K. IBN ISHAQ, *Mukhtasar*, vol. II, cit., p. 560, n. 15.



Da ultimo, va menzionata la posizione radicale, presa su tale punto dalla scuola sciafita, secondo cui la volontà del costituente non può essere sottoposta né a condizione, né a termine. Secondo gli sciafiti, infatti, la volontà si deve concretare e manifestare definitivamente in ogni sua direzione al momento della formazione dell'atto costitutivo.

8 - Caratteri strutturali comuni e analoga funzione dei due istituti giuridici ed effetti rispetto ai beni che ne costituiscono l'oggetto

Prima di trattare degli effetti che la costituzione delle *causae piae* e del *waqf khayrî* hanno sui beni che sono oggetto dei due istituti, si rende necessaria una premessa relativa alle opinioni dottrinali concernenti la determinazione del *subiectum iuris*, perché, da tale confronto si può evincere una maggiore analogia tra opinioni enunciate sia in epoche diverse e nell'ambito di differenti ordinamenti giuridici, sia tra quelle espresse nella stessa epoca e nell'ambito dello stesso ordinamento giuridico.

In generale, si può notare che per il diritto canonico la causa pia è stata considerata elemento fondamentale della persona giuridica. Il C.J.C. distingue, infatti, le *causae piae* dalle *piae foundationes*¹⁴⁸: solo le prime possono divenire persone giuridiche e precisamente *personae morales non collegiales* (cc. 113-115)¹⁴⁹.

Quanto al diritto musulmano, la personalità giuridica del *waqf* è stata affermata da alcuni giuristi e negata da altri. Va in proposito ricordato che il malikita Ibn 'Arafah, avendo nella sua definizione di *waqf* considerato come soggetto di diritto il costituente, ha aggiunto: "sia pure fittiziamente", poiché tutta la struttura del *waqf* esclude nel modo più assoluto la permanenza del diritto di proprietà in capo al fondatore. L'avverbio "fittiziamente", usato dal giurista malikita, potrebbe far pensare a un parallelo dottrinale musulmano del concetto di finzione, che è divenuto uno dei dogmi dominanti nella elaborata dottrina occidentale delle persone giuridiche. Ma tale analogia viene subito negata se si considera che, nella pura dottrina musulmana, l'esistenza reale è considerata quella della persona fisica e viene contrapposta all'esistenza giuridica, qual è quella, ad esempio, di una

¹⁴⁸ Così avveniva anche nel vecchio codice canonico (c. 99-100) Per la terminologia e le partizioni del vecchio C.I.C. in questa materia vedi F.W. WERNZ, P. VIDAL, *Ius canonicum*, cit., IV, 2, pp. 260-262.

¹⁴⁹ Non è invece persona giuridica il *charitable trust*, sebbene nel diritto inglese sia conosciuto il concetto di personalità giuridica. R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 145, nt. 1, e pp. 178-179.



moschea¹⁵⁰.

Nonostante tale diversità, se si passa a un'analisi delle opinioni dottrinali mediante le quali si è cercato di determinare il *subiectum iuris* nei due istituti in esame, si possono notare interessanti analogie soprattutto tra la dottrina di civil law dei paesi occidentali e quella musulmana¹⁵¹. Un'altra analogia si può notare circa la personificazione della volontà del costituente.

Anche secondo il capo della scuola hanafita, Abu Hanifa, titolare della *raqabah* (capitale) del bene *waqf* sarebbe il costituente. Anche il malichita Ibn 'Arafah ha considerato nel *waqf* il costituente come soggetto di diritto, però in modo fittizio.

Un certo parallelismo in ordine a un altro tentativo di determinare il *subiectum iuris* nella *causae piae* e nel *waqf* è derivato dal comune carattere confessionale della costruzione giuridica romano – cristiana e di quella musulmana. Come, infatti, nelle fondazioni romano – cristiane si è avuta una personificazione del Santo per influsso della concezione canonica secondo la quale i beni degli istituti ecclesiastici si consideravano appartenenti a Dio, a Cristo, ai Santi, così, secondo alcuni giuristi musulmani titolare della *raqabah* del bene reso *waqf* è Dio, mentre titolari della *manfa'ah* (reddito) sono i beneficiari¹⁵².

Da ultimo, va detto che nella ricerca del *subiectum iuris* della fondazione considerata persona giuridica solo la dottrina di civil law dei paesi occidentali ha personificato anche lo scopo e il patrimonio,

¹⁵⁰ Vedi i passi dei due giuristi malichiti, commentatori l'uno della *Tufah* di Ibn 'Asim e l'altro del *Mukhtasar* di Ibn Ishaq, citati da **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., I, p. 170, n. 176.

¹⁵¹ Anche i giuristi musulmani hanbaliti hanno considerato i beneficiari soggetti di diritto nel *waqf*: **J.N.D. ANDERSON**, *Recent developmnet of the Shari'ah Law*, IX, in *The Muslim World*, XLII, 1952, pp. 266 e 275. I *fuqaha* delle altre tre scuole giuridiche ortodosse hanno invece considerato i beneficiari soggetti di diritto solo nei riguardi del reddito (*manfa'ah*) e non anche del capitale (*raqabah*). Inoltre, secondo il Saleilles vi sarebbe un'analogia tra la sua concezione, sopra ricordata, delle *piae causae* bizantine e il concetto di *charitable trust* inglese, in quanto anche in quest'ultimo i diritti sono esercitati da un fiduciario che rappresenta tutti i beneficiari: **R. SALEILLES**, *Les piae causae dans le droit de Justinien*, in *Melanges Gerardin*, Paris, 1907, pp. 539-540; **J.R. BARNES**, *An introduction to religious foundations in the Ottoman empire*. Leiden, E.J. Brill, 1986.

¹⁵² Tra i sostenitori di tale ultima tesi vanno annoverati i due discepoli di Abu Hanifa, Abu Yusuf e Muhammad ash-Shaybani, la cui opinione fu seguita anche da fuqaha di altre scuole come, ad esempio, dallo sciafita **Y. IBN SHARAF NAWAWI**; **L.W.C. VAN DEN BERG**, *Minhaj al-talibin = Minhaj at-talibin: le guide des zelés croyants*, vol. II, lib. XXIII, sez. III: "è manifesto che la proprietà della sostanza (*raqabah*) dell'oggetto immobilizzato è trasferito a Dio"; vedi anche **E. SACHAU**, *Muhammedanisches Recht nach shafitischer Lehre*, cit., p. 617.



cioè altri due elementi costitutivi dell'istituto. Infatti, nel diritto canonico, essendo stato considerato isolatamente e individualizzato lo scopo delle disposizioni pie, cioè la causa pia, il patrimonio che ne era oggetto venne distinto da quello della Chiesa o dell'ente legatario e venne personificato in quanto destinato a un uso determinato. Alcune di queste concezioni sono state utilizzate da studiosi di civil law dei paesi occidentali per tentare di spiegare la natura giuridica del *waqf khayrì*, mentre sono rimaste ignote ai giuristi musulmani¹⁵³.

Relativamente ai comuni caratteri strutturali delle *causae piae* e del *waqf khayrì*, con particolare riguardo agli effetti che la costituzione dei due istituti provoca rispetto ai beni che ne sono oggetto va rilevato che tale analogia strutturale deriva da quella funzionale. Si è, infatti, già ricordato che tanto le *causae piae*, quanto il *waqf khayrì* hanno la funzione di assicurare durevolmente, favorendola nel campo del diritto, la destinazione di mezzi economici all'adempimento di doveri religiosi e di culto, di carità e di beneficenza, come anche al soddisfacimento di esigenze di pubblica utilità. Data la perpetuità, o almeno la lunga durata dello scopo, in tutti e due i sistemi giuridici la destinazione del patrimonio ha carattere di perpetuità, o almeno di lunga durata. Così, secondo il C.J.C., le *causae piae* portano con se la destinazione perpetua di beni o redditi a scopo religioso o di carità. Lo stesso nuovo codice canonico (c. 120) dispone espressamente che "*persona moralis, natura sua, perpetua est*"¹⁵⁴. Allo stesso modo in alcune fonti giuridiche musulmane, a proposito del *waqf* è detto che la sua condizione è la perpetuità, appunto perché lo scopo per cui si procede alla costituzione di *waqf* non deve essere destinato a cessare¹⁵⁵.

¹⁵³ Così anche **M.B. TABBAH**, *Le Waqf*, in *Annales de l'Ecole française de droit de Beyrouth*, 1947, pp. 75 e 119, oggi in **J.M. MOUSSERON**, *La réception au Proche-Orient du droit français des obligations*, in *Revue internationale de droit comparé*, v. 20, 1, 1968, pp. 37-78.

¹⁵⁴ Il Can. 120 § 1 sancisce la perpetuità della persona giuridica per sua natura, ma si estingue se viene legittimamente soppressa dalla competente autorità o se ha cessato di agire per lo spazio di cento anni. La persona giuridica privata si estingue se l'associazione stessa si scioglie a norma degli statuti, oppure se, a giudizio dell'autorità competente, la stessa fondazione ha cessato di esistere a norma degli statuti.

Anche nel diritto inglese i beni possono essere vincolati in *perpetuity*, o almeno per un lungo periodo di tempo, *for those purposes known as charitable objects*, mentre ciò non è ammesso per i *private trusts*. **R. DAVID** (avec la collaboration de H. C. Gutteridge et de B.A. Wortley), *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre*, Librairie du Recueil Sirey, 1948, p. 192 ss.

¹⁵⁵ Questo carattere di perpetuità del *waqf* è considerato essenziale dalle scuole hanafita: **B. ADDA**, **E.D. GHALIOUNGHI**, *Le waqf*, cit., p. 12. Così la scuola hanbalita, **IBN QUDAMA**, *Kitab al-'Umda*, trad. Di Laoust, p. 123. Gli sciafiti, mossi



Dalla perpetuità della destinazione di un bene o di un patrimonio a una causa pia o a una *qurbah*, derivano alcuni caratteri strutturali delle *causae piae* e del *waqf khayrì*, e cioè la loro inalienabilità e la loro imprescrittibilità.

Poiché il regime delle *causae piae* venne assimilato, per la loro alienabilità, a quello dei beni ecclesiastici¹⁵⁶, e questi ultimi furono sottratti al commercio, le *piae causae* aumentarono come gli enti ecclesiastici quella cosiddetta mano-morta contro la quale, per ragioni politiche ed economiche, vennero emanate in vari periodi storici numerose norme legislative statuali¹⁵⁷.

Infine, nel diritto musulmano è principio fondamentale l'inalienabilità del valore del capitale immobilizzato per una *qurbah*¹⁵⁸. Questo principio è però contemperato dall'altro relativo al cosiddetto interesse o profitto del *waqf* per cui si consiglia non solo di mantenere, ma anche di migliorare la produttività del bene reso *waqf*.

Per quanto riguarda la questione dell'imprescrittibilità, si deve ricordare che nel diritto lato sensu bizantino, a danno delle *piae causae* agiva la *longissimi temporis praescriptio*, la cui durata continuò a essere di quarant'anni, mentre negli altri casi fu ridotta a trenta. Tale regola si mantenne invariata anche nella disciplina successiva, come dimostra il privilegio numero 139 del Trattato di Tiraquellus, in cui si legge che "*piae causae praescribuntur tantum spatium quadraginta annorum*".

Un parallelismo, secondo alcuni causato da recezione si ebbe nel diritto musulmano hanafita,¹⁵⁹ Mentre nel diritto malichita il *waqf* è

dal *favor negotii*, considerano come non apposta la limitazione di tempo inserita in una costituzione di *waqf khayrì*, così E. SACHAU, *Muhammedanisches Recht nach shafitischer Lehre*, cit., pp. 613-615. La malichita che, come si è ricordato, ha anche ammesso il *waqf* temporaneo e la legge egiziana del 1946, all'articolo 16, considerano lo spirare del termine finale come una delle cause di cessazione del *waqf*.

¹⁵⁶ A. TIRAQUELLUS, *De privilegiis piae causae tractatus*, cit., priv. n. 137: "eadem requiritur solemnitates in alienatione rerum piarum causarum quae in alienatione rerum ecclesiasticarum".

¹⁵⁷ Anche in Inghilterra, per evitare che i beni fossero colpiti di inalienabilità perpetua o per un tempo eccessivamente lungo, fu emanata una *Rules against perpetuities*. A essa però sono soggetti i *private trusts* e non, secondo quanto è pacifico in dottrina e in giurisprudenza, anche i *charitable trusts*, in considerazione dell'utilità sociale della *charity*: vedi R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 279; G.M. KEETON, *The law of Trusts*, cit., p. 135. Nel diritto inglese non v'è un assoluto divieto di alienazione di *charity lands*, ma una loro vendita è di solito raramente giustificabile (G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 255).

¹⁵⁸ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'apres la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., I, p. 255; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 437; M.B. TABBAH, *Le Waqf*, cit., p. 103.

¹⁵⁹ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 439.



imprescrittibile¹⁶⁰, la scuola hanafita giunse ad ammettere contro il *waqf* una prescrizione di trentatré o di trentasei anni, diversamente dalla prescrizione ordinaria di quindici anni¹⁶¹. Con riferimento al momento di efficacia dei due istituti presi in esame, va, da ultimo, posta in evidenza una certa analogia esistente tra il regime canonico relativo alla *commutatio* delle *causae piae* e l'opinione espressa da alcuni giuristi musulmani circa il caso di sopravvenuta impossibilità di raggiungere lo scopo al quale furono destinati dal fondatore i beni costituiti in *waqf*¹⁶².

Al venir meno della *qurbah* siamo di fronte a una divergenza d'opinioni tra i giuristi musulmani. Secondo il malichita Khalil in tal caso: "il *waqf* sarà devoluto a uno scopo analogo, quando il primo sia distrutto o estinto, per modo che non si possa sperare di ripristinarlo"¹⁶³. Altri giuristi musulmani hanno invece ritenuto che, venendo a mancare la *qurbah* indicata nell'atto costitutivo, debba cessare il regime di *waqf*.

9 - Confronto tra i regimi giuridici relativi al *subiectum administrationis* nelle *causae piae* e nel *waqf khayrì*

Necessario elemento per il funzionamento pratico sia delle *causae piae*, sia del *waqf khayrì* è un *subiectum administrationis*, detto nella

¹⁶⁰ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 439; J. LUCCIONI, *Le habous ou waqf (rite malékite et hanéfite)*, tomo XII della collezione dei Centres d'études juridiques de l'Institut des Hautes Etudes Marocaines, Casablanca, 1952, p. 64.

¹⁶¹ IBN ABIDIN, *Radd al-mukhtar 'ala d-Durr al-mukhtar*, trad. di B. Adda e E.D. Ghaliounghi, n. 71, p. 34; M.B. TABBAH, *Le Waqf*, cit., p. 106.

¹⁶² Quanto previsto dal diritto canonico trova riscontro nell'articolo 28 del codice civile italiano, emanato con riferimento alla *commutatio piarum dispositionum*. Tale articolo dispone che quando lo scopo è divenuto impossibile, l'autorità governativa, anziché dichiarare estinta la fondazione, può provvedere alla sua trasformazione, allontanandosi il meno possibile dalla volontà del fondatore. Ma al secondo comma del medesimo articolo si precisa che tale trasformazione non si può applicare alle fondazioni familiari.

Il diritto inglese, per il caso in cui lo scopo che il *settlor* si propone di raggiungere con il *charitable trust* sia divenuto impossibile, stabilisce che l'istituto venga amministrato nella maniera più simile possibile a quella indicata dal costituente. Si applica cioè la dottrina cosiddetta *cy-près*, a condizione però che, al momento della costituzione, sia stata manifestata una *general charitable intention*. Va aggiunto inoltre che questa dottrina del *cy-près* si applica anche se l'istituto cui è stato fatto il lascito per soddisfare una *charity* non esiste, non può o non vuole accettare. G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 221; R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 265

¹⁶³ K. IBN ISHAQ, *Mukhtasar*, cit., vol. II, p. 558, n. 21.



terminologia musulmana *nazir o mutawalli*¹⁶⁴. La difficoltà di una trattazione unitaria dell'argomento deriva anche dal fatto che le relative norme o sono contenute in decisioni giurisprudenziali, oppure sono sparse in ampie opere dottrinali, ricche di abbondante e minuta casistica, come nel caso dei passi dedicati al *nazir* nei libri di *figh* musulmani. Per queste ragioni, ci si limiterà in questa sede a comparare solo qualche punto della disciplina dettata in materia di gestione degli istituti presi in esame.

In primo luogo va affrontata la questione della nomina dell'amministratore che, tanto nel diritto romano-cristiano, quanto nel musulmano, può essere fatta dallo stesso costituente, il quale può anche nominare se stesso amministratore¹⁶⁵. Nel caso in cui il fondatore non indichi nell'atto costitutivo il soggetto incaricato dell'amministrazione, la relativa nomina viene effettuata da un'autorità che, sia nel diritto *lato sensu* bizantino che nel C.J.C. è il vescovo, e nel diritto musulmano è il *qadi*¹⁶⁶.

Per quanto concerne gli obblighi, a cui il soggetto nominato amministratore è sottoposto, in tutti e due i casi è stabilito il dovere di adempiere nel modo più scrupoloso la volontà del fondatore, manifestata nell'atto di costituzione, circa il modo di amministrare i beni. Il nuovo C.J.C. (c. 1300) dispone che "*voluntates fidelium facultates suas in pias causas donationum vel relinquentium ... diligentissime impleantur etiam circa modum administrationis et erogationis bonorum*"; e, nel diritto musulmano, il *nazir* è tenuto ad

¹⁶⁴ I due vocaboli sono sinonimi, così **IBN ABIDIN**, *Radd al-mukhtar 'ala d-Durr al-mukhtar*, cit., p. 225.

¹⁶⁵ **P. DUFF**, *Personality in Roman private Law*, 1938, p. 180. Per il diritto romano-cristiano vedi **A. D'EMILIA**, *Lezioni di diritto bizantino. Le persone*, Roma, 1949, p. 115; per il diritto inglese **G. HALSBURY**, *Laws*, cit., IV, p. 195; per il diritto musulmano vedi **K. IBN ISHAQ**, *Mukhtasar*, cit., vol. II, p. 561, n. 18, 2; **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., II, p. 444. Per le *pieae causae* vedi **M. ROBERTI**, *Svolgimento storico del diritto privato in Italia*, Cedam, Padova, 1935, I, p. 264. Che il fondatore del *waqf* possa nominare se stesso amministratore è ammesso da hanbaliti e da sciiti, ma non dai malichiti e sciafiti; **D. SANTILLANA**, *Istituzioni*, cit., II, p. 444; **J. LUCCIONI**, *Le habous ou waqf (rite malékite et hanéfite)*, cit., pp. 59-60.

¹⁶⁶ Il Nuovo codice canonico stabilisce al Can. 1301 "§ 1. L'Ordinario è l'esecutore di tutte le pie volontà, sia vevoli in caso di morte sia tra vivi.

§ 2. In forza di questo diritto l'Ordinario può e deve vigilare, anche con la visita, perché le pie volontà siano adempiute, e gli altri esecutori, terminato il loro compito, devono rendergliene conto.

§ 3. Le clausole contrarie a questo diritto dell'Ordinario, annesse alle ultime volontà, si considerino come non apposte.



attenersi strettamente a quanto sancito nell'atto costitutivo¹⁶⁷.

L'analogia fra diritto canonico e musulmano è anche evidente circa i più precisi obblighi dell'amministratore. Il nuovo codice canonico al canone 1284 stabilisce – come si è detto – che:

§ 1. Tutti gli amministratori sono tenuti ad attendere alle loro funzioni con la diligenza di un buon padre di famiglia.; § 2. Devono pertanto: 1) vigilare affinché i beni affidati alla loro cura in qualsiasi modo non vadano distrutti o subiscano danneggiamenti [...] ¹⁶⁸,

mentre il *nazir* debba conservare in buono stato i beni resi *waqf* è, del pari, un suo preciso obbligo posto nei libri di *figh*¹⁶⁹.

Inoltre, gli amministratori dei beni ecclesiastici, sempre in base al c. 1284, devono

“4) esigere accuratamente e a tempo debito i redditi dei beni e i proventi, conservandoli poi in modo sicuro dopo la riscossione e impiegandoli secondo le intenzioni del fondatore o le norme legittime; 5) pagare nel tempo stabilito gli interessi dovuti a causa di un mutuo o d'ipoteca e curare opportunamente la restituzione dello stesso capitale”;

così come il *nazir* di un *waqf* deve assicurare la *manfa'ah* (reddito) ai beneficiari, è obbligo chiaramente desumibile dai libri di *figh*.

L'obbligo di seguire l'intenzione del fondatore è imposto anche al *nazir*, come si è già avuto occasione di sottolineare. Si può rilevare un'ulteriore analogia nell'obbligo di provvedere all'ordinaria amministrazione che incombe sia sull'amministratore di una causa pia sia sul *nazir* di un *waqf*. Del pari, solo l'ordinaria amministrazione spetta al *nazir* di un *waqf* e tutto ciò che egli compie eccedendo tale suo potere

¹⁶⁷ Nel vecchio codice canonico la materia era regolata dal canone 1514: E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., II, p. 36; L. MILLIOT, *Recueil de jurisprudence chérifienne*, E. Leroux, Paris, 1924, II, p. 169; III, p. 170. Nel diritto inglese, il trustee deve “fulfill the founder's true intention, in preference to the letter of the instrument of the trust”: G.M. KEETON, *The law of Trusts*, cit., p. 176.

¹⁶⁸ Il C.J.C. (c. 1523) disponeva che “administratores bonorum ecclesiasticorum ... debent vigilare ne bona ecclesiastica suae curae concredita quoque modo pereant ac detrimentum capiant”.

È stato espressamente indicato come uno degli obblighi normali del trustee quello di preservare il patrimonio fiduciario conservandolo, giuridicamente e materialmente, intatto per lo scopo per il quale il trust fu creato, G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 321.

¹⁶⁹ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., II, p. 36.



è nullo¹⁷⁰.

Va poi detto che l'amministratore della causa pia e il *nazir* devono esercitare le loro funzioni con diligenza, ovvero:

"7) tenere bene in ordine i libri delle entrate e delle uscite; 8) redigere il rendiconto amministrativo al termine di ogni anno; 9) catalogare adeguatamente documenti e strumenti, sui quali si fondano i diritti della Chiesa o dell'istituto circa i beni, conservandoli in un archivio conveniente e idoneo; depositare poi gli originali, ove si possa fare comodamente, nell'archivio della curia". (Can. 1284 del nuovo codice canonico).

Anche il *nazir* deve usare diligenza nella sua amministrazione: le fonti musulmane sanciscono che il soggetto in questione è anche responsabile dei danni subiti per sua colpa dal *waqf*¹⁷¹.

Vi è poi corrispondenza tra gli obblighi incombenti sugli amministratori dei due istituti presi in considerazione; si può far riferimento al fatto che, in tutti i casi, è stabilito che l'amministratore non deve trarre profitto dai beni che amministra¹⁷² e che analogo principio si trova nel diritto musulmano, in cui si sancisce che il *nazir* non può comprare per se una cosa del *waqf*, né vendere a quest'ultimo una cosa sua, nemmeno se l'operazione fosse vantaggiosa per il *waqf*¹⁷³.

Un ultimo punto relativo alla disciplina della gestione dei due istituti che merita menzione ai fini della comparazione è quello relativo alla possibilità dell'amministratore di servirsi di agenti che lo assistano nello svolgimento delle sue funzioni¹⁷⁴. Nel diritto musulmano se il

¹⁷⁰ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'après la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., II, p. 35; J. LUCCIONI, *Le habous ou waqf (rite malékite et hanéfite)*, cit., p. 77; M.B. TABBAH, *Le Waqf*, cit., p. 59.

¹⁷¹ D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, p. 445; J. LUCCIONI, *Le habous ou waqf (rite malékite et hanéfite)*, cit., p. 77; M.B. TABBAH, *Le Waqf*, cit., p. 123.

¹⁷² In merito a tale dovere si può dire che esso costituisce principio di applicazione generale e rigida, frequentemente affermato nel *judiciary law*. Si vedano i cases citati da R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., p. 373, n. 1.

¹⁷³ M. D'OHSSON, *Tableau de l'empire Othoman*, Parigi, 1787-1824, II, p. 547.

¹⁷⁴ Nel diritto inglese, si è per molti anni ammessa tale possibilità ma, allo stesso tempo, si è affermata la responsabilità del *trustee* per l'opera dei mandatari da lui nominati. Ciò, ovviamente, comportava che l'amministratore avesse delle remore a nominare agenti se non aveva la massima fiducia nei soggetti da lui indicati per compiere le funzioni di sua competenza. Fu così che si diede inizio a un lungo lavoro giurisprudenziale che condusse all'approvazione dell'articolo 25 del *Trustee Act* del 1925. In base a tale disposizione legislativa il *trustee* è autorizzato a servirsi, per casi singoli, di agenti; egli però non è responsabile delle eventuali conseguenze dannose degli atti compiuti dall'agente purché quest'ultimo sia stato scelto in buona fede. R. FRANCESCHELLI, *Il trust nel diritto inglese*, cit., pp. 354-355; G. HALSBURY, *Laws*, cit., IV, p. 330.



nazir di un *waqf* incarica altre persone di agire in sua vece, egli rimane responsabile degli atti compiuti dal suo mandatario, poiché non è ammessa la cessione della funzione di amministratore¹⁷⁵.

Un caso particolare è quello in cui si sia di fronte a una pluralità di amministratori. Nel diritto musulmano hanafita, in caso di pluralità di amministratori del *waqf khayrì* la loro amministrazione deve essere collettiva. Secondo, infatti, il più illustre giurista hanafita dei secoli XVIII-XIX, Ibn Abidin, gli atti compiuti da uno degli amministratori sono nulli se tutti gli altri non vi concorrono, perché uno degli amministratori non può agire senza l'altro.

La necessità di un *subiectum administrationis* per il funzionamento delle *causae piae* e del *waqf khayrì* ha anche reso necessario che la sua attività fosse controllata e vigilata da persone e organi che servissero a dare maggiore garanzia del raggiungimento degli scopi che con tali istituti si voleva raggiungere. Da un punto di vista comparativo si può dire che un potere di controllo e di vigilanza esiste, sia pure con ampiezza diversa, in tutti i sistemi giuridici nei quali opera un istituto simile alla fondazione. Scendendo nello specifico, in quello canonico la sorveglianza degli amministratori delle *piae causae*, come già ricordato, è preposto il vescovo.

Più circoscritta invece la sorveglianza esercitata, nel puro diritto musulmano, dal giudice sull'amministrazione del *nazir* di un *waqf*. Al *qadì*, in particolare, è assegnata una funzione di organo di tutela dell'interesse del *waqf*, funzione che si esplica variamente nei diversi momenti della vita dell'istituto. Al giudice è, infatti, riconosciuto il potere di rimuovere il *nazir* per gravi motivi o quello di dargli un coadiutore incaricato di assisterlo e di sorvegliarlo. Dal canto suo il *nazir* è tenuto a presentare dinnanzi al *qadì* un preciso rendiconto della sua gestione¹⁷⁶.

10 - Alcune riflessioni conclusive

Dalla comparazione svolta risulta evidente l'esistenza di numerose e interessanti analogie tra *piae causae* e *waqf* sia nella funzione sia nella struttura, che si riflettono non solo nella percezione degli stessi fondamentali problemi giuridici, ma anche in molte delle soluzioni

¹⁷⁵ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'apres la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., II, p. 23.

¹⁷⁶ E. CLAVEL, *Droit musulman, Le waqf ou habous d'apres la doctrine et la jurisprudence (rites hanafite et malakite)*, cit., II, p. 34; D. SANTILLANA, *Istituzioni*, cit., II, pp. 444-447; J. LUCCIONI, *Le habous ou waqf (rite malékite et hanéfite)*, cit., p. 77.



adottate¹⁷⁷. Tanto nella costruzione giuridica canonica, quanto in quella musulmana, in conseguenza del loro comune carattere confessionale, emerge la finalità religiosa dell'istituto¹⁷⁸.

Nelle due costruzioni giuridiche c'è poi un analogo contenuto concreto del substrato etico che ha dato luogo a un altro comune aspetto rinvenibile rispettivamente nel concetto di causa pia e di *qurbah*, prova ne sia che tutti e due gli istituti comprendono le disposizioni a favore della carità e della beneficenza. Va aggiunto inoltre che, tanto nella costruzione giuridica romano-cristiana, quanto in quella musulmana il substrato etico è connesso con quello politico. A riprova di ciò basta considerare che nei rispettivi concetti di causa pia e di *qurbah* rientrano anche gli scopi avente carattere di pubblica utilità. La differenza sta nel fatto che il diritto musulmano – a nostro avviso – opera una più netta e matura distinzione tra causa religiosa e attività religiosa dell'ente, mentre l'ente ecclesiastico cattolico, diretto erede delle *piae causae*, mantiene notevoli caratteri di ambiguità, mimetizza i propri scopi profani per ottenere privilegi in quanto ente con fini religiosi e di culto che sono interconnessi e spesso artatamente non distinguibili.

In tutte e due le costruzioni giuridiche c'è comunque una netta prevalenza del substrato etico-politico su quello economico, rilevabile non solo dalla stessa funzione degli istituti paralleli, ma anche dal *favor iuris* da essi goduto nei rispettivi ordinamenti e da alcuni comuni caratteri strutturali riguardanti gli effetti che essi producono rispetto ai beni che afferiscono all'ente.

Soprattutto se, oltre la dottrina canonistica anteriore al C.J.C, si considera anche quella dei paesi occidentali di civil law, c'è in esse, come a proposito del *waqf khayrî* musulmano, una grande varietà di opinioni circa il substrato giuridico puro e la determinazione della natura giuridica di esso.

Come ha sottolineato la dottrina prevalente "... l'istituto (cioè il *waqf*) non è di pretta origine islamica, e la pretesa ricolleganza alla tradizione è un posteriore adattamento d'interpretazione"¹⁷⁹. Esso

¹⁷⁷ A. D'EMILIA, *Per una comparazione*, cit., p. 274 ss.

¹⁷⁸ Questo elemento non manca nemmeno nella costruzione del *charitable trust* inglese. Con riferimento a quest'ultimo, in particolare, nonostante la religione non fosse stata espressamente menzionata nell'elenco delle *charities* contenuto nello Statuto elisabettiano del 1601, il carattere religioso si considera rientrante nello *spirit and intendment* dell'istituto fin dalle origini.

¹⁷⁹ Argomentando sulle analogie tra i due istituti si è sostenuta la tesi secondo cui il *trust* inglese non deriverebbe la propria origine dal diritto canonico, bensì dal *waqf* che sarebbe stato importato in Inghilterra dai pellegrini durante il periodo delle crociate.



sarebbe un istituto del tutto straniero al diritto islamico primitivo, e “[...] un’imitazione del diritto romano”¹⁸⁰. Più precisamente è stato affermato che “la forma fondamentale del *waqf* deriva dalle *causae piae* del diritto bizantino”¹⁸¹. Questo sarebbe entrato a far parte concretamente del diritto musulmano nel primo secolo dell’islam quando il diritto musulmano, nell’accezione tecnica del termine, non esisteva ancora¹⁸². Motivo per cui si determinò la sopravvivenza o l’adozione delle pratiche giuridiche proprie dei territori conquistati, tra cui le *piae causae* delle Chiese Orientali¹⁸³, che furono trasmesse al diritto islamico da persone colte non arabe convertitesì all’islam¹⁸⁴.

Ciò posto è possibile affermare, sia pure con un certo margine di approssimazione, che, anche accedendo alla tesi secondo cui il *waqf* sarebbe il progenitore del *trust* inglese, in ultima istanza la vera matrice dell’istituto è comunque da rintracciare nel diritto romano¹⁸⁵.

Ma a prescindere da tali problemi d’origine, non si può non pensare anche e soprattutto a parallelismi dovuti alla necessità di regolamentare oggi problematiche comuni presenti sia nelle coscienze sia nei singoli ordinamenti giuridici sia nella realtà che indubbiamente influisce nella creazione degli istituti giuridici.

L’analisi svolta dimostra - a nostro avviso - che soprattutto quando svolge attività di pubblico interesse, con risvolti anche solo in parte religiosi, e cioè come strumento che svolge funzioni di *welfare* con motivazioni religiose, il *waqf* consente una più chiara distinzione tra le

A. AVINI, *The origins of the modern english trust revisited*, in *Tulane Law Review*, 70, 1996, p. 1139 ss.

¹⁸⁰ Così E. CARUSI, *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Atti della Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, Roma, 1913, pp. 844 e 845; nello stesso senso cfr. M. MORAND, *Etudes de droit musulman algerien*, cit., pp. 252-254; W.R. JONES, *Pious endowments in medieval christianity and Islam*, in *Diogenes*, 109, 1980, p. 23 ss.

¹⁸¹ In tal senso cfr. C.A. NALLINO, *Gli studi di Evaristo Carusi sui diritti orientali*, in *Riv. degli studi orientali*, vol. IX, 1921, p. 170 ss.

¹⁸² A. BILLETTA, voce *Waqf*, cit., p. 1076, il quale ricorda (nota 2) che “secondo la dottrina preminente cominciò a parlarsi di *waqf* solo dopo la morte di Muhammad, nel primo secolo dell’Egira; ma fu nel secolo successivo che l’istituto assunse i suoi lineamenti fondamentali”.

¹⁸³ A. BILLETTA, voce *Waqf*, cit., p. 1076, secondo cui “All’impulso caritativo fortemente presente nel sistema religioso musulmano, si aggiunse, probabilmente, l’esempio fatto dai territori conquistati da Bisanzio, nei quali gli Arabi trovarono chiese, monasteri, ed asili per orfani e diseredati, dotati di benefici e di proprietà, amministrati sotto il controllo dei vescovi”.

¹⁸⁴ In tal senso cfr. J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, Paris, 1983.

¹⁸⁵ M. FERRANTI, *L’apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie e testamentarie del diritto inglese*, cit., p. 147 ss.



funzioni più propriamente caritatevoli e quelle di attività economica, rispetto alla maggiore commistione che caratterizza il *modus operandi* degli enti ecclesiastici cattolici nel nostro paese. Pertanto, la riflessione su questo istituto può aiutare a individuare una specifica categoria di enti ecclesiastici islamici, distinguendo tra enti preposti alla gestione degli edifici di culto e altri tipi di enti in ragione della necessità di individuare con chiarezza lo scopo prima di procedere alla sua istituzione. Anzi, proprio l'introduzione di questa nuova tipologia di enti può creare le condizioni affinché l'ordinamento elimini ogni legislazione di favore nei confronti di qualsiasi ente ecclesiastico. Ammettere a pieno titolo la presenza di enti ecclesiastici musulmani che erogano servizi alla persona, comporterebbe l'aumento del numero di soggetti avvantaggiati, con il risultato di creare una distorsione profonda del mercato. S'imporrebbero, quindi, le condizioni per una revisione generale delle norme fiscali e giuridiche di favore verso tali enti. Sarebbe - a nostro avviso - inevitabile l'emanazione di norme che distinguano più chiaramente tra le attività specifiche di religione e di culto e quelle a carattere educativo, assistenziale, e in buona sostanza di *welfare*, le quali, anche se svolte in regime di sussidiarietà, andrebbero assoggettate a un comune regime fiscale, avente per oggetto una tassazione delle attività svolte uguale a quella riservata ai soggetti non confessionali che svolgono le medesime funzioni. E tutto ciò in una più chiara applicazione del principio di separazione e di quello di laicità, se si vuole evitare la confessionalizzazione della società.

È perciò che con pragmatismo si possono - a nostro avviso - rivisitare la struttura e le funzioni del *waqf*, riproponendolo oggi come strumento di gestione non solo degli edifici di culto, ma anche delle attività di enti ecclesiastici islamici, emanando un'apposita legge che recepisca tale istituto, che vada a integrare una o più intese con gli islamici¹⁸⁶ non ulteriormente rinviabili con il culto musulmano, né più e

¹⁸⁶ L'intenzione di procedere a un'unica intesa con l'islam italiano pretendendo di indurlo a confederarsi, intento che si è concretizzato nell'approvazione da parte di alcune organizzazioni islamiche della cosiddetta *Carta dei valori*, ripercorre la scelta dell'ordinamento belga che non sembra aver dato prova di capacità d'inclusione sociale nei confronti delle comunità islamiche presenti in quel Paese. Vedi G. CIMBALO, *Federalizzazione dello Stato e rapporti con le confessioni religiose in Belgio*, in *Federalismo e confessioni religiose, Le confessioni religiose nella prospettiva di una riforma federale dello Stato* (Piacenza, 17-18 novembre 1997), a cura di G. Feliciani, il Mulino, Bologna, 2000, pp. 205-223. Non si vede perché l'Italia, che in Costituzione ha la previsione di specifiche intese con le Confessioni religiose, non possa e non debba stipularne con le diverse sensibilità presenti nell'islamismo che si danno una propria autonoma configurazione statutaria, come la stessa Costituzione prevede. Così operando si eviterebbe di assoggettare le diverse sensibilità islamiche ai gruppi



né meno di come si è fatto con la L. n. 222 del 1985, a completamento e specificazione dell'accordo concordatario.

La comparazione degli istituti giuridici che abbiamo condotto è la dimostrazione delle grandi convergenze possibili sotto il profilo giuridico, nella direzione di assicurare un analogo trattamento alle confessioni religiose, sottoponendo al tempo stesso le strutture che promanano da esse a identiche regole e controlli, quanto meno sul piano dei principi generali di diritto.

dominanti ed economicamente meglio attrezzati come avviene all'interno di un'unica organizzazione. In tale direzione si muove larga parte della dottrina. Sul punto vedi i diversi interventi contenuti nel volume *Identità religiosa e integrazione dei Musulmani in Italia e in Europa* (omaggio alla memoria di Francesco Castro, Roma, 22 maggio 2008), a cura di R. Aluffi Beck-Peccoz, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 71-104, ma anche **G. CIMBALO**, *Contributo allo studio dell'Islam in Europa*, in *Aequitas sive Deus, Studi In onore di Rinaldo Bertolino*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 557-574.