

Dipartimento di Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche Ciclo XXXVI

Curriculum Diritto e Società plurale – Law and Pluralism

**Principi di finanza islamica in contesti giuridici
non islamici. Potenzialità e prospettive della
Islamic finance in Italia**

Cognome: Cupri

Nome: Alessandro

Matricola: 875852

Tutor: Chiar.ma Prof.ssa Natascia Marchei

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Antonello Tancredi

ANNO ACCADEMICO: 2022/2023

INDICE

CAPITOLO PRIMO UN'INDAGINE COMPARATA TRA DIRITTO E RELIGIONE

| | |
|---|---|
| 1. Le coordinate metodologiche di un'indagine comparata tra diritto e religione | 1 |
| 2. Le peculiarità del diritto religioso e gli strumenti dello studioso del diritto comparato delle religioni..... | 7 |

CAPITOLO SECONDO I PRINCIPI ECONOMICI DEL DIRITTO ISLAMICO

| | |
|---|----|
| 1. La finanza islamica tra fede e mercato: i principi etico-religiosi alla base dell'economia islamica..... | 14 |
| 1.1. Mercanti, mercati e commercio nell'Islam | 23 |
| 2. Il divieto di ribà | 27 |
| 2.1. Il divieto di ribà e i giuristi classici | 31 |
| 2.2. Il divieto di ribà nel dibattito moderno | 35 |
| 3. Il divieto di Ghàrar | 42 |
| 4. Il divieto di Maysir..... | 45 |
| 5. Altri principi economici islamici: la Zakat | 49 |
| 5.1. Attività halal e attività haram | 52 |
| 5.2. La condivisione dei profitti e delle perdite: il principio del Profit and Loss sharing (PLS) | 59 |

CAPITOLO TERZO I CONTRATTI *SHARI'AH COMPLIANT*

| | |
|---|----|
| 1. La formazione del contratto nel diritto islamico | 63 |
| 2. I contratti partecipativi: mushàraka e mudàraba | 71 |
| 2.1. Mushàraka | 72 |
| 2.1.1. Il finanziamento immobiliare tramite il contratto di mushàraka mutanaqisa..... | 79 |
| 2.2. Mudàraba..... | 82 |
| 2.2.1. La mudàraba come deposito bancario: l'investment account | 87 |
| 2.2.2. Takaful e il modello mudàraba..... | 91 |
| 3. Mushàraka e mudàraba a confronto nella prassi operativa | 94 |
| 4. I contratti non partecipativi | 96 |

| | |
|--|-----|
| 4.1. (Segue) Il muraba e il salam quali strumenti per il finanziamento del capitale circolante | 96 |
| 4.2. L'ijara quale strumento per il mercato di finanziamento del capitale fisso .. | 106 |
| 4.2.1. I déjà vu: ijara vs leasing finanziario convenzionale | 111 |
| 4.3. (Segue) L'istisna | 114 |

CAPITOLO QUARTO

LA BANCA *SHARI'AH COMPLIANT* E IL RUOLO DELL'INFRASTRUTTURA ISLAMICA

SEZIONE I

| | |
|---|-----|
| 1. Origini del sistema bancari islamico | 118 |
| 2. Una possibile nozione di banca islamica..... | 125 |
| 3. Il modello bancario islamico | 126 |
| 3.1. Le peculiarità dell'attività di raccolta e di impiego di denaro..... | 129 |
| 3.1.1. (Segue) L'erogazione del credito | 134 |
| 4. La governance della banca islamica: lo Shari'ah Supervisory Board..... | 137 |
| 5. Il bilancio della banca islamica | 139 |
| 6. La banca islamica e la risoluzione delle controversie tramite il ricorso alla procedura arbitrale..... | 145 |
| 7. La banca islamica come strumento di integrazione per l'Islam della diaspora..... | 149 |

SEZIONE II

| | |
|---|-----|
| 1. I primi organismi di infrastruttura: Islamic Development Bank (IDB) e International Association of Islamic Banks (IAIB)..... | 156 |
| 2. Infrastruttura del sistema finanziario islamico: il ruolo dell'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI), le funzioni dell'Islamic Financial Service Board (IFBS) e gli obiettivi dell'International Islamic Financial Market (IIFM) | 161 |

CAPITOLO QUINTO

PRIMI RISULTATI IN MATERIA DI COMPATIBILITÀ TRA I CONTRATTI *SHARI'AH COMPLIANT* E L'ORDINAMENTO ITALIANO

| | |
|---|-----|
| 1. I contratti islamici e l'ordinamento italiano e i (principali) nodi critici..... | 168 |
| 2. Il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti Shari'ah compliant..... | 171 |

| | |
|--|-----|
| 3. (Segue) La banca Shari'ah compliant e la compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano | 180 |
| 3.1. Una (possibile) chiave interpretativa per l'introduzione dello Shari'ah supervisory board nell'ordinamento giuridico italiano | 184 |
| 4. La compatibilità normativa tra ordinamento italiano e i contratti Shari'ah compliant: strategie di drafting legislativo..... | 189 |

| | |
|---|------------|
| <i>Notazioni conclusive: Le sfide di una via islamica al mercato finanziario tra illusioni e mistificazioni. Quali punti di approdo e quali prospettive future per la finanza islamica contemporanea?</i> | <i>200</i> |
|---|------------|

| | |
|--------------------|-----|
| Bibliografia | 205 |
| Sitografia | 233 |
| Glossario | 235 |
| Appendice | 242 |

CAPITOLO PRIMO

UN'INDAGINE COMPARATA TRA DIRITTO E RELIGIONE

SOMMARIO: 1. Le coordinate metodologiche di un'indagine comparata tra diritto e religione – 2. Le peculiarità del diritto religioso e gli strumenti per lo studio del diritto comparato delle religioni

1. Le coordinate metodologiche di un'indagine comparata tra diritto e religione

La presente indagine mira a fornire le basi normative di una possibile banca islamica italiana che sia in grado di congiungere l'economia del Profeta con i principi costituzionali di laicità e pluralismo religioso su cui si fonda l'ordinamento giuridico italiano. Obiettivo principale, quindi, è dimostrare che non esiste una totale incompatibilità normativa tra i principi che regolamentano i mercati dei prodotti finanziari italiani con quelli islamici.

La comparazione tra ordinamento giuridico italiano e ordinamento religioso islamico, con particolare riguardo al settore contrattualistico e bancario, non può prescindere da una premessa metodologica volta a comprendere quali strumenti e categorie giuridiche potranno essere utilizzati nel corso dell'indagine¹.

L'analisi comparata condotta è volta a rilevare, con il maggior grado possibile di sistematicità, le differenze e le analogie tra l'ordinamento civile e bancario italiano con il diritto islamico dei contratti *Shari'ah compliant* con il fine primario di verificare ipotesi e teorie su una potenziale compatibilità normativa. Per svolgere tale operazione però è necessario specificare che l'analisi si muove su un piano operativo che spazia dalla dimensione privatistica alla dimensione pubblicistica del diritto².

La comparazione giuridica è un'operazione intellettuale di raffronto tra più ordinamenti giuridici o tra più istituti. Rivolgendo specifica attenzione all'oggetto della trattazione, l'analisi si muove su un doppio piano di senso: quello ordinamentale e quello riguardante specifici istituti³. Infatti, in questo primo capitolo si cercherà di mettere in

¹ Osservando la storia del diritto comparato è possibile asserire che, a ben vedere, la scienza comparata ha radici lontane nel tempo; anche se solo di recente tale disciplina ha raggiunto la sua autonomia e la sua indipendenza, così evitando di essere una mera appendice dello studio del diritto interno. Per un'attenta disamina, da un punto di vista diacronico, della scienza giuridica comparata si veda R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, Padova, ed. III, 2021, pp. 1-31.

² Cfr. capitolo V.

³ G. ALPA, *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006, p. XXII. L'Autore sostiene che il comparatista nel suo percorso svolge

luce come l'analisi sulle peculiarità del diritto islamico, quale ordinamento religioso, sia prodromica allo studio dei singoli istituti del comparto finanziario islamico. In altri termini, non è possibile cogliere appieno la specificità della contrattualistica islamica se prima non si evidenziano i tratti tipici propri del diritto islamico, che appartiene a una famiglia giuridica differente da quella a cui afferiscono i cosiddetti ordinamenti secolari⁴. Tali ordinamenti sono, infatti, sistemi giuridici in cui il diritto è il prodotto della volontà umana che ne determina principi, finalità e limiti, mentre gli ordinamenti religiosi sono caratterizzati da una legge data da una divinità. Tale legge non è nella disponibilità dell'uomo, ma ciononostante egli è comunque chiamato a obbedirvi, costituendone essa ispirazione, limiti e fine dell'agire nella storia⁵.

Preliminarmente però si vuole evidenziare la ragione di fondo della disamina comparativa oggetto della presente indagine: la conoscenza di ordinamenti c.d. 'altri' rispetto al proprio consente al giurista di cogliere prima, e di veicolare poi, nuovi profili scientifici, così evitando «la trappola di una semplice e pura descrizione» ordinamentale⁶.

Ciò permette di evidenziare con tutta chiarezza la funzione scientifica dell'analisi e permette altresì di sottolinearne il carattere integrativo⁷. La presente ricerca con la categoria giuridica di 'funzione integrativa' si pone come obiettivo di mettere in risalto le analogie tra più oggetti di studio all'interno di due sistemi giuridici, al fine di costituirne un completamento. La trattazione del diritto islamico dei contratti e del diritto italiano dei contratti vuole mettere in luce le analogie funzionali e le ragioni operative di un negozio giuridico.

Come si vedrà ampiamente nel prosieguo, il diritto islamico dei contratti realizza e tutela taluni bisogni umani alla stregua del diritto italiano. Quindi, se si osserva l'oggetto della comparazione da tale prospettiva, le analogie funzionali sono molteplici, seppur i meccanismi formali dell'operazione contrattuale sono diversi per effetto delle

un ruolo di mediatore «tra l'ordinamento straniero e l'ordinamento proprio, tra la mentalità del giurista straniero e la mentalità del destinatario finale, del giurista nazionale».

⁴ Cfr., sul punto, il paragrafo II di questo capitolo. In dottrina, invece, si veda S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 238 e ss. e la dottrina ivi citata.

⁵ Si rimanda per un'analisi in materia di diritti religiosi e le loro peculiarità al prossimo paragrafo.

⁶ Così J. HUSA, *A new introduction to comparative law*, Oxford, and Portland, OR, 2015, p. 60.

⁷ Le ragioni che sottendono un'analisi comparativa possono essere differenti e celano interessi funzionali via via diversi. Tale impostazione è stata sostenuta da J. BASEDOW, *Comparative law and its clients*, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 62, n. 4, 2014, p. 821.

Sulla funzione integrativa, anche detta contrastiva, dell'analisi giuridica comparata si veda J. HUSA, *A new introduction to comparative law*, cit., p. 71.

caratteristiche del diritto religioso⁸. Tuttavia, la funzione dal carattere c.d. integrativo permette di realizzare una armonizzazione e una unificazione normativa tra il diritto islamico dei contratti e l'ordinamento giuridico italiano⁹. Tale interesse predominante è ben collegato alla direzione verso cui guarda questo lavoro poiché attraverso un'attenta e una scrupolosa attività di ricognizione normativa delle fonti economiche islamiche e attraverso una analisi delle regole operative statuite dai dottori della *Shari'ah* e dalle infrastrutture islamiche, è possibile offrire una strategia giuridica di adozione di contratti *Shari'ah compliant* per l'ordinamento giuridico italiano.

Emerge un altro profilo di teoria generale del diritto strettamente interconnesso a quanto detto sino ad ora: la funzione pratica a cui tende l'indagine¹⁰.

La ricerca e la prospettazione di una *policy* legislativa e di una strategia di compatibilità che possano permettere l'ingresso di una finanza islamica nel tessuto giuridico, economico ed infine sociale dello Stato italiano risultano di primaria importanza. Al fine di permettere una vera e propria opportunità di apertura verso strumenti provenienti da una famiglia giuridica differente da quella tradizionale di stampo romanista, alla quale appartiene l'ordinamento giuridico italiano¹¹. La direzione perseguita si sostanzia in un tentativo dottrinale diretto a promuovere iniziative di politica legislativa e di redazione di testi normativi per la costruzione di un prototipo normativo¹².

È bene approfondire quest'ultimo profilo. Quanto asserito, da un punto di vista metodologico, può avere due diverse accezioni: la prima, quella storicamente più affermata, utilizza gli strumenti della comparazione per cogliere le soluzioni ideate e attuate in ordinamenti stranieri¹³. La seconda accezione, invece, mira a osservare ordinamenti stranieri al fine di cogliere e soprattutto monitorare il funzionamento delle

⁸ Vedi *infra*.

⁹ O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue Internationale de droit comparé*, n. 2, 2001, p. 279. L'Autore ha ritenuto che l'armonizzazione sia uno dei fini prevalenti della stessa analisi comparata, al di là dell'oggetto della stessa.

¹⁰ La comparazione giuridica può soddisfare differenti funzioni pratiche: l'ausilio alla politica legislativa e la redazione dei testi normativi; la preparazione di materiali per il giudice; il confronto della dottrina con modelli provenienti da diritti stranieri; l'elaborazione di trattati e convenzioni internazionali; la funzione di armonizzazione ed infine la funzione di interpretazione. Cfr., sul punto, R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 53 e s.

¹¹ Sul punto, anche in un'ottica diacronica, si richiama l'analisi condotta in A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Utet, ed. IV, Milano, 2018, pp. 31-44 e pp. 169-195.

¹² O. PFERSMANN, *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, cit., p. 278.

¹³ Tale impostazione emergeva già dagli studi pionieristici in materia di analisi comparata di M. LERMINIER, *Cours d'histoire des législations comparées*, G. Angé et Cie, Bruxelles, 1838, p. 18.

regole operazionali¹⁴. Due diverse accezioni che però nel corso della trattazione saranno due facce della stessa medaglia, dove l'una completa l'altra.

Più nel dettaglio, sarà utile richiamare, in alcuni passaggi nevralgici, le soluzioni legislative adottate nel contesto europeo. In altri termini, l'elaborazione di un prototipo di compatibilità non può in alcun modo prescindere dalle strategie adottate da legislazioni straniere. Nel caso della finanza islamica, è doveroso osservare il contesto europeo per comprendere quale siano le soluzioni progressivamente utilizzate. Tale profilo è rilevante poiché i Paesi islamici presentano radici normative più vicine al diritto religioso islamico e non sarebbero un campione normativo attendibile¹⁵. Più chiaramente, il diritto dei Paesi islamici è maggiormente influenzato dalla Rivelazione di *Allah* più di quanto il diritto canonico influenzi oggi gli Stati europei. Un esempio in tal senso sono le Costituzioni dei Paesi islamici in cui le autorità pubbliche e gli operatori del diritto orientano l'interpretazione delle norme di rango costituzionale secondo i principi sharaitici¹⁶.

Ciò ha condotto alla necessità di riferirsi alla normativa del Regno Unito, ordinamento che in Europa ha tra i primi aperto alla finanza islamica, al fine cogliere una possibile strada per l'introduzione di un sistema creditizio *Shari'ah compliant* nell'ordinamento italiano.

¹⁴ R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 54.

¹⁵ È bene tenere distinto il diritto islamico dal diritto dei Paesi islamici, i quali non hanno ordinamenti religiosi, nonostante (alcuni) di questi possano subire una – più o meno – forte influenza oppure ispirarsi al diritto islamico. Tale affermazione assume contorni più nitidi se teniamo in considerazione circoscritti settori come il diritto di famiglia e il diritto successorio di taluni Paesi. In aggiunta a quanto detto, in questa sede, è possibile realizzare una classificazione dei Paesi islamici, senza però che questa sia esaustiva, di una realtà complessa e fortemente eterogenea. In alcuni Stati, ad esempio la Turchia, la laicizzazione del diritto è praticamente totale; altri Stati, invece, hanno evitato, perlomeno formalmente, di chiamare Carta costituzionale il loro testo fondamentale e si sono limitati al minimo intervento normativo al fine di attuare il più possibile le prescrizioni religiose islamiche. Un esempio in questo senso è l'Arabia Saudita. Sono presenti altresì dei modelli ordinamentali in cui si è assistito a una sorta di reviviscenza del diritto islamico nel tessuto giuridico del Paese come nel caso dell'Iran e del Pakistan. Sul punto, per maggiori approfondimenti si rimanda alla letteratura scientifica maggiormente utile per lo studioso di diritto comparato, *ex multis* G.M. PICCINELLI, *Gli studi di diritto islamico e dei paesi islamici in Italia*, in *Iura Isl. Inf. Index*, Perugia, 1988; M. ROHE, *Islamic Law in Past and Present*, Brill Academic Pub, Leiden, 2014; G.H. BOUSQUET, *Précis de droit musulman*, I e II, Librairie Armand Collin, Parigi, 1940 e 1947; J.N.D. ANDERSON, *Islamic Law in the modern world*, Cambridge University Press, Londra, 1959; J. SCHACHT, *Islamic law in Contemporary States*, in *Amer. Jour. of Comp. Law*, 1959, pp. 133 e ss.

¹⁶ Per un'analisi approfondita sul rapporto tra Costituzioni dei Paesi islamici e principi sharaitici ci si permette di rinviare a C. SBAILÒ, *Islamismo e costituzionalismo: la problematica compatibilità*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 2/3, 2013, in part. pp. 90-94 e pp. 101-104 e la bibliografia ivi citata.

Da un punto di vista metodologico, il caso della normativa *Shari'ah compliant* inglese non è trattato esaustivamente dal momento che non è oggetto di comparazione, bensì è quello che in dottrina viene definito il *tertium comparationis*¹⁷. È un parametro essenziale all'analisi poiché rappresenta un modello di riferimento sulla base del quale è possibile formulare delle considerazioni tra i due termini oggetto della comparazione stessa¹⁸. Ne consegue che il *comparatum* è la contrattualista *Shari'ah compliant* del diritto islamico, il *comparandum* è l'ordinamento italiano ed infine 'il terzo' è la finanza islamica inglese, utile strumento per offrire valore alla percezione della comparabilità¹⁹.

Occorre ora porre l'accento sull'elemento della comparabilità, quale presupposto necessario alla stessa comparazione giuridica²⁰. In particolare, la dottrina ha sottolineato che per mettere in relazione due ordinamenti giuridici eterogenei tra loro – come nel caso dell'ordinamento italiano e dell'ordinamento islamico – è necessario indagare, con il maggior grado di attenzione, i profili sostanziali²¹. Su questo piano di senso si pone la comparabilità e la comparazione della ricerca che verrà condotta nei prossimi capitoli; infatti, il diritto italiano e il diritto islamico è fuor di dubbio che siano due ordinamenti eterogenei appartenenti quindi a due famiglie giuridiche diverse²².

Il comparatista, quindi, deve porre specifica attenzione al funzionamento del singolo istituto e al contempo tenere conto del cosiddetto 'approccio funzionale' che è alla base delle differenti forme organizzative²³. Ne consegue che il procedimento comparativo²⁴, nel caso di specie, terrà in particolare considerazione tale approccio: il metodo utilizzato per l'analisi dei principi giuridici a sfondo economico prescritti nel diritto islamico, della struttura della banca e infine della infrastruttura islamica è organizzato in modo propedeutico alla dimostrazione della tesi della ricerca.

¹⁷ J. HUSA, *A new introduction to comparative law*, cit., p. 148; E. ORUCU, *Methodology of comparative law*, in J.M. SMITHS, *Elgar Encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, p. 561.

¹⁸ È interessante il ragionamento condotto proprio su questo aspetto da R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 139.

¹⁹ È una impostazione classica nell'analisi giuridica comparata come sostenuto in un noto contributo di B. ALTEMBERG, S. GRANGER, *Lexis in contrast: corpus-based approach*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam, 2002, p. 140.

²⁰ Cfr. R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 144.

²¹ Sul punto si veda R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 145.

²² Sul punto, ci si permette di rinviare al paragrafo 2 del presente capitolo e alla bibliografia in esso richiamata. Vedi *infra*.

²³ Così R. SCARCIGLIA, *Metodi e comparazione giuridica*, cit., p. 145.

²⁴ Sul punto, cfr. L.J. COSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Tome II, *La Méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1974, p. 103.

In ultima battuta, si vuole accennare a un concetto rimasto sinora in sottofondo. Comparare un diritto religioso con un diritto secolare permette di offrire risposte a molteplici quesiti che provengono da una specifica comunità religiosa. Tale profilo è una delle tre colonne d'Ercole del diritto comparato delle religioni²⁵. Più nel dettaglio, per realizzare pienamente l'obiettivo costituzionale del pluralismo religioso in Italia è utile osservare, conoscere e infine analizzare le regole che sottendono il comportamento di soggetti che professano una determinata religione per meglio salvaguardare i diritti individuali e i diritti del gruppo nel suo insieme²⁶. È noto che per realizzare tale obiettivo, si debba passare da una serie di bilanciamenti, di accomodamenti che, come sostenuto da autorevole dottrina, richiedono anzitutto uno studio del diritto religioso e poi un'analisi comparativa al fine di vagliarne la compatibilità con uno specifico ordinamento statale²⁷. Inoltre, la comparazione giuridica permette di offrire una vera e propria strategia giuridica che possa garantire ordine alla convivenza sociale all'interno della società contemporanea multiculturale e multireligiosa, scongiurando potenziali conflitti tra i suoi membri²⁸. Dunque, la conoscenza di un diritto religioso diviene uno strumento per l'operatore del diritto, che vive in un sistema di pluralismo, permettendo di cogliere la radice profonda e la portata applicativa delle regole religiose vigenti all'interno di una comunità di fedeli, altresì prevenendo – possibili – conflitti tra lo Stato e le confessioni religiose, tra fedeli appartenenti a confessioni diverse ed infine tra le stesse confessioni religiose.

Alla luce di queste considerazioni, il prossimo paragrafo avrà ad oggetto le caratteristiche del diritto islamico, evidenziando dapprima i tratti tipici di tale diritto religioso per poi porre l'accento sugli strumenti utilizzati dal comparatista delle religioni.

²⁵ Le altre due colonne d'Ercole del diritto comparato delle religioni sono: «comprendere al meglio uno specifico diritto [religioso]» e «comprendere i nessi tra i differenti diritti delle religioni». Cfr., sul punto, S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, ed. II, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 20.

²⁶ Così S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 21.

²⁷ Nella presente trattazione con i termini ordinamenti secolari, sistemi giuridici statali oppure ordinamenti civili ci si riferisce al diritto di uno Stato, che utilizza procedure e normative fissate da una preposta autorità umana. Sul punto, è estremamente interessante e sempre più attuale il ragionamento condotto nelle pagine introduttive in S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., pp. 9-11.

In aggiunta, in materia di ordinamento giuridico e pluralità di ordini è altresì utile richiamare la rigorosa disamina di S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansone, II ed., Firenze, 1946, pp. 106-122.

²⁸ Così S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 21.

2. *Le peculiarità del diritto religioso e gli strumenti dello studioso del diritto comparato delle religioni*

Il diritto islamico è un ordinamento religioso in quanto nasce²⁹ e si sviluppa all'interno di una comunità religiosa³⁰, la quale obbedisce a determinate norme giuridiche, morali e teologiche differenti, per forma e per finalità, rispetto a quelle che si sviluppano e che sono presenti nei sistemi giuridici secolari³¹.

Al pari di altri diritti religiosi, il diritto islamico è un sistema eterofondato³²: la fonte del diritto coincide con un elemento esterno all'uomo. Nelle religioni abramitiche, questa corrisponde alla Rivelazione (divina) contenuta all'interno dei testi sacri; in particolare, per il diritto islamico con il Corano e la Sunna del Profeta³³. È una disciplina che precede il fedele e che non è stata posta, attraverso una procedura, dall'uomo e, ciononostante, egli ha l'obbligo morale e, al tempo stesso, giuridico di rispettarla³⁴.

L'eterofondazione consente allo studioso di evidenziare, sin d'ora, l'unicità del diritto religioso e in particolare del diritto islamico rispetto al diritto statale, ove la legge, al contrario, non precede e non trascende la potestà umana³⁵. Non è certo la sede adatta per approfondire questo profilo, però ciò è sufficiente a comprendere come negli ordinamenti secolari la legittimazione normativa parte dall'uomo ed è diretta all'uomo stesso; mentre il diritto islamico, come gli altri diritti religiosi, «è proiettato nel tempo di

²⁹ Per un'interessante disamina sulla nascita del diritto islamico da un punto di vista storico-giuridico è possibile richiamare A. CILARDO, *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1990. In aggiunta, si veda anche W.B. HALLAQ, *The origins and evolution of Islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.

³⁰ Cfr., sul punto, S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi*, cit., p. 28. Per un'introduzione al tema, l'Autore richiama G. KHRER, *Religione/Scienza delle religioni*, in (a cura di) P. EICHER, *Enciclopedia teologica*, Queriniana, Brescia, 1990, pp. 863-869.

³¹ Vedi *supra*.

³² S. FERRARI, *Diritti dell'uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?* in C. CIANITTO, A. FERRARI, D. MILANI, A. TIRA (a cura di), *Scritti. Percorsi di libertà religiosa per una società plurale*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 475. L'Autore sottolinea che l'imperatività della norma religiosa origina «da un potere che viene dall'esterno ed è accettata a motivo di questa provenienza».

³³ Sul punto, si tornerà in maniera più approfondita nel paragrafo 1 del capitolo II.

³⁴ Vedi *infra*.

³⁵ Cfr., sul punto, S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 18; C. CIANITTO, *Italian approaches to the comparison of religious laws*, in *Ancilla Iuris*, n. special issue, 2022, p. 69.

Per un maggior grado di completezza, si prenda ad esempio l'ordinamento repubblicano italiano in cui la potestà legislativa è affidata ad un organismo preposto a tale funzione quale è il parlamento. Tale organo esercita la funzione legislativa in rappresentanza dell'intero popolo italiano. Cfr., sul punto, artt. 70 e ss. della Costituzione italiana.

Dio, verso l'al di là»³⁶. È possibile dunque asserire che il diritto islamico si caratterizza per avere un legislatore divino, che ha creato una legge in un determinato tempo, trascendendo la volontà umana³⁷.

Ciò permette di introdurre un'altra caratteristica: la (tendenziale) immutabilità normativa del diritto islamico rispetto ai diritti secolari³⁸. Si pone quindi un problema di variabilità nel tempo di tale fonte: se una norma è posta da *Allah*, è necessario comprendere i limiti di modifica. È bene approfondire quest'ultimo aspetto. Le norme religiose, tra cui quelle islamiche, entrano e vivono nella storia ed è indispensabile nonché fisiologico, in un'ottica di tenuta ordinamentale, che tali disposizioni vengano interpretate e modulate in relazione al tempo e talvolta al luogo. Più propriamente, risulta indispensabile un'opera di storicizzazione del dettato divino: infatti, i valori, i principi e le norme islamiche contenuti nella Rivelazione sono immutabili nell'essenza ma ne può mutare l'applicazione nel divenire della storia umana³⁹.

Specificamente, dal momento che il diritto islamico è interamente diritto divino rivelato, il potere legislativo appartiene esclusivamente e unicamente a Dio⁴⁰. Quindi, l'ordinamento islamico non contempla fedeli investiti di potestà legislativa in senso stretto, bensì esso riconosce ad alcuni individui la funzione di interpretare il diritto divino rivelato⁴¹. Tale funzione è riservata agli *'ulama*, dottori della legge, i quali sono in grado di comprendere in modo approfondito, a seguito di studi teologico-giuridici, i testi sacri

³⁶ S. FERRARI, *Lo spiriti dei diritti religiosi*, cit., p. 9.

³⁷ Sul punto si veda C.G. WEERAMANTRY, *Islamic Jurisprudence. An international perspective*, New York, St. Martin's Press, 1988, pp. 8-9 e pp. 81-83.

³⁸ In dottrina, si richiama A. PIZZORUSSO, *Comparazione giuridica, diritto ecclesiastico e diritto comparato delle confessioni religiose*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, n. 1, 2001, pp. 215-223.

³⁹ S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., p. 18. Un esempio di mutabilità di applicazione del diritto islamico è l'istituto dell'equità – *istisna* – il quale mira a garantire un certo grado di flessibilità delle norme rivelate affinché una specifica norma religiosa in relazione al singolo caso concreto possa applicarsi in pieno raccordo con il fine ultimo.

Il profilo dell'equità islamica verrà analizzato in relazione ai precetti economici islamici e alla loro applicazione nel prossimo capitolo, a cui si rimanda ivi compresa la bibliografia citata. In aggiunta, J. MAKDISI, *Legal logic and equity in Islamic law*, in *The American Journal of comparative law*, n. 33, 1985, p. 67 e p. 91.

⁴⁰ M. CAMPANINI, *Diritto islamico o modelli islamici di diritto*, in M. PAPA, G.M. PICCINELLI, D. SCOLART (a cura di), *Il libro e la bilancia*, Tomo I, Edizioni scientifiche Italiane, Napoli, 2011, p. 112 e ss.

⁴¹ S. FERRARI, *Lo spiriti dei diritti religiosi*, cit., p. 245. L'Autore affronta la controversa questione delle fonti c.d. secondarie nel diritto islamico mettendo in luce alcune criticità sulla rigidità della norma divina.

e a loro è affidato il ruolo di interprete qualificato⁴². Essi sono dunque interpreti legittimi della norma rivelata e sono investiti del compito di formulare delle regole, dei principi e talvolta dei divieti, che concorrono a edificare un'opera di sistematizzazione e di integrazione del diritto islamico. Tali attività concorrono alla creazione del *fiqh*, il quale è un termine che in arabo classico vuole dire “conoscenza”, e che indica la scienza giuridica.

L'assenza di un organismo investito della funzione di storicizzare le norme divine capace di creare un'unica interpretazione vincolante non è priva di criticità sul piano pratico. Infatti, non sempre l'impostazione e il metodo adottato dagli *'ulama* conduce a soluzioni omogenee; talvolta, si formano diverse interpretazioni e tra queste sarà prevalente quella su cui si forma il maggior consenso della comunità dei sapienti, c.d. *'igma*⁴³.

È interessante altresì comprendere a chi sono rivolte le disposizioni del diritto islamico. I diritti religiosi sono definiti diritti personali poiché si rivolgono a un individuo indipendentemente dal luogo fisico in cui si trova. Anche il diritto islamico, quindi, è un diritto extraterritoriale ed è diretto al musulmano ovunque sia nel mondo⁴⁴. È un sistema normativo che si rivolge al singolo fedele perché l'interesse preminente del diritto islamico è la coscienza del musulmano e la sua interiorità, superando così i confini geopolitici degli Stati.

Come meglio si vedrà nel corso della trattazione, i precetti dell'Islam hanno un carattere e un contenuto fortemente etico poiché determinano ciò che è giusto. L'eticità delle norme islamiche si riverbera sulla loro obbligatorietà: infatti, il diritto islamico, non conosce la distinzione, tipicamente secolare, tra illecito morale e illecito giuridico⁴⁵. Tali piani si sovrappongono e non sono consentite separazioni e discontinuità di nessuna

⁴² In materia di *fiqh*, in un'ottica diacronica, si richiama R. ALUFFI-BECK-POCCOZ, *Il diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, cit., pp. 41-45.

⁴³ Vedi *infra*.

⁴⁴ Sul punto, è utile richiamare l'analisi condotta da F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia giuridica*, XI, Roma, 1989, p. 4; M.A. AL-MIDANI, *Les États islamiques et la déclaration universelle des droits de l'homme*, in *Conscience et liberté*, n. 59, 2000, pp. 31-34.

⁴⁵ M. CAMPANINI, *Islam e politica*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 237. A ben vedere, il carattere etico del diritto è un tratto che accomuna il diritto islamico al diritto ebraico. Cfr. Z.W. FALK, *Jewish Law and medieval canon law*, in B.S. JACKSON, *Jewish law in legal history and the modern world*, Brill, Leiden, 1980, p. 47.

natura. A ben vedere, però, la norma divina è data da una entità perfetta e inenarrabile che non può che non rappresentare la determinazione del giusto.

Il tema del diritto religioso come diritto giusto si completa se inserito nella categoria «religioni di salvezza»⁴⁶, di cui indubbiamente è parte il diritto oggetto della presente indagine. L'Islam prescrive le regole moral-giuridiche, che gli adepti devono obbligatoriamente seguire per raggiungere un fine soprannaturale, ossia un fine metafisico. L'intero diritto islamico tende verso un fine di salvezza e il singolo fedele musulmano si impegna quotidianamente per raggiungerlo⁴⁷.

È all'interno di questa cornice teorico-concettuale che si inserisce l'indagine oggetto dei prossimi capitoli; prima però di procedere in questa direzione è necessario fare qualche ulteriore precisazione sugli strumenti tipici utilizzati dal comparatista delle religioni⁴⁸.

Lo studioso dei diritti religiosi – oggi più che mai – deve considerare che il pluralismo caratterizza senza dubbio alcuno la società contemporanea e ciò ha riflessi anche nel mondo giuridico⁴⁹. Il pluralismo religioso rappresenta dunque una forma di espressione della società attuale e ciò, in ambito accademico, si traduce nella sempre più crescente necessità di prospettare e di predisporre proposte di diritto e di politica ecclesiastica volte a creare dei veri e propri modelli, che permettano una coesistenza pacifica di diversi gruppi⁵⁰. La *ratio* emerge con chiarezza: la gestione e l'organizzazione di diverse appartenenze religiose, all'interno di una società democratica plurale, è riflesso indiscusso del principio di laicità⁵¹. È in un continuo monitoraggio reale e fattivo che tale

⁴⁶ G. FILORAMO, *Riflessioni comparative in margine ai meccanismi di ingresso e di uscita da una religione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, n. 1, 2001, pp. 149-161.

⁴⁷ Cfr., sul punto, il paragrafo 1 del capitolo II e la bibliografia ivi citata.

⁴⁸ Sul punto, si richiama il suggestivo e pionieristico pensiero di H.J. BERMAN, *Comparative law and religion*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN (a cura di), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University press, Oxford, 2006, pp. 739-746.

⁴⁹ Si veda l'analisi condotta da L.P. VANONI, *Pluralismo religioso e stato (post) secolare: una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁵⁰ Così C. CIANITTO, *Italian approaches to the comparison of religious laws*, cit., p. 67.

⁵¹ Il principio supremo di laicità è stato introdotto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 203 del 1989, la quale ha affermato che «il principio supremo della laicità dello Stato» è uno dei principi cardine dell'ordinamento italiano, anzi uno dei profili della forma di Stato che emerge dalla Carta costituzionale. La Corte nella sentenza in oggetto ha asserito che «il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale».

La letteratura scientifica in materia di laicità è vastissima, *ex multis* S. FERRARI, *Laicità asimmetrica. Cristianesimo e religione civile in Europa*, in C. CIANITTO, A. FERRARI, D. MILANI, A. TIRA (a cura di), *Scritti. Percorsi di libertà religiosa per una società plurale*, cit., pp. 113-116; A. FERRARI, *La laicità*

principio trova la sua pratica realizzazione. Infatti, la società multireligiosa è per lo studioso del diritto comparato delle religioni un vero e proprio laboratorio, che permette di intraprendere nuovi percorsi di studio sui diritti religiosi, singolarmente oppure in chiave comparata, evitando così forme di emarginazione e di discriminazione a causa dell'appartenenza religiosa⁵².

Sempre rimanendo su questo piano di senso appare utile sottolineare un altro aspetto rilevante per la trattazione: la neutralità richiesta al comparatista delle religioni⁵³. Più nel dettaglio, l'analisi che verrà condotta avrà a oggetto le regole e i principi economici che stanno alla base della contrattualistica impiegata nel comparto della finanza islamica. Per fare ciò si è cercato di agire con il maggior grado di oggettività ed equidistanza, come richiesto, in tempi recenti, dalla metodologia comparata delle religioni⁵⁴. Pertanto, lo studioso del diritto comparato delle religioni, deve necessariamente avere uno sguardo aperto anche ad altre discipline in modo da immergersi nel contesto dell'indagine, evitando così la 'trappola' della cultura di appartenenza⁵⁵.

Sul piano operativo, quindi, è necessario iniziare un'analisi giuridico-comparata delle religioni a partire dai precetti divini che, come si è già detto, nel caso dell'Islam, corrispondono alla Rivelazione. È un punto metodologico centrale: il comparatista mira a realizzare un'indagine di confronto tra una norma (o più) religiosa e uno specifico profilo giuridico: nel caso in esame, tra precetto islamico e riflessi sul piano giuridico-organizzativo con la consapevolezza del fondamento ultimo della stessa norma religiosa.

L'indagine cercherà di utilizzare un approccio differente da quello sino ad ora utilizzato nello studio del diritto e dell'economia islamici, mettendo in luce – ove

importuna: laicità costituzionale e libertà religiosa, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 7, 2023, pp. 62-84; J. PASQUALI CERIOLI, *Laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 2, 2023, pp. 83-92; B. RANDAZZO, *Le laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), 2008, pp. 1-65; G. BRUNELLI, *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, pp. 1-15 e la bibliografia ivi contenuta.

⁵² Cfr., sul punto, H.R. NIEBUHR, *Radical Monotheism and Western civilization*, Westminster John Knox Press, Louisville, 1960, pp. 38-48.

⁵³ C. CIANITTO, *Italian approaches to the comparison of religious laws*, cit., p. 67.

⁵⁴ Prima dell'impostazione metodologica attuale, si era convinti che fosse necessario che lo studioso fosse al contempo fedele del diritto religioso oggetto di analisi affinché potesse cogliere nel profondo lo spirito e il sentimento delle norme religiose. Cfr., sul punto, C. CIANITTO, *Italian approaches to the comparison of religious laws*, cit., p. 68.

⁵⁵ È la tesi sostenuta da P. LEGRAND, *European Legal system are not converting*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 1, 1996, pp. 52-91.

possibile – le contraddizioni dello stesso sistema religioso, le insuperabili discontinuità dottrinali (islamiche e occidentali), la rigidità ordinamentale del diritto religioso al cospetto delle sfide poste dall'epoca (post) moderna attraverso un dialogo con ordinamenti secolari laici. Su questo piano di senso e all'interno del perimetro metodologico tratteggiato, ci si soffermerà sui precetti economici di natura religiosa della finanza islamica, richiamando prodotti, servizi e prassi finanziarie *Shari'ah Compliant*.

Il modello economico-finanziario islamico, pertanto, lascia indubbiamente aperti molteplici percorsi di approfondimento volti allo studio del confronto di tale modello giuridico con possibili punti di incontro tra l'insieme delle normative presenti nei sistemi giuridici occidentali al fine di contenere il fenomeno dell'usura e del *money laundering*.

Un archetipo, pertanto, quello dell'*Islamic Banking*, che necessita di essere esaminato più a fondo al fine di consentirne un'espansione maggiore a livello occidentale nonostante il forte legame con il contesto teologico-culturale di riferimento, il quale andrebbe inteso come acceleratore, anziché freno, di un rivoluzionario progetto di rinascita che vede come principali attori l'insieme dei sistemi giuridico ed economici mondiali.

Per affrontare lo studio della finanza islamica, si ritiene che i contratti islamici siano il nucleo. Come nel mondo occidentale, anche nel diritto islamico la redazione dei contratti è finalizzata alla realizzazione degli interessi delle parti, però, è possibile fin d'ora sottolineare la *ratio* che, in parte e da diversi fronti, è emersa. La ragione economico-sociale del contratto, su cui si erge l'intero archetipo contrattuale è il rispetto dei principi della *Shari'ah*: tra i quali un ruolo da protagonista assumono la giustizia sociale e l'equità, per far sì che l'operato del musulmano si conformi al dettato divino cooperando alla realizzazione di un disegno superiore⁵⁶.

I contratti *Shari'ah compliant* rappresentano dunque una cartina di tornasole della mentalità commerciale ed economica dei musulmani e della modalità operativa contrattuale dell'agire umano con l'intento di dare piena realizzazione alla volontà di *Allah*. A tal fine nel corso della presente indagine avranno uno spazio privilegiato i contratti islamici di tipo partecipativo, *Mudàraba* e *Mushàraka*, caratterizzati dell'utilizzo del principio etico del *Profit and Loss Sharing*. Inoltre, si approfondiranno i contratti non partecipativi *Muraba* e *Salam* utilizzabili per il conferimento del capitale

⁵⁶ Vedi *supra*.

circolante e *Ijara* e *Istisna* impiegati per il finanziamento del capitale fisso⁵⁷. Tali contratti evidenziano il rapporto etico dei rapporti tra fedeli musulmani, i quali cooperano alla creazione di un ordine sociale, all'interno della comunità islamica, diretto al soddisfacimento dei bisogni umani e spirituali dell'uomo⁵⁸.

⁵⁷ Cfr. capitolo III.

⁵⁸ Alle stesse conclusioni è giunto M.U. CHAPRA, *What is Islamic Economics?*, in *Islamic Research and Training Institut*, Jeddah, 2001, p. 25. L'Autore sostiene che «trascurare i bisogni spirituali o materiali impedirebbe il conseguimento di un vero benessere ed esacerberebbe i sintomi di anomia».

CAPITOLO SECONDO

I PRINCIPI ECONOMICI DEL DIRITTO ISLAMICO

SOMMARIO: 1. La finanza islamica tra fede e mercato: i principi etico-religiosi alla base dell'economia islamica – 1.1. Mercanti, mercati e commercio nell'Islam – 2. Il divieto di *ribà* – 2.1. Il divieto di *ribà* e i giuristi classici – 2.2. Il divieto di *ribà* nel dibattito moderno – 3. Il divieto di *Ghàrar* – 4. Il divieto di *Maysir* – 5. Altri principi economici islamici: la *Zakat* – 5.1 Attività *halal* e attività *haram* – 5.2 La condivisione dei profitti e delle perdite: il principio del *Profit and Loss Sharing (PLS)*

1. La finanza islamica tra fede e mercato: i principi etico-religiosi alla base dell'economia islamica

Un'analisi che mira a comprendere e approfondire le potenzialità e le peculiarità del comparto della finanza islamica deve tenere in considerazione le caratteristiche della religione islamica.

La religione islamica è stata definita onnicomprensiva¹, cioè la sua pervasività si estende in ogni ambito della vita del fedele. La Rivelazione cristallizza quindi una serie di comportamenti che l'uomo deve osservare e che si estendono ben al di là della mera sfera spirituale², prescrivendo una serie di comportamenti che il buon musulmano deve osservare durante tutta la sua esistenza³. L'Islam è una ideologia-ortopratica⁴, è uno stile

¹ Così M. CAMPANINI, K. MEZRAN, *Arcipelago Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. IX. L'Islam si basa sul Corano, il quale rappresenta la Parola di Dio, prescrivendo al fedele una determinata condotta. Le *sure* -capitolo- contengono precise indicazioni per giungere alla conoscenza, in arabo classico *fiqh* di ciò che è lecito (*halal*), di ciò che può essere liberamente compiuto (*mubah*), di ciò che è sconsigliato ma non proibito (*makruh*), di ciò che è consigliato ma non ha portata obbligatoria (*mansuh*), di ciò che invece è severamente proibito (*haram*). Cfr., sul punto, F. CASTRO, s. v. *Diritto musulmano*, in *Digesto IV*, vol. VI e A. D'EMILIA, s. v. *Fiqh* e s. v. *Shari'ah*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1957.

² A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, novembre 2021, p. 23.

³ La dimensione di codice comportamentale emerge in modo chiaro nell'Islam: è sufficiente richiamare l'obbligo di ottemperanza di ogni fedele ai cinque pilastri, ossia la professione dell'Unicità di Dio, preghiera cinque volte al giorno, digiuno nel mese di Ramadan, pellegrinaggio alla Mecca ed infine il pagamento di una decima per i bisognosi. È evidente come l'Islam abbia una particolare attenzione a tutta la dimensione del retto comportamento, infatti, "ordina il bene e proibisce il male" così come si evince dal Corano, III: 104-110. Cfr., sul punto, l'analisi dettagliata condotta in A. SCARABEL (a cura di), *Il giardino dei devoti*, Società Italiana Testi Islamici, Trieste, 1990, p. 30 e 31; AL-NAWAWI, *Quaranta hadith*, Cesi, Roma, 1982, p. 36. In aggiunta a ciò, è possibile richiamare P. BRANCA, *I musulmani*, Il Mulino, Bologna, 2016, p. 46-62 in cui l'Autore mette in rapporto il binomio credo-culto, sviluppando uno studio con un'analisi delle norme *ortopratiche* e le pratiche comportamentali.

⁴ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, novembre 2021, p. 17.

di vita prescritto da Allah⁵ all'intera *Ummah* – comunità islamica – che pervade ogni aspetto dell'esistenza del musulmano.

Il Corano definisce l'Islam con il termine *din*⁶, la cui portata semantica è erroneamente tradotta in lingua italiana come religione⁷. La parola araba *din* è qualcosa di più di una mera religione, volendo invece significare una «concezione del mondo onnicomprensiva in cui ha un ruolo determinante la dimensione del sacro»⁸.

Il Corano prescrive delle regole di condotta chiare che non lasciano molto spazio all'attività dell'interprete come nel caso dei rapporti di famiglia, dei rapporti sociali, delle regole in materia di successione, ecc.⁹. Altre volte, invece, il testo rivelato indica una serie di regole dalla portata più nebulosa, lasciando all'interprete il preciso compito di esplicitarne il contenuto e la portata applicativa.

Tale operazione richiede da parte dell'operatore del diritto l'uso di due strumenti, ossia la *igtiḥad* e la *qiyas*. La prima indica l'operazione dell'interpretazione della fonte attraverso lo strumento dell'analogia, appunto la *qiyas*, attraverso la quale si ricerca in modo analitico, all'interno della parola rivelata, un rapporto di somiglianza tra due o più elementi aventi medesima *ratio*.

⁵ Sulla concezione di Dio nella religione islamica si rinvia a M. CAMPANINI, *Il Corano e la sua interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2019, p. 39 ss.

⁶ Il Corano, V: 3 e III: 19. Il termine *din* significa: *iman*, *ihsan*, '*islam*, id est., rispettivamente, fede, retto comportamento e sottomissione. Cfr. sul punto, M. CAMPANINI, *Il Corano e la sua interpretazione*, cit., p. 3 ss.

⁷ M. CAMPANINI, *Il Corano e la sua interpretazione*, cit., p.117.

⁸ M. CAMPANINI, K. MEZRAN, *Arcipelago Islam*, cit., p. IX.

⁹ Per comprendere l'ortopratica islamica è necessario sottolineare come essa trovi spazio nel diritto di famiglia. Tale branca del diritto ha una disciplina molto estesa all'interno del Corano, il quale detta una serie di precetti religiosi in materia matrimoniale e in materia di filiazione, prescrivendo le condizioni necessarie per contrarre matrimonio, i diritti e doveri dei coniugi ed infine anche i casi di annullamento e di scioglimento del vincolo. Dalla disciplina del matrimonio, il quale ha una finalità di garanzia dell'ordine sociale, discendono una serie di disposizioni anche in materia successoria. Sul punto, cfr., Il Corano, XXX: 21; IV: 1; 221; V: 5; XXXIV: 32; XVII: 32 e 34; XXXIII: 5-7; XXIV: 33.

Per maggiori approfondimenti sul tema si veda S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2019 p. 147 ss.; R. ALUFFI, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in S. FERRARI (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, p. 181-246; F. CASTRO, *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, Treccani Istituto dell'Enciclopedia Italiana, vol. IX, 1985, p.1 ss.; R. ALUFFI, *Diritto di famiglia e libertà di coscienza nei paesi musulmani*, in AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y el derecho comparado*, Bilbao, p. 255 ss.; Y. MERON, *Il prezzo della sposa. Aspetti patrimoniali del matrimonio ebraico e islamico*, in *DAIMON*, 2/2002, p. 66; S. FERRARI, *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *DAIMON*, 2/2002, p. 42.

Difatti, nel testo sacro, vi sono molteplici *ayat*¹⁰ – versetti – dedicati a tematiche non sacre, almeno a un primo esame. Un esempio in questo senso è rappresentato proprio dai principi in materia economica che, come si vedrà in seguito, influenzano la concezione dell’*homo oeconomicus* musulmano¹¹.

Ne risulta che la materia dell’economia e della finanza, e quella che tocca i principi e le forme dei contratti presenti molti profili problematici, tale per cui il giurista occidentale che si interfaccia con il diritto islamico dei contratti si trova dinanzi ad alcune difficoltà da tenere in considerazione.

La prima riguarda la terminologia dal momento che il diritto islamico si sviluppa in contesti in cui la lingua di riferimento è l’arabo¹². Ciò richiama gli studiosi a dovute precauzioni e attenzioni dal punto di vista terminologico, nonché semantico. Tradurre letteralmente un termine non è infatti garanzia di corrispondenza tra le categorie giuridiche originarie e quelle occidentali. Al di là della mera traduzione letterale, è necessario ricercare lo stesso concetto semantico, indagandone la radice storica e la sua portata nel mondo giuridico contemporaneo, andando così ben oltre la mera traduzione. Il fine è quello di cercare un corrispettivo tra il diritto islamico e il diritto italiano, sottolineando, laddove necessario, somiglianze e differenze¹³.

È necessario, poi, tenere in considerazione la profonda religiosità del mondo giuridico islamico: il diritto islamico è l’unico diritto e sarebbe impossibile che una branca del diritto avesse vita al di fuori di esso¹⁴.

¹⁰ Il termine arabo *ayat* è traducibile in italiano come versetto. Il Corano è composto da circa 6236 *ayat*, compresi 500 di natura giuridica che si collegano al periodo Medinese. I versetti del Corano non sono disposti in ordine cronologico, ma in base alla lunghezza, fatta eccezione per la prima *Sura* “Al-Fâtiha” (l’aprente). Cfr., sul punto, la voce *Sura* in Amin S. H., *Arabic-English Dictionary of Legal Terms*, Royston, 1990.

¹¹ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, il Mulino, Bologna, 2009, p. 18 ss.

¹² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La lingua dei diritti arabi*, in *Lingua e diritto: oltre l’Europa*, (a cura di) B. POZZO, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 57-68.

¹³ Si veda in materia di comparazione e traduzione R. SACCO, P. ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2015, pp. 25-36. Inoltre, si richiama anche V. JACOMETTI, B. POZZO, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, Milano, 2018, pp. 60-88; A. BELVEDERE, *linguaggio giuridico*, in *Dig. disci. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1994, p. 22; G. L. BECCARIA, *Italiano*, Antico e Nuovo, Garzanti Editore, Milano, 1988, p. 172 ss.; *Id.*, *linguaggi settoriali e lingua comune*, in AA.VV., *I linguaggi settoriali in Italia*, Milano, 1973, p. 29 ss.; V. JACOMETTI, *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Dig. disci. priv., sez. civ.* (Aggiornamento diretto da R. SACCO), Torino, Utet, 2013; R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La lingua dei diritti arabi*, in *Lingua e diritto: oltre l’Europa*, cit., pp. 57-68.

¹⁴ È un esempio in tal senso il testo di F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007 in cui l’Autore analizza i vari settori normati dal diritto islamico, spaziando dallo Statuto personale. Persone,

In aggiunta a queste difficoltà, vi è un diverso approccio metodologico dei giuristi musulmani alla materia contrattuale: nel diritto islamico manca una teoria generale dei contratti¹⁵. Il *modus agendi* del giurista musulmano in questo settore muove dallo studio delle fattispecie particolari per poi, secondariamente ed eventualmente, cristallizzare una regola generale, utilizzando dunque un metodo induttivo. Di converso, i giuristi occidentali, in particolare quelli di *civil law*, invece, operano in maniera deduttiva, ricavando la regola applicabile alla fattispecie concreta da principi generali e astratti.

Nella trattazione, sarà dunque necessario prendere in considerazione tutti questi aspetti, sottolineando altresì peculiarità, similitudini e profonde diversità rispetto alla legislazione contrattuale occidentale.

Sulla base di queste premesse, utili a definire il confine entro cui ci si muove, è comprensibile il motivo per cui i precetti religiosi ricavabili dalla *Shari'ah* spazino nei più svariati ambiti della vita e dall'agire umano. Tale concezione influenza in maniera profonda la condotta del fedele, il quale tende a rifuggire da qualsiasi pragmatismo e da qualsiasi situazione che rischi di entrare in conflitto con la morale islamica¹⁶.

Anche i principi etico-religiosi¹⁷ della finanza islamica si pongono su questa linea di pensiero, basandosi appunto sui principi economici ricavabili, in prima battuta, dalla

famiglia e successioni (cap. II), lo Statuto reale (cap. III), il diritto penale e il processo (cap. IV) da cui si evince la pervasività della Rivelazione in ogni ramo del diritto.

¹⁵ Per maggiori approfondimenti D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo al sistema sciafita*, Istituto per Oriente, Roma, 1938.

Un tentativo di ricostruzione di una teoria generale del contratto è stato condotto in A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 24 e ss. L'Autore nel paragrafo II cerca di ricostruire un modello generale in materia contrattuale.

¹⁶ Al di là della dottrina richiamata nel corso della trattazione in materia di morale islamica e specificamente della dimensione etica del diritto dei contratti, è interessante la riflessione di G. RIZZARDI, *L'Islam: il linguaggio della morale e della spiritualità*, Glossa Editrice, Milano, 2007. In particolare, l'Autore conduce un'analisi del lessico coranico e della questione morale da cui emerge una dimensione del sacro fortemente influenzata da pragmatismo.

¹⁷ Il paradigma etico-morale richiama il concetto di giustizia sociale. Questa è un elemento ricorrente in tutto il diritto islamico e, quindi, in ogni agire umano. Esso si intravede ancor di più nell'ambito economico e in quello contrattuale, ove l'esigenza di tutela delle parti e l'equità nei rapporti tra consociati è base dell'intero impianto normativo. In altri termini, l'Islam, al vertice del sistema valoriale, pone il bene della comunità islamica -*Ummah*-: ne consegue una stigmatizzazione di tutte le azioni che vi attentino. Cfr. H. BENMANSOUR, *L'économie musulmane et la justice sociale*, Dialogues Editions, Parigi, 1990.

La letteratura sui fondamenti religiosi, etici e filosofici in materia è vastissima, *ex multis* A. OMAR, *Visages de l'entrepreneur musulman*, in D. ALAOUI M'DAGHIRI, *Éthique et entreprise: perspectives maghrébines*, Casablanca, 1992, p. 17-32; S. AL-MUNAJID, *Le concept de justice social en Islam*, Paris, 1983, M. ARIFF, *The Islamization of knowledge and some methodological issues in paradigm building: the general case of social science with a special focus on Economics*, in *American Journal of Islamic Social*

parola di Allah e, in seconda battuta, dalla Sunna, *i.e.* i comportamenti del Profeta Maometto¹⁸.

È bene sottolineare che il Corano¹⁹, prima fra tutte le fonti del diritto islamico, non è una codificazione in senso secolare. L'ordinamento islamico, alla stregua degli altri diritti religiosi, si fonda sul diritto divino; ma in quanto proveniente da un'autorità

Science, 1987, p. 51-71; M. CHAPRA, *Towards a just monetary system: a discussion of Money, Banking and Monetary Policy in the light of Islamic Teachings, Islamic Economic Series*, n. 8 Leicester, 1985; R. S. GANDHI, *The economic ethic of Islam*, in *Sociologus*, 26, 1976, p. 66-75; A.G. GHAUSSY, *Étude sur la théorie de l'ordre économique islamique*, in G. BEAUGE', *Les capitaux de l'Islam*, Paris, 1990, p. 35-49.

¹⁸ Il complesso di regole di vita e di comportamento dettato da Dio per la condotta morale, religiosa, e giuridica dei fedeli prende il nome nell'Islam di *Shari'ah* letteralmente "strada battuta" "il cammino che conduce alla fonte a cui abbeverarsi", ciò indica la strada per la salvezza che deve essere percorsa dal musulmano per raggiungere l'accesso sicuro al mondo dell'aldilà. Tali prescrizioni sono rinvenibili all'interno del Corano e nella *Sunnah*, ossia i detti, le azioni talvolta i silenzi del Profeta Muhammad, raccolti in *hadith* (racconti dei compagni del Profeta). Le fonti islamiche si completano, infine, con la giurisprudenza islamica *-fiqh-*, basata sul processo di interpretazione (*igtihad*) che esperti applicano in caso di regole non chiare, utilizzando un ragionamento deduttivo-analogico (*qiyas*) ovvero fondandosi sul consenso degli esperti (*igma*).

Le fonti qui riportate non sono tutte riconosciute dalle scuole giuridiche. La scuola *hanafita* permette il ricorso al *qiyas* e all'*istihsan*. Quest'ultimo permette al *qadi* -il giudice- di potersi avvalere di regole e opinioni differenti in modo da scegliere la soluzione più idonea a dirimere il caso concreto, altresì superando la rigidità del sistema. La scuola giuridica *malikita* invece è ritenuta molto tradizionalista e secondo il fondatore di questa scuola, al-Malik, oltre al Corano e alla *Sunnah* è necessario ricorrere all'*ijma*'-il consenso della comunità dei dotti- come criterio di interpretazione. La scuola giuridica *shafita* ritiene lecito l'utilizzo dell'*ijma* e della *qiyas*, affermando la primaria importanza del Corano e della *Sunnah* rispetto agli altri criteri, i quali vengono definiti secondari. In ultima battuta, v'è la scuola *hambalita*, la quale è sicuramente la più rigida fra le scuole giuridiche. Essa esclude l'*ijma* e la *qiyas* ritenuti fallaci in quanto prodotto dell'attività interpretativa umana, sostenendo l'interpretazione letterale delle fonti favorendo così una rigidità nel processo di storicizzazione del dettato divino. Sul punto, F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 12 e ss.; F. CASTRO sub voce *Diritto musulmano*, in *Digesto IV*, vol. VI, e A. D'EMILIA, sub voce *Fiqh (Iurisprudencia Islamica)* e sub voce *Shari'ah*, in *Novissimo Digesto italiano* [Utet, Torino, 1957], ora anche in ID., *Scritti di diritto islamico*, raccolti (a cura di) F. CASTRO, Roma, 1976, p. 45 ss.

¹⁹ Citando il Corano, si fa riferimento al testo A. BAUSANI (a cura di), *Il Corano*, Milano, Bur Rizzoli, 1980. Invece, per un'analisi su composizione e struttura del Corano si rinvia a M. CAMPANINI, *Il Corano e la sua interpretazione*, cit., pp. 14-36.

Con specifico riguardo al testo coranico e alla Sunna si rimanda a F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 12-16; L. MEZZETTI, *Storia, fonti, istituzioni, società*, Giappichelli, 2022, p. 57 e ss.

Il Corano viene definito con diversi nomi: libro, *Mushaf*, 'segno' per indicare il potere divino, invito a meditare sulla realtà e quindi pensare ad Allah e su Allah, sono stati individuati circa 55 nomi per indicarlo: si veda, A. M. AL-HAFNI, *Mawsu'at al-Qur'an al-'adhim*, Maktabat Madbuli, vol. 1, Cairo, 2004.

Il Corano è stato tramandato inizialmente oralmente; con il terzo Califfo Uthman Ibn Affan (Medina, 656) è stata effettuata una raccolta scritta, per maggiore approfondimento M. CAMPANINI, *Il corano e la sua interpretazione*, Editori Laterza, Bari, 2016, p. 66 ss. In particolare, le *Sure* del Corano tradizionalmente vengono suddivise su due periodi, il primo denominato il periodo Meccano è si riferisce al periodo trascorso alla Mecca (86 capitoli) prima dell'Hijra (l'attuale Medina), mentre il secondo rappresenta il secondo periodo trascorsa a Medina (28 capitoli).

trascendente l'autorità umana, non ha contenuto disponibile da parte dell'uomo. Ne consegue che i diritti religiosi sono più rigidi rispetto ai diritti secolari in ragione della loro stessa origine²⁰, seppur abbiano sviluppato egualmente sistemi evolutivi propri.

Il diritto islamico non è un *corpus* normativo organico, concorde e scevro da antinomie, anzi esso è un diritto religioso che risente dell'organizzazione interna dell'Islam. In particolare, la mancanza di un organo centrale che operi in qualità di moderatore qualificato del dettato della Rivelazione acuisce le difficoltà interpretative sulla portata dei precetti e dei principi in essa contenuti²¹. A tal proposito, la portata dei vari *ayat* a sfondo economico è stata oggetto di un'attenta analisi da parti dei giurisperiti, generando talvolta molteplici interpretazioni e un acceso dibattito dottrinale come nel caso del divieto di *ribà*²².

Tenendo ben presente la varietà ideologica e le diverse possibili sfumature interpretative è comunque possibile individuare concezioni comuni, principi di base largamente condivisi tanto dalla dottrina islamica quanto da quella accademico-scientifica occidentale.

²⁰ S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle regioni. Ebraismo, islam, induismo*, il Mulino, Bologna, 2008; S. FERRARI, A. NERI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*. Eupress, Lugano, 2007; S. FERRARI, *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, cit..

²¹ L'Islam, a differenza dell'ordinamento canonico, difetta di una struttura gerarchica istituzionalizzata capace di offrire posizioni omogenee per tutti i fedeli ovunque essi siano stanziati nel mondo. La Chiesa cattolica è l'esempio di struttura e di gestione che permette al fedele, ovunque esso si trovi, di comprendere chiaramente quale sia la posizione conforme alla Rivelazione grazie una struttura di governo ben organizzata. Cfr., sul punto, G. DALLA TORRE, *Lezioni di Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, p. 113 e ss.

L'assenza di una struttura gerarchica e di un'autorità simile al Pontefice ha portato nel mondo dell'Islam sunnita, *i.e.* l'Islam maggioritario, alla presenza di diverse scuole giuridiche ortodosse. Tali scuole sono note in base al nome del loro fondatore: la Scuola Hanafita, la scuola Malichita, la scuola Sciafi'ita e la scuola Hanbalita. La Scuola Hanafita prende il nome di Abu Hanifa (m. 767-Kufa) e la sua caratteristica fondamentale è quella di incentivare l'uso del ragionamento individuale e analogico rispetto alle tradizioni; la Scuola Malikita prende il nome dal medinese Malik ibn Anas (m. 795-Medina) è caratterizzata dall'utilizzo primario della *Sunna* rispetto al ragionamento individuale, nonché dell'analogia e i criteri ermeneutici sussidiari come *l'istihsan*, *l'istishab* e *l'istislah*; tale ragionamento si diffuse nel Maghreb e l'Africa sub-sahariana; la Scuola Shafiita ha come fondatore Muhammad al- Shâfi'i (m. 820-Mecca): ideatore della scienza del *fiqh*. A lui è riconosciuto il merito di aver realizzato un'opera di sistemazione razionale alla dottrina delle fonti del diritto islamico. La scuola è oggi diffusa in Bahrayn, Yemen, nell'Indonesia, Africa Orientale ed Egitto. Infine, vi è la Scuola Hanbalita, che prende il nome di Ibn Hanbâl (855-Baghdad), egli fu difensore dell'uso delle tradizioni, respingendo l'uso del ragionamento e dell'analogia. La scuola è riconosciuta ufficialmente dal Governo in Arabia Saudita.

Per maggiori approfondimenti si veda S. LAGHMANI, *Les écoles juridiques du sunnisme*, in *Pouvoirs*, vol. 104, 1, 2003, p. 21 ss.

²² Si veda il paragrafo 2 di questa capitolo.

È sulla base di queste premesse che si costruisce tutto il sistema giuridico-economico islamico: all'interno di una cornice così composta gli attori economici agiscono, non godendo di un margine di libertà dalla portata illimitata e assoluta²³. Quindi, l'iniziativa economica definita all'interno del testo coranico deve superare un filtro morale: ogni transazione (o servizio) deve essere considerata *halal* – lecita – dalla *Shari'ah*. Il filtro morale è un elemento centrale nella prassi economica islamica che la differenzia dal sistema socialista, particolarmente restrittivo, e dal sistema economico a matrice capitalista ampiamente diffuso nei sistemi economici occidentali²⁴. Il sistema economico socialista è basato, infatti, sull'abolizione della proprietà privata e della libera concorrenza, in favore della proprietà collettiva statale, dei mezzi di produzione e della pianificazione economica collettiva²⁵, mentre il sistema capitalistico occidentale è caratterizzato, da Adam Smith in avanti, dall'essere (quasi) completamente impermeabile a qualsiasi prescrizione religiosa²⁶.

In tale prospettiva, i costi, i prezzi, la produzione, i contratti ed infine la proprietà privata risentono delle regole di efficienza del mercato come prodotto dell'incontro della curva di domanda e della curva di offerta²⁷, con il solo limite del rispetto della normativa secolare imposta dall'Autorità civile.

²³ Cfr., sul punto, R. LOHLKER, *Der Handel im Malikitischen Recht*, Berlin, 1991, «Im Prinzip besteht keine Vertragsfreiheit, wenn auch eine ziemliche Bewegungsfreiheit innerhalb fester Vertragstypen».

Per un discorso in materia di libertà contrattuale si richiama M. ZAHRAA, *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, in *Arab Law Quarterly*, XIII, 3, 1998, 265 ss.

I divieti di *ribà*, *ghàrar*, *maysir* sono i principali limiti della libertà di iniziativa economica e di conseguenza della libertà contrattuale. Tali profili saranno oggetto di analisi nei paragrafi 2 e seguenti di questo capitolo.

²⁴ Per ulteriori approfondimenti in materia di pensiero economico si prenda in esame P.D. GROENEWEGEN, *Il pensiero economico: dal mercantilismo al monetarismo*, Carocci, Roma, 2003; F. RANCHETTI, F. SILVIA, *Antologia del pensiero economico*; Einaudi scuola, Milano, 2002; R. FAUCCI, *Breve storia dell'economia politica*, Giappichelli, Torino, 2002; A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee: storia del pensiero economico*, Laterza, Bari, 2001; E. SCREPANTI, S. ZAMAGNI, *Profilo di storia del pensiero economico*, La nuova Italia Scientifica, Roma, 1994.

²⁵ In materia di pensiero economico socialista in chiave comparata con il sistema capitalistico si richiama E. VARGA, *I due sistemi: economia socialista economia capitalista*, Contemporanea Edizioni, Milano, 1976, pp. 1-316.

²⁶ Tale concetto di laicizzazione del concetto di economia si è sviluppato a partire dal XVIII secolo con l'elaborazione di una scienza economica distinta dall'etica grazie alle teorie di Adam Smith e di Bernard de Mandeville. Tale posizione è sostenuta anche da M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, luglio 2012, p. 2.

²⁷ La letteratura sul sistema capitalistico è ampia, *ex multis* J. BAECHLER, *Le origini del capitalismo*, IBL libri, Torino, 2015; K. MARX: Accumulazione originaria, *Il Capitale*, 1867, XXIV; M. WEBER: *L'Etica protestante e lo spirito del capitalismo*, 1905.

Il sistema economico islamico, invece, rappresenta un *tertium genus* che si colloca a metà strada tra i due sistemi appena descritti, che non solo rispetta le regole secolari imposte dalle Autorità civili, ma deve al contempo conformarsi alle prescrizioni religiose ricavabili dall'intera Rivelazione. Infatti, gli economisti islamici ritengono che un mercato, senza il filtro morale, diventi un luogo in cui sorgono conflitti tra attori economici, disuguaglianze, commerci amorali e commerci con intenti speculativi²⁸. I principi etico-religiosi alla base dell'economia islamica e della finanza islamica contemporanea sono antidoti nei confronti dell'avidità umana e quindi dei comportamenti opportunistici che l'uomo può adottare agendo sui mercati²⁹.

L'unica soluzione, nella concezione islamica, per rifuggire da questo scenario si trova nell'osservanza dei precetti dell'Islam: l'autonomia privata e le transazioni commerciali trovano una propria modulazione nei precetti della *Shari'ah* con la finalità di promuovere forme di mercato che basano il loro funzionamento sull'equità e la giustizia. Basare quindi la regolamentazione su mercati che, oltre l'efficienza allocativa delle risorse perseguano forme di giustizia sociale, fa comprendere le peculiarità che da questa impostazione di pensiero discendono sul funzionamento economico e bancario-finanziario.

Prima di passare alla disamina dei divieti caratterizzanti la finanza islamica, è necessario porre l'accento su alcuni concetti propedeutici all'analisi che si sta conducendo.

La proprietà privata³⁰ è, secondo il Corano, un diritto che *Allah* esercita su tutti i beni presenti nella realtà terrena; egli ne concede all'uomo l'utilizzo e il consumo purché il comportamento sia conforme alla sua legge, l'Islam³¹. Il fedele musulmano può godere

²⁸ Si permetta di richiamare il contributo di M. D'ARIENZO, *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, nel volume di A. Fuccillo, *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappicchelli, Torino, 2011, p. 26; A. REDOUANE, *L'etica economica dell'Islam*, in www.arabismo.it, p. 1.

²⁹ È evidente il richiamo alla responsabilità del singolo per il bene della collettività. Sul concetto giuridico di responsabilità nei diritti religiosi con particolare riguardo all'ordinamento canonico si richiama lo studio di M. D'ARIENZO, *Riflessioni sul concetto di responsabilità. Aspetti canonistici*, in *Diritto e Religioni*, 2/2010, p. 31 ss.

³⁰ D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 20 s.

³¹ Riviste a tal proposito particolare importanza il concetto di *khilafah*: nella concezione islamica la proprietà appartiene *strictu sensu* solo a Dio. Il creato - quindi tutti i beni presenti sulla Terra - sono affidati al fedele come *khalifa* (vicereggente) di Dio. Cfr. D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, cit., p. 20 s.

dei beni materiali messi a disposizione da *Allah* purché ne entri in possesso attraverso uno sforzo lavorativo, fisico o intellettuale, oppure attraverso l'eredità.

L'uso e il possesso dei beni sono dunque considerati leciti e di conseguenza il concetto stesso di proprietà non è inviso all'Islam sempre che vi sia piena ottemperanza ai principi etici rivelati³². Ciascun musulmano è moralmente responsabile non solo in una dimensione individuale, quindi per sé, ma per ogni membro della sua famiglia di appartenenza, per la società di cui fa parte e per l'intero mondo, in osservanza al precetto «ordinare il bene e proibire il male». Ne consegue che, oltre al requisito del possesso, la finalità generale è quella di essere proprietari di un bene in modo da produrre benefici alla crescita e allo sviluppo della comunità islamica³³.

Si viene a creare di conseguenza un tritico concettuale: uomo, proprietà e ricchezza. Sicuramente l'uomo attraverso la proprietà, considerata *halal*, accumula ricchezza producendo fenomeni di disuguaglianza all'interno della comunità islamica. Apparentemente ciò sembra stridere con il sistema di giustizia sociale³⁴, attraverso forme di redistribuzione del reddito imposte al patrimonio annuale di ciascun fedele, questa condizione di disuguaglianza, seppur fisiologica, viene ridimensionata e riportata all'interno di oscillazioni tollerabili.

Lo strumento di *welfare* volto a redistribuire la ricchezza è la *zakat*, prevista dal Corano, che rappresenta un vero e proprio strumento di politica monetaria per combattere la povertà delle frange più in difficoltà economica e sociale della comunità islamica, ristabilendo così equità e giustizia sociale³⁵.

Altro profilo di estrema rilevanza è il binomio lavoro-ricchezza. Per comprendere appieno tale profilo è necessario richiamare la figura del Profeta Maometto, il quale era un mercante e un uomo d'affari con un buon grado di successo³⁶.

Per il buon musulmano il lavoro è parte integrante del corretto comportamento da tenere per l'appartenenza religiosa, infatti, l'ozio, il consumo improprio di danaro, la volontaria inattività lavorativa, la perdita di tempo sono tutti atti contrari ai precetti

³² A.H. GAFOURI, *Islam et économie. Réflexion sur les principes fondamentaux de l'économie islamique*, Beirut, Editions al Bouraq, 2000, p. 158 e s.

³³ Così, H. HANAFI, *Islam in the Modern World*, vol. I, *Tradition, Revolution and Culture*, Heliopolis, Dar Kebaa, 2000, p. 60.

³⁴ Vedi *infra*.

³⁵ Si rimanda al paragrafo intitolato "Altri principi economici islamici: il caso della *Zakat*" di questo capitolo.

³⁶ M. RODINSON, *Maometto*, Torino, Einaudi, 1995.

islamici³⁷. Ogni fedele, dunque, deve adoperarsi in attività lavorativa lecita, sfruttando al massimo le capacità che possiede e le occasioni che si presentano al fine di concorrere ai redditi familiari e alla crescita del benessere collettivo³⁸.

La ricchezza che viene prodotta dal lavoro però è considerata legittima solamente se derivante dall'attività produttiva e quindi non deve provenire da nessuna prassi speculativa ovvero da gioco d'azzardo, entrambi aspramente censurati dall'Islam³⁹.

1.1. Mercanti, mercati e commercio nell'Islam

Prima di lasciare spazio alla disamina dei principi che animano la finanza islamica, merita attenzione la visione del commercio e il ruolo del commerciante nell'Islam⁴⁰. Infatti, la scienza giuridica islamica ha da sempre ritenuto il mercante – oggi si potrebbe dire l'imprenditore – una figura professionale di estrema centralità nella vita della comunità islamica⁴¹.

Anche nell'Arabia preislamica, il commercio rivestiva un ruolo centrale⁴²: con l'avvento dell'Islam e con il progressivo aumento dei fedeli, la funzione del commercio è rimasta praticamente invariata⁴³. La collocazione geografica dell'Arabia ha sicuramente favorito gli scambi commerciali e ha inoltre dato lustro e prestigio alla figura del mercante, il quale veniva percepito non solo come un uomo d'affari bensì come un uomo con un buon grado di cultura⁴⁴.

Già all'epoca della Rivelazione islamica colui che poteva viaggiare era considerato un uomo di conoscenza, il viaggio era inteso come una occasione di arricchimento e di scambio culturale⁴⁵.

³⁷ Il Corano, 53: 39 [...] “L'uomo può ottenere qualcosa solo lavorando e dandosi da fare”.

³⁸ Così Il Corano, IX: 71 da cui si evince il legame che intercorre tra i fedeli, i quali “sono l'un l'altro amici e fratelli”.

³⁹ Sul divieto del divieto del gioco d'azzardo, da cui deriva il divieto di speculazione, si rinvia al paragrafo 4 di questo capitolo.

⁴⁰ Il commercio ha sempre svolto un ruolo fondamentale: sul punto si richiama P.G. DONINI, *Arab Travelers and Geographers*, Immel, London, 1991, p. 7.

⁴¹ M. RODINSON, *Marxisme et monde musulman*, Editions du Seuil, Paris, 1972, p. 106.

⁴² V. M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2012, p. 16 e ss.

⁴³ P.G. DONINI, *Arab Travelers and Geographers*, cit., p. 7.

⁴⁴ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 17.

⁴⁵ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 17.

Il commercio è stato lo strumento grazie al quale la Rivelazione islamica si è diffusa perché «il mercante portava il messaggio divino insieme allo scambio commerciale»⁴⁶, permettendo la creazione di vere e proprie aree di religione islamica, le quali a loro volta diventavano punti nevralgici da cui sarebbe (ri-)partita la predicazione.

La religione e il commercio, apparentemente un connubio impossibile, si affermano, invece, in modo interdipendente grazie alla capacità dell'Islam di creare un senso di comune appartenenza che, nei rapporti commerciali, si concretizzava in un affidamento nei rapporti tra musulmani grazie alla condivisione delle medesime concezioni di moralità e di credibilità. La religione ha esercitato una funzione di unione all'interno di una stessa comunità che trascendeva l'elemento territoriale favorendo così l'attività di scambio⁴⁷.

È possibile affermare che l'Arabia divenne un'area geografica di riferimento nel commercio internazionale del tempo, assumendo la forma e la struttura di un mercato globale⁴⁸. Ciò rimase invariato sino a quando l'area di grande scambio commerciale si spostò dal Mar Mediterraneo all'Atlantico. Il commercio era considerato quindi un elemento unificante forse ancor di più dell'appartenenza politica⁴⁹.

Riprova della liceità della pratica commerciale, legittimante anche il mercato della finanza islamica sorto intorno al 1950⁵⁰, sono i numerosi *ayat* che descrivono la figura del Profeta-mercante: tra i vari, è possibile qui riportare un celebre passo tratto dalla *Sura della Salvezza*⁵¹: «Che messaggero Divino è mai questo, che mangia cibo e cammina per i mercati come noi?»⁵².

È dunque pacifico asserire che il Corano non presenti nessuna forma di pregiudizio nei confronti dell'attività lavorativa e per l'attività del commercio⁵³.

⁴⁶ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 18.

⁴⁷ S. AMIN, *Lo sviluppo ineguale*, Einaudi, Torino, 1977, p. 33.

⁴⁸ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 20; M. FUSARO, *Reti commerciali e traffici globali in età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008.

⁴⁹ M. RODINSON, *Marxisme et monde musulman*, cit., p. 106. L'Autore sottolinea come «Il s'agit d'un vaste empire qui est uni, non seulement par des liens politiques qui se relâchent à incertain moment, mais par un commerce intense, un ensemble de voies commerciales, de courants commerciaux par lesquels s'échangent les marchandises et aussi comme toujours les idées».

⁵⁰ Sull'origine del sistema bancario islamico e sulle tappe evolutive della finanza islamica moderna si rimanda al paragrafo 1 del capitolo 4 di questo elaborato.

⁵¹ Il Corano, XXV: 7.

⁵² Il Corano, XXV: 7.

⁵³ Cfr. V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 20 e ss.

L'attività economica produce ricchezza e crea arricchimento di tutti gli appartenenti alla comunità islamica, permettendo anche di allontanare il fedele musulmano da condotte considerate peccato (ad esempio il furto)⁵⁴. Impegnarsi in un'attività lavorativa e produttiva diviene quindi strumento per evitare di cadere in tentazione, cedendo a condotte contrarie alla giusta via segnata dalla Rivelazione di *Allah*. La produzione di ricchezza diviene dunque un mezzo per aiutare i meno abbienti e uno strumento per evitare condotte criminose⁵⁵.

È interessante sottolineare che il Corano cita per nove volte la parola *tigara*⁵⁶, e svariati sono gli *hadith* che comprovano l'importanza del commercio nell'Islam⁵⁷.

Altra testimonianza è offerta da autorevoli scritti medioevali in materia di etica della prassi commerciale⁵⁸.

Al-Gazali⁵⁹, noto studioso nonché autorevole giurista dell'epoca medioevale, ha elaborato, partendo dalla lettera del testo coranico, i principi fondamentali del buon commerciante: la buona fede nella pratica commerciale, il commercio come dovere sociale, non essere né il primo né l'ultimo a entrare ed uscire da un mercato, evitare affari proibiti, essere attento nelle parole nei fatti, non viaggiare per mare⁶⁰. Secondo l'Autore

⁵⁴ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 25.

⁵⁵ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 25.

⁵⁶ *Tigara* è una parola dell'arabo classico che significa commercio/traffico. Ad esempio, Il Corano, IV: 29 «O voi che credete, non consumate fra voi i vostri beni vanamente, ma piuttosto vi sia un traffico di comune accordo fra voi».

⁵⁷ Tra i vari si veda il testo citato in M. RODINSON, *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968, p. 36 «Il mercante onesto e sincero nel giorno del giudizio sarà tra i Profeti, i giusti e i martiri». È proprio quell'*onesto e sincero* che si ricollega al filtro morale trattato nel paragrafo 1 (*vedi supra*).

Parte della dottrina sottolinea come più volte *Allah* nel giorno del giudizio venga accostato all'immagine di preciso contabile nella valutazione delle buone e delle cattive azioni. Cfr., sul punto, V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 21.

Altri autori hanno invece definito l'Islam come la religione del commercio, infatti, si è sostenuto che la prassi commerciale islamica ha influenzato la materia contabile del periodo medioevale. Per una disamina di più ampio respiro si rimanda a A.E. LIEBER, *Eastern Business Practices and Medieval European Commerce*, in *Economic History Review*, 2nd Ser., 21, 2, 1968, pp. 230-243.

⁵⁸ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 20 e ss.; A.L. UDOVITCH, *Les échanges de marche dans l'Islam médiéval: théorie du droit et savoir local*, in "Studia Islamica", 65, 1897, p. 5-30.

⁵⁹ Abu Hamid Muhammad Al-Gazali è un autorevolissimo giurista medioevale, ma è stato anche teologo, filosofo, economista dell'Islam sunnita. Al-Gazali (1058-1111) nasce a Tus in Persia e svolge la sua principale attività di studio e di approfondimento a Baghdad.

⁶⁰ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 22; la voce *Merchants, Muslim*, in *Medieval Islamic Civilization. An Encyclopedia*, Westview Press, Boulder, 1995.

questi sono i principi guida che un fedele musulmano deve osservare in modo da operare in modo corretto, concorrendo a creare un mercato conforme alla *Shari'ah*. La correttezza e la buona fede nella prassi commerciale⁶¹ da parte degli operatori è un elemento accostabile alla *gihad*⁶², *i.e.* lo sforzo per la causa di Dio⁶³.

È inconfutabile che il dettato coranico descriva in modo impeccabile il quadro valoriale che il *buon* commerciante musulmano deve seguire, altrettanto vero però è che molto spesso la pratica si sia discostata dalla teoria, lasciando il passo a condotte contrarie a quanto sino ad ora detto, come testimoniato da Ibn Haldun⁶⁴.

Al di là delle considerazioni storiche condotte da Ibn Haldun, come per al-Gazali il buon mercante deve temere Dio, osservare le prescrizioni commerciali, soddisfare lealmente i bisogni dei clienti e ottenere un giusto profitto per il lavoro svolto⁶⁵.

Come si è visto, il mercante ricopre un ruolo rilevante nel tessuto sociale ed economico, ma anche il luogo fisico del mercato assume un ruolo centrale. Esistono fondamentalmente due tipi di mercato descritti all'interno delle fonti islamiche: quello stanziale (*suq* o *bazar*) o quello itinerante⁶⁶.

Il primo diviene luogo di interazione sociale, ancor prima che luogo di scambio di beni, e per tale ragione oggetto anch'esso di regole comportamentali. È altresì un luogo di comunicazione e di trattative per soddisfare determinati desideri ed è impensabile che tutto questo reticolato sia scevro da «un ordine naturale delle cose»⁶⁷.

Come si è evidenziato nel corso della trattazione, l'insieme di regole economiche ha creato delle obbligazioni (anche di natura morale) che sono fondate sul diritto islamico,

⁶¹ In aggiunta alle *sure* già presenti si richiama Il Corano, LXXXIII: 1-3.

⁶² *Gihad* è da intendersi come sforzo verso l'adesione interiore alla volontà di Dio e alla sua Parola. Cfr., sul punto, la nota numero 35 in V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 20 e ss.

⁶³ Il Corano, XLVII il quale recita «Ecco voi siete coloro che sono stati invitati a dare dei loro beni per la Causa di Dio».

⁶⁴ Ibn Haldun visse in Tunisia ricoprendo il ruolo di giudice, inoltre, fu un grande storico del XIV secolo con una produzione storiografica degna di nota. A lui va la paternità di una grande opera intitolata *Kitab al-Ibar* in cui sviluppa i concetti per comprendere a fondo la civiltà umana. In alcuni passi egli rileva come alcune regole e alcuni principi economici islamici siano nella prassi violati o perlomeno aggirati. Cfr., sul punto, M. TALBI, *Ibn Haldun*, Maison Tunisienne de l'Édition, 1973, p. 20.

⁶⁵ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 24.

⁶⁶ Citato in nota da V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 24.

⁶⁷ A.A. ISLAHI, *Market Mechanism in Islam: A Historical Perspective*, in *Journal of Islamic Economics*, n. 3, 1995, p. 5.

ma che attraverso l'opera di giurisperiti ne ha tradotto la portata secondo le contingenze storiche e le realtà concrete.

I concetti a base teologico-normativa che identificano il mercante e il mercato ideale sono alla base della genesi di quelle dottrine economiche poste a fondamento del diritto delle obbligazioni: il divieto di ingiustificato arricchimento che si persegue mediante la combinazione di *ribà*, *ghàrar* e *maysir* attraverso un *modus* etico di gestire la ricchezza, comportando effetti sulle caratteristiche proprie della *zakat* e del *waqf*.

È proprio attraverso il costante dialogo tra dimensione spirituale e dimensione mercantile che si inserisce il sistema bancario islamico contemporaneo caratterizzato da regole che affondano le radici in quel mercato ideale descritto nelle fonti islamiche.

In questo complesso scenario si inseriscono i principi giuridico-economici della finanza islamica oggetto dei prossimi paragrafi.

2. Il divieto di *ribà*

Volgendo l'attenzione verso i principi della finanza islamica è possibile affermare che essa è fondata su principi etici che differiscono da quelli utilizzati nei sistemi finanziari cosiddetti convenzionali prevalenti nel mercato globale⁶⁸.

Come si è detto, l'Islam indica chiari principi economici ai propri adepti anche in materia finanziaria⁶⁹. Esaminare perciò i precetti che regolano la finanza islamica vuol dire richiamare l'insieme di transazioni, contratti finanziari e istituzioni bancarie fondate sui precetti della *Shari'ah*. In altri termini, un'economia è islamica solo se i mercati e gli strumenti in essa utilizzati sono considerati *halal*⁷⁰, quindi leciti e conformi alla *Shari'ah*.

Se in Occidente, l'economia guarda agli aspetti strettamente materiali dell'uomo, relegando la religione al lato più intimo e spirituale, queste due realtà, nel mondo islamico sono sovrapposte in un più ampio disegno che include utilità e aldilà⁷¹.

⁶⁸ Sul punto si rimanda al capitolo III e IV.

⁶⁹ D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, cit., p. 41 ss.

⁷⁰ Nell'Islam, *halal* (lecito) indica quanto è permesso in ogni ambito della vita, ed è contrapposto a *haram* (proibito). Cfr. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 12 ss.; S. FERRARI (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, cit., p. 197 s.

⁷¹ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 59 ss. Inoltre, si richiama la disamina del paragrafo 1 e 1.1. del presente capitolo.

Il principale corollario economico-finanziario è il divieto di applicazione dell'interesse⁷², noto come divieto di *ribà*⁷³.

Il termine arabo *ribà*, dalla radice *r b w*, ha il senso letterale di aumento, accrescimento, eccesso. La nozione di *ribà* è stata diffusamente analizzata dalle scuole giuridiche islamiche che sono giunte a conclusioni diversificate⁷⁴. Storicamente tutte le religioni abramitiche hanno aspramente condannato l'usura e l'utilizzo del tasso di interesse⁷⁵, in particolare nell'Islam tale condanna è presente anche nell'epoca contemporanea in quanto questo è ritenuto in contrasto con il sistema ideale islamico fondato su equità e giustizia tra i fedeli⁷⁶.

⁷² Il tasso di interesse è il costo del credito o il rendimento del risparmio. Cfr., sul punto, G. ANTONELLI, N. DE LISO, G. GUIDETTI, R. LEONCINI, G. VITTOCCI MARZETTI, L. ZAMPARINI, *Economia*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 143 ss.

⁷³ Si può notare come nella seconda parte del versetto in esame il verbo *rabà-yarbu* è usato con l'accezione "aumenterà" i meriti di colui che sarà generoso verso i poveri. Quando, *ribà*, lo si riferisce alle obbligazioni (pecuniarie) è reso con il termine *usura sensu lato*. Cfr. *Encyclopédie de l'Islam. Nouvelle édition*, E.J. Brill, Leiden, 1995, p. 508; G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma, IPO, 1996, p. 19 s.; G.M. PICCINELLI, *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, p. 35 ss.; N. SALEH, *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, 2 ed., London, 1992; A. SAEED, *Islamic banking and interest: A study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Brill, Leiden, 1996; M. UMER CHAPRA, *The Nature of Ribà in Islam*, working paper, Hamdard Islamicus, 1984; M. RONDISON, *Islam et capitalisme*, Editions du Souil, Paris, 1996.

⁷⁴ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 21 s.

⁷⁵ Anche le altre religioni monoteistiche hanno censurato il divieto di usura e il divieto di applicazione del tasso di interesse. Nella Torah ebraica si rinviene il precetto «non prestare a interesse a tuo fratello», cfr., sul punto, Deuteronomio 23: 20-21; Levitico 25: 30. In particolare, «quando presterai denaro a [...] un povero che è presso di te, non comportarti con lui come un vessatore e non esigere da lui alcun interesse», Esodo, 22: 24. Il cristianesimo, alla stregua dell'ebraismo, ha condannato la pratica del tasso di interesse: «presta, ma non aspettarti alcun ritorno, la tua ricompensa, sarà grande», così Vangelo di Luca 6: 33-35.

La letteratura sull'argomento è vastissima, *ex multis* N. MIGUEZ, *I mercati in prospettiva biblica. Conciulium*, 4, 2014, pp. 27-37; J. MO JUNG, *Religione ed economia: connessioni*, *Conciulium*, 5, 2011, pp. 17-28. In particolare, sull'eticità dell'economia nella Chiesa cattolica si richiama il contributo di F. VECCHI, *Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones: vademecum di suggerimenti al legislatore temporale per un ritrovato disciplinamento etico dei mercati finanziari*, in *Diritto e religioni*, 2, 2018; pp. 25-49; R. BOLLATI (a cura di), *Il potere del denaro per il bene comune. Riflessioni etico-economiche a partire da Oeconomicae et pecuniariae quaestiones*, Libreria Editrice Vaticana, Città del vaticano, 2019, pp. 1-134.

⁷⁶ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 21 ss.

Appare interessante la sintesi effettuata dal *Pakistan Council of Islamic Ideology* in cui viene dichiarato nel *Council Report* che «Il termine *ribà* comprende l'interesse in tutte le sue manifestazioni senza distinzioni tra prestiti per obiettivi di consumo o di produzione, di natura personale o commerciale, se il debitore è un ente pubblico o un privato, se il tasso di interesse è basso o alto». Il testo nella versione integrale è consultabile al seguente indirizzo web: <https://cii.gov.pk/AnnualReports.aspx>.

Nel Corano, come si vedrà in seguito, il divieto di applicazione del tasso di interesse è più volte richiamato, seppur vi è assenza di una chiara definizione e di elementi che aiutino l'interprete a chiarirne la portata concettuale concreta.

Alcuni dotti islamici giustificano la mancanza di una spiegazione chiara basandosi sul fatto che tale pratica era diffusa durante il periodo della Rivelazione; perciò, il Profeta non diede nessun chiarimento in materia⁷⁷.

Il Corano così recita:

«Quel che voi prestate a usura [ribà] perché aumenti sui beni degli altri, non aumenterà presso Dio»⁷⁸.

Il Corano più volte cita questa proibizione. Ad esempio:

«O voi che credete! Non praticate il ribà, doppiando o raddoppiando, e temete Dio sì che possiate essere felici»⁷⁹, ancora, «Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito il ribà»⁸⁰.

È fuor di dubbio che tra le prescrizioni coraniche quella sul *ribà* è di difficile comprensione con un significato dai contorni tutt'altro che chiari. Tale divieto viene richiamato in *ayat* aventi ad oggetto l'elemosina:

«Quel che voi prestate ad usura perché aumenti sui beni degli altri, non aumenterà presso Dio. Ma quello che date in elemosina (...) quello vi sarà raddoppiato»⁸¹.

⁷⁷ Cfr. R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 21.

⁷⁸ Il Corano, XXXX: 39.

⁷⁹ Il Corano, III: 130.

⁸⁰ Il Corano, II: 275-280.

⁸¹ Il Corano, XXX: 39.

Alla luce dei succitati versetti, gli studiosi del diritto islamico⁸² hanno preso in esame questo divieto più volte, addivenendo in un primo momento a un'interpretazione orientata a vietare la sola pratica dell'usura⁸³, e quindi a rendere ammissibile l'interesse entro un certo tasso. Successivamente, l'orientamento è mutato in un divieto di applicazione di qualsiasi forma di *surplus* in danaro indipendente dal raggiungimento di uno scopo⁸⁴. Si è vietato, *ex ante*, un prezzo sul danaro dato in prestito, monetizzando così il tempo del pagamento differito del debitore. Dunque, i giuristi e gli economisti islamici riconoscono, parimenti al mondo occidentale, la moneta come mezzo di scambio e strumento di conto, ma convergono nel ritenere che la *Shari'ah* espunga la concezione di riserva di valore della moneta. Questa non può generare ricchezza in quanto tale, bensì solo se inserita in un processo produttivo non indipendente dal risultato.

Il divieto di *ribà* vuole evitare squilibri tra le parti coinvolte in un'operazione finanziaria: il *businessman*, infatti, è suscettibile a perdite e a profitti, mentre un intermediario bancario ha solo profitti al di là dell'andamento dell'attività svolta dal primo. Ciò pone il debitore in una posizione di asimmetria rispetto al suo creditore, il quale si trova in una posizione di preminenza contrattuale che, nell'ottica islamica, contrasterebbe con l'equità e la giustizia sociale⁸⁵ previste dal disegno divino di *Allah*.

La finanza islamica edifica l'intera struttura basandosi su un meccanismo in cui le parti condividono profitti e perdite di qualsiasi attività finanziaria; in altre parole, le parti coinvolte raggruppano una porzione del loro capitale/lavoro finalizzato allo schema '*to share*' di *business*. È una tecnica che incontra risultati positivi nell'economia reale e sulla redistribuzione del reddito. In questo senso le banche, gestori di fondi, giocano un ruolo importante nell'applicazione concreta di questo postulato⁸⁶.

⁸² Si rinvia per una ricostruzione dettagliata in materia di interpretazione del principio di *ribà* a G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 22 ss.

⁸³ In materia di usura, anche se in riferimento alla Chiesa Cattolica, si rinvia a S. NOTO, *Tra economia della religione ed economia religiosa. Spigolature italiane di storia e teoria economica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 10 del 2020, p. 72 ss.

⁸⁴ Per maggiori approfondimenti sull'evoluzione interpretativa del divieto di *ribà*, anche in prospettiva comparata con altri ordinamenti religiosi, si richiama l'accurata analisi condotta da A. BORRONI, *A comparative survey on Islamic ribà and western usury*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 4 del 2019, pp. 1-74.

⁸⁵ La portata pratica della giustizia sociale nell'Islam ha dei riflessi sulla concezione di distribuzione della ricchezza nel mondo islamico, sul punto si confronti R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 27 ss.

⁸⁶ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 78 s.

Questa concezione delle dinamiche finanziarie ha influenzato la struttura bancaria islamica⁸⁷, facendo sì che questa si contrapponga, o perlomeno sia alternativa, a quella cosiddetta convenzionale, che costruisce l'intero sistema sul meccanismo del tasso di interesse⁸⁸.

2.1. Il divieto di *ribà* e i giuristi classici

Per comprendere il divieto di *ribà* è necessario richiamare il periodo storico della Rivelazione. Nella prassi commerciale in uso nell'Arabia preislamica era diffusa una regola per cui il creditore poteva raddoppiare al debitore inadempiente la somma dovuta⁸⁹. È facilmente intuibile che tale regola fosse particolarmente gravosa per il debitore configurandosi una sanzione, in conseguenza dell'inadempimento contrattuale, sproporzionata a suo svantaggio⁹⁰.

La Rivelazione interviene in tal senso in modo da arginare il più possibile la pratica dell'usura imperante nel commercio prima della diffusione dell'Islam.

I giuristi islamici classici ritengono che la *sura* II⁹¹ sia di particolare importanza nella materia qui trattata in quanto rappresenta il passo coranico più completo per quanto riguarda le obbligazioni e, di conseguenza, la disciplina dei contratti:

«Coloro che praticano l'usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto 'La compravendita è come l'usura'. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura. [...] Dio distruggerà l'usura e moltiplicherà il frutto delle elemosine, ché Dio non ama nessun negoziante perverso. [...] O voi che credete! Temete Dio e lasciate ogni resto d'usura, se siete credenti!»⁹².

Si identificano le fondamenta dell'intero impianto dell'economia islamica; non solo, dalla chiave interpretativa dei versetti in materia di *ribà*, dipende tutt'oggi la finanza

⁸⁷ Sulla nozione di banca islamica e sul meccanismo di raccolta del risparmio, si rinvia a G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 69 ss.

⁸⁸ Le differenze e le similitudini che vi sono tra banca islamica e quella convenzionale sono delineate in modo esaustivo in P. BIANCONI, *La banca islamica*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 69 ss.

⁸⁹ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 20.

⁹⁰ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 20.

⁹¹ Il Corano, II: 275-283.

⁹² Il Corano, II: 275-283.

islamica e il modo in cui questa ha modellato la contrattualistica commerciale e bancaria presente nel segmento di mercato *Shari'ah compliant*⁹³.

In prima battuta è stato posto l'accento su due termini: usura (*ribà*) e compravendita (*tigara*)⁹⁴. Tale termine indica, come si è detto, il commercio, in particolare una possibilità lecita di scambio tra due parti senza che vi sia nessun intento usurario nello scambio. Ne consegue che la prescrizione religiosa condanna tutti i fedeli che utilizzano la compravendita per fini d'usura, asserendo che abbiano avuto un contatto con Satana. Quindi, la *tigara* è da intendersi come sforzo prodotto di un lavoro umano diretto alla sopravvivenza terrena⁹⁵.

Allah, attraverso il Profeta, condanna aspramente tutti coloro che ritengono che il profitto ricavato dal lavoro frutto di uno sforzo dell'uomo possa essere considerato alla stregua di qualsiasi profitto derivante dagli interessi frutto di un prestito di capitale. Vero è che in entrambi i casi un fedele ha ottenuto un profitto per vivere, ma le due situazioni non sono assimilabili, poiché il tasso di interesse produce ricchezza andando a collidere con i principi generali della Rivelazione, ossia la solidarietà tra gli adepti.

Non mancarono voci contrarie: non tutti i giurisperiti sposarono sin da subito questo impianto interpretativo. Si ritenne di distinguere il caso in cui l'aumento fosse collegato ai rapporti tra debitore e creditore (*ribà al-nasi'a*) ovvero che l'aumento fosse il prodotto di uno scambio di prestazioni (*ribà al fadl*)⁹⁶. Ne consegue che alcuni giuristi qualificarono il *ribà* vietato *tout court* seguendo l'argomentazione sopra riportata, altri, invece, distinsero il *ribà* in due fattispecie ove la prima, il *ribà al-nasi'a*, era l'unica forma considerata lecita⁹⁷. Tale impostazione interpretativa però non sembra essersi affermata nella prassi bancario-finanziaria, lasciando invece il passo al divieto di applicazione del tasso di interesse ampliato inteso.

Dal passo su citato, si evince il richiamo all'elemosina⁹⁸, un monito di Dio alla generosità e alla solidarietà dell'uomo verso le difficoltà dei più bisognosi e dei poveri. Nel significato più ampio, rappresenta un invito diretto al creditore a essere indulgente

⁹³ Si veda il Capitolo III di questo studio.

⁹⁴ Oltre a quanto detto nel corpo del testo si veda il paragrafo 1.1 del presente contributo.

⁹⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 20.

⁹⁶ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 21.; M. SAMIULLAH, *Prohibition of Ribà and Insurance in the Light of Islam*, in *Islamic Studies*, 1982, p. 53 e ss.

⁹⁷ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 21.

⁹⁸ Cfr. Il Corano, XXX: 39.

nei confronti del debitore in mora purché in buona fede⁹⁹. Infatti, su tale aspetto, già molti decenni fa, si sottolineava come il Corano abbia assunto una posizione pionieristica rispetto al mondo cristiano¹⁰⁰.

Dall'analisi delle varie interpretazioni è possibile affermare la preferenza dei giuristi nei riguardi dei contratti di scambio ove le prestazioni e le controprestazioni siano contestuali, in particolare quando l'oggetto del negozio giuridico è un bene cui le qualità possono variare con il passare del tempo. La variazione della qualità nel tempo potrebbe produrre, infatti, un potenziale sbilanciamento tra le parti del sinallagma contrattuale, comportando così un arricchimento ingiustificato di una delle parti¹⁰¹.

Tale impostazione di pensiero, unitariamente condivisa dalle scuole giuridiche islamiche, trova conferma anche in un celebre *hadith* considerato bussola orientativa e al tempo stesso conferma dell'attuale impostazione economica e commerciale. Infatti, si ritiene che:

«l'oro per l'oro, l'argento per argento, la terra per la terra, l'orzo per l'orzo e il sale per il sale» [...] «senza differenza di qualità e quantità e dalla mano alla mano»¹⁰².

Da questo passo è possibile rinvenire in maniera chiara la conseguenza che il rapporto obbligatorio, inteso come un rapporto giuridico in forza del quale il debitore è tenuto a una prestazione suscettibile di valutazione economica al fine di soddisfare un interesse anche di natura non patrimoniale del creditore, nell'ottica islamica è possibile distinguerlo tra obbligazioni *dayn* e quelle *ayn*. Quest'ultime hanno prevalentemente una natura reale, generalmente preferite in quanto v'è la presenza di una cosa (*res*) che meglio può rappresentare la liceità di un arricchimento. Di converso, invece, le obbligazioni dette *dayn*, avendo una natura prevalentemente pecuniaria, sono ritenute pericolose perché potenzialmente aventi profili di *ribà*.

⁹⁹ Il Corano, II: 280. Infatti, in questo passo si legge «Se il vostro debitore si trova in difficoltà, gli sia accordata una dilazione, fino a che la felicità gli si presenti; ma se rimettere il debito, sarà meglio per voi, se sapete!».

¹⁰⁰ Vangelo di Luca 6, 35 «mutuum date nihil inde sperantes», ossia «concedere prestiti senza aspettarsi nulla in cambio». Cfr. G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 21.

¹⁰¹ Per maggiori approfondimenti in materia di arricchimento ingiustificato nel diritto islamico si veda il paragrafo 4 di questo capitolo (*vedi infra*).

¹⁰² Cfr. D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciiſita*, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, 2017, p. 189 ss.

Come si è detto, i primi giuristi islamici hanno desunto dal divieto di *ribà* una serie di conseguenze che permettono di avere dei *benchmark* da utilizzare nella prassi commerciale di ieri e in quella bancario-finanziaria di oggi¹⁰³. Al fine di comprendere quali operazioni abbiano una natura usuraia, è possibile affermare che laddove vi sia qualunque eccedenza di quantità o di qualità rispetto a quanto stato concordato nel momento della stipulazione dell'accordo contrattuale; il ritardo o una modifica nel modo di esecuzione del contratto; i servizi o comunque prestazioni svolte dalla parte debitrice del sinallagma contrattuale purché non preventivamente accordate¹⁰⁴.

Più in generale è possibile affermare che qualsiasi rapporto obbligatorio che abbia a oggetto uno sbilanciamento tra beneficio e sacrificio patrimoniale tra le parti contrattuali concorre a creare una situazione di arricchimento ingiustificato – *istiglal* – il quale chiama in gioco i valori etico-sociali che impongono all'ordinamento islamico di intervenire per poter ristabilire equilibrio nella transazione. In altri termini, l'ordinamento giuridico islamico impone l'obbligo di sanare ovvero dichiarare nulle tutte le transazioni contrastanti con i principi generali della Rivelazione in tema di contratti in modo da evitare il crearsi di vere e proprie fattispecie antiggiuridiche e antisolidaristiche che potrebbero inficiare i rapporti del traffico commerciale.

L'Islam impone dunque ai suoi adepti un obbligo di soppesare in maniera oculata e attenta il rischio commerciale e imprenditoriale. Non solo, esso impone che siano vagliati sulla base di questo parametro benefici e utilità derivanti da negozi giuridici patrimoniali.

Logica conseguenza di quanto detto, ossia dell'osservanza e dell'obbligatorietà del rispetto del *ribà*, è stato il ricorso a continui studi pratici in risposta a tale divieto. Ciò ha comportato, come meglio si vedrà nella trattazione del capitolo terzo, il ricorso a espedienti giuridici e accortezze legali noti come *hylal* – stratagemmi –. Questi trovano la loro ragione giustificatrice nella giustizia sociale su cui si erge l'intero mercato *Shari'ah compliant*.

È il IV/V secolo dell'egira, corrispondente al IX secolo d.C., periodo in cui le scuole giuridiche risultano essere concordi sulla legittimità delle *hylal* ed è possibile affermare che trovino piena compiutezza al punto che molti testi giuridici dell'epoca concorrono a crearne una vera e propria scienza. Diviene così uno strumento giuridico

¹⁰³ Si rimanda in materia di prassi commerciale e finanziaria islamica al capitolo III in cui la trattazione prenderà in esame le diverse forme contrattuali *Shari'ah compliant* attualmente impiegate sul mercato.

¹⁰⁴ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 21.

attraverso cui, con analisi concrete e con le dovute precauzioni volte a non snaturare il dettato della Rivelazione, si storicizza la parola di *Allah* senza travolgere l'obbligo religioso del *ribà*¹⁰⁵.

Seguendo questa linea di pensiero è possibile affermare che gli espedienti nel mondo giuridico islamico hanno avuto il merito di creare un avvicinamento tra teoria economico-giuridica e nuove esigenze imposte dalla prassi, divenendo un *modus vivendi* della teoria con la pratica, infatti, le *hylal* sono «il massimo che la consuetudine poteva concedere, e il minimo [cioè il riconoscimento formale] che la teoria doveva richiedere»¹⁰⁶.

2.2. Il divieto di *ribà* nel dibattito moderno

Nell'epoca contemporanea i giuristi islamici e occidentali impegnati nell'analisi del divieto di *ribà* sono concordi nel definirlo come qualsiasi aumento della ricchezza che non sia fondato sulla e non derivi dalla effettiva attività [...] del suo possessore¹⁰⁷.

Nel dibattito attuale, quindi, poco è mutato rispetto ai giuristi di epoche precedenti: si assiste a una uniformità e soprattutto a una continuità di pensiero tra passato e presente¹⁰⁸. È un esempio in tal senso la legge libica del 1972, la quale è stata la prima in epoca moderna a codificare in modo esplicito la proibizione del tasso di interesse negli atti giuridici delle persone fisiche¹⁰⁹. Tale esplicita previsione è stata poi ripresa pochi

¹⁰⁵ In un'ottica comparata, è possibile effettuare un parallelismo con ciò che è accaduto durante il periodo medievale cristiano. Seppur con risultati diversi, i giuristi del medioevo cristiano hanno cercato di allontanare il diritto commerciale dal divieto di proibizione canonica del mutuo a interesse. Sul punto si richiama la disamina condotta da P. COLELLA, *Usura e diritto canonico, Il Foro italiano*, vol. 118, n. 10, 1995, pp. 337-378 e pp. 383-384; R. NAZ, *Traité de droit canonique*, vol. III, Parigi, 1948, p. 258 ss.; P. DUMAS, *Intérêt et usure*, in *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, 1953, vol. V, p. 1475 ss; P.G. CARON, *Usura (diritto canonico)*, voce del *Novissimo Digesto*, Torino, 1975, XX, p. 378 ss.

¹⁰⁶ J. SCHACHT, *Introduzione al diritto islamico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995, p. 85.

¹⁰⁷ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente moderno*, anno 7 (68), Nr. 1/9, (gennaio-settembre 1988), p. 8 s.

¹⁰⁸ L'applicazione progressiva delle disposizioni della Legge islamica trova radice nell'opera di elaborazione dottrinale dei *fuqaha* classici. Cfr. J. SCHACHT, *An introduction to Islamic Law*, Oxford, 1964, p. 84 e p. 85. Per una attenta disamina diacronica del divieto di *ribà* si richiama lo studio condotto da E. ASHTOR, *Le taux d'intérêt dans l'Orient Médiéval*, in *Fatti e idee di Storia economica. Studi dedicati a F. Borlandi*, Bologna, 1975, p. 197 e ss.; N. CAGATAY, *Ribà and Interest Concept and banking in the Ottoman Empire*, in *Studia Islamica*, 1976, p. 53 ss.

¹⁰⁹ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente moderno*, anno 7 (68), Nr. 1/9, (gennaio-settembre 1988), p. 8.

anni dopo anche dal codice egiziano del 1980¹¹⁰, testimonianza di come tale divieto sia ancora particolarmente sentito come cogente e capace di imporsi, anche a distanza di secoli dalla Rivelazione, nella prassi contrattuale e commerciale odierna¹¹¹.

Tre sono le ragioni che hanno condotto all'espansione dell'ambito applicativo del divieto di applicazione del tasso di interesse¹¹².

In prima battuta, il tasso di interesse è ancora oggi sentito come strumento finanziario che permette alla ricchezza di accumularsi in mano a una *élite*, la quale rappresenta una minoranza nel panorama totale della popolazione. Arricchirsi quindi attraverso tale strumento compromette il disegno generale tratteggiato da Dio per gli uomini, in particolare l'uso improprio del denaro andrebbe a collidere con i principi 'generali' dell'ordinamento islamico¹¹³.

La seconda motivazione, strettamente connessa alla prima, è quella legata alle parti e al ruolo che queste ricoprono all'interno di una transazione commerciale. Più chiaramente la religione islamica in tale materia vieta che il profitto del beneficiario, si pensi al ruolo di un intermediario finanziario, sia totalmente slegato da potenziali perdite e che queste ricadano solo sulla parte debitrice¹¹⁴.

La prassi bancaria convenzionale si ancora a un sistema che è possibile definire opposto: infatti, nel sinallagma contrattuale che vede operare la banca come creditore, questa ha diritto alla corresponsione di interessi come pagamento garantito. In altri termini, la banca convenzionale ha la certezza, garantita dal diritto, di avere un guadagno che si potrebbe definire blindato perché, oltre a essere pienamente tutelato dall'ordinamento giuridico, è indipendente dalla riuscita del progetto del debitore¹¹⁵.

¹¹⁰ Cfr., sul punto, la nota 22 in G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 8 s.

¹¹¹ Ci si permette di rinviare ai paragrafi 1 e 2 di questo capitolo.

¹¹² G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., pp. 1-44.

¹¹³ Cfr. J.T. Cummings, *Islam, and Modern Economic Change, in Islam and Development: Religion and Socio-political Change*, ed. by J.L. Esposito, Syracuse University Press, 1980, pp. 25-47.

¹¹⁴ Cfr. J.T. Cummings, *Islam, and Modern Economic Change, in Islam and Development: Religion and Socio-political Change*, cit., pp. 25-47.

¹¹⁵ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., 2021, p. 36 e s. Invece, per maggiori approfondimenti sulla attività bancaria islamica e il contesto dei sistemi finanziari occidentali e dunque i profili di compatibilità si veda C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria Editrice, Roma, 2009, pp. 95-133. L'Autore dedica un'attenta disamina alle peculiarità dell'attività di raccolta e di impiego di danaro, al sistema dei rischi e della loro gestione ed infine un'accurata analisi in chiave comparata tra attività bancaria islamica e le normative nazionali, anche dette secolari. Si rimanda inoltre al prossimo capitolo per una completezza sull'argomento.

L'ultima motivazione alla base delle legittimità islamica del divieto qui in esame è legato all'accumulo di ricchezza di cui si è già detto.

La religione islamica ritiene non conforme alla *Shari'ah* accumulare la ricchezza attraverso il tasso di interesse¹¹⁶. La chiave interpretativa è legata al termine sforzo-lavoro ovvero sforzo-persona: tali binomi chiariscono la concezione islamica tra singolo fedele e l'attività lavorativa, con argini che modulano l'agire del musulmano confermando il carattere *ortopratico* dell'Islam¹¹⁷.

Ne consegue che configurare la portata del divieto di *ribà* a mero principio economico del sistema commerciale e bancario islamico appare limitante, soprattutto se non inserito in un più ampio ragionamento strettamente legato alla filosofia economica dell'Islam. In particolare, emerge che il *ribà* «non è soltanto una questione di lecito o illecito. È una questione connessa con la filosofia della funzione del capitale messo al servizio della società, o utilizzato per la sua distruzione»¹¹⁸.

Si comprende dunque come un sistema che possa definirsi conforme alla *Shari'ah* non possa esaurire la sua funzione all'interno di un paradigma del dare e dell'avere, bensì vada inserito in un più ampio disegno in cui il *ribà* rappresenta la funzione economica volta a garantire la corretta redistribuzione della ricchezza, della giusta prassi di scambio dei beni ed infine ai rapporti generali tra Stato e individui¹¹⁹.

Procedendo nella disamina, è possibile affermare che la rigidità nell'applicazione del divieto di *ribà* è una costante anche nello spirito che anima il dibattito contemporaneo¹²⁰.

La libertà di contrarre all'interno degli ordinamenti giuridici a maggioranza islamica è frutto di scelte di politica legislativa che, in modi e forme diverse, è influenzata

¹¹⁶ Per un'analisi approfondita sul denaro nella concezione islamica si veda E. FRANCESCA, *Economia, religione e morale nell'islam*, Roma, 2013. L'Autrice analizza la diversa natura del denaro: denaro-peccato, denaro-salvezza, denaro-lavoro indagando attorno a una scala di valori presenti nel Corano e nella tradizione profetica senza trascurare come tale impostazione possieda valori comuni a molte religioni.

¹¹⁷ Cfr. E. FRANCESCA, *Economia, religione e morale nell'islam*, cit., p. 19 e ss.

¹¹⁸ Citazione tratta dal saggio di S. HAMMUD in B. SCARCIA (a cura di), *Profilo dell'economia islamica*, Palermo, 1988, p. 139.

¹¹⁹ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., pp. 8-9. In aggiunta a ciò, si richiama anche lo studio condotto da R.S. GANDHI, *The Economic Ethic of Islam*, in *Sociologus*, 26, 1976, pp. 66-76; R. BRISTON, A. EL-ASHKER, *Religious Audit: Could it happen here?*, in *Accountancy*, 1986, pp. 120 s.

¹²⁰ Così riporta un noto studio in materia condotto dal celebre A. UDOVITCH, *Partnership and Profit in Medieval Islam*, Princeton, 1970, p. 12 e ss.

dal diritto commerciale islamico¹²¹. Tali scelte concedono un margine di manovra più o meno ampio, riconoscendo di fatto la pratica della *hylal*¹²².

Alcune correnti di pensiero degli inizi del ventesimo secolo, di fronte alla dottrina modernista fondata su una concezione e una impostazione tradizionale del divieto di *ribà*, hanno cercato di dare una lettura più coerente e più aperta alle sfide economiche, giuridiche ed infine sociali dettate dal mondo contemporaneo. Si è assistito a una rilettura del divieto di *ribà* al fine di dare una risposta più coerente alle esigenze della società contemporanea.

A tal proposito, si può richiamare il *mufti*¹²³ d'Egitto Muhammad Abduh che intorno al 1903 emanò una *fatwà* ove si legittimavano la liceità degli interessi pagati su somme depositate in casse di risparmio. Da tale *fatwà* conseguono due fattispecie di *ribà*: la prima, si riferisce all'interesse usurario in uso nel commercio dell'epoca preislamica¹²⁴; la seconda fattispecie, invece, ritiene che la portata applicativa del divieto in esame non si estenda alla partecipazione agli utili di un affare legittimo¹²⁵. Secondo tale

¹²¹ Per una dettagliata ricostruzione del divieto di *ribà* negli ordinamenti giuridici musulmani contemporanei si rimanda allo studio condotto da G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 32 e ss. L'Autore dopo aver messo in luce, attraverso un'attenta nota metodologica, un quadro di insieme sulla codificazione e sulle soluzioni legislative e giurisprudenziali, evidenzia alcune disposizioni in materia commerciale in Arabia Saudita, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Egitto, Iraq, Siria, Tunisia, Marocco, Libia.

¹²² Per maggiori approfondimenti si richiama in questa sede K.L. PETERS HAMLIM, *The Impact of Islamic Revivalism on Contract and Usury Law in Iran, Saudi Arabia, and Egypt*, in *Texas International Law Journal*, vol. 22, 2-3, Spring-Summer, 1987, pp. 349-380.

¹²³ Nel mondo musulmano il *Mufti* è un giurista autorizzato a fornire responsi in merito a questioni di diritto, di teologia, di pratiche religiose. È un 'ālim abilitato ed emettere *fatawà*, cioè pareri giuridici su particolari punti di diritto. I *muftī* più autorevoli hanno avuto un ruolo importante nella formazione del diritto islamico, perché le raccolte delle loro *fatawà* sono state utilizzate come manuali di diritto. Secondo la dottrina classica, per poter esercitare la funzione di *muftī* occorre essere dotati di integrità personale e della scienza necessaria a praticare l'*ijtihād*, cioè la capacità di raggiungere una soluzione a un particolare problema giuridico esercitando il ragionamento personale. Già a partire dal settimo secolo i *muftī* sono stati integrati nella struttura dello Stato, che provvedeva a designare i giuristi abilitati a svolgere tale compito. Anche nell'Impero ottomano, la funzione di *muftī* fu istituzionalizzata e attribuita alle più alte cariche della struttura religiosa. In epoca moderna e contemporanea, molti Stati dispongono di un *muftī* ufficiale. In questi casi molto spesso il *muftī* non si limita a fornire pareri giuridici, ma è il più alto dignitario religioso dello Stato. Un fenomeno recente è quello dell'emissione di *fatawà* da parte di istituzioni indipendenti dagli Stati, come il Consiglio Europeo per la Fatwa, o da parte di siti internet specializzati.

¹²⁴ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 27.

¹²⁵ Vedi *infra*.

impostazione di pensiero si ritiene che siano leciti i profitti e i dividendi prodotto degli utili di gestione della cassa di risparmio¹²⁶.

La *fatwà* del *mufti* Abduh ebbe un certo seguito in quanto fu utilizzata dai sostenitori dei modelli bancari occidentali al fine di legittimare l'adozione e l'utilizzo del tasso di interesse¹²⁷. In altri termini, la *fatwà* egiziana del 1903 è stata utilizzata come grimaldello per implementare un mercato finanziario e bancario che potesse arginare la tradizionale impostazione sul divieto di *ribà* per storicizzarne la portata senza mettere in discussione il dettato divino¹²⁸.

Di questo medesimo avviso è anche Muhammad Abduh allievo di Mahmud Salut, che ha però rimarcato la liceità degli interessi sui depositi bancari nell'orizzonte degli stessi principi generali dell'ordinamento islamico¹²⁹.

Egli offre una chiave di lettura che appare prodromica rispetto alle posizioni adottate anni più tardi da alcune infrastrutture islamiche¹³⁰: il depositante in casse di risparmio è consapevole, e non deve sentirsi in conflitto di lealtà, che il denaro verrà rimesso in circolo dalla banca, la quale immetterà sul mercato creditizio i depositi e ciò, secondo l'Autore, concorre alla realizzazione di una vera e propria armonizzazione tra forme di profitto e la natura marcatamente etico-sociale del diritto e dell'economia islamica¹³¹.

¹²⁶ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 27, sostiene che seppur non dichiarato esplicitamente all'interno della *fatwà* richiamata nel corpo del testo lo schema che legittima un interesse sotto forma di un utile risulta essere simile allo schema di una *mudaràba*.

Sempre sul punto è possibile richiamare Z. OBEIDI, *La banque islamique. Une nouvelle technique d'investissement*, Beirut, 1988, p. 58 e ss.

¹²⁷ A titolo esemplificativo è possibile richiamare un noto decreto del 1904 che dichiarò in Egitto legittimo che l'Amministrazione delle Poste potesse creare alcuni sportelli con funzioni di cassa di risparmio in cui ciascun depositante, al momento del deposito, firmava un documento avente valore di autorizzazione ove si prevedeva che «l'Amministrazione ad impiegare i fondi depositati (...) in tutti i modi consentiti dalla *Shari'ah*, esclusa ogni forma di usura (...) e a pagare i dividendi derivati da tale impiego». Cfr. G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 28.

¹²⁸ Sul punto si veda S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2019, pp. 37-45.

¹²⁹ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 28.

¹³⁰ Sul punto si rimanda al capitolo 4 di questo elaborato.

¹³¹ Anche M. ABDUH ha emesso una *fatwà* il 18 ottobre 1957 e pubblicata il giorno successivo. Si riporta qui uno stralcio che ben chiarisce il pensiero dell'Autore [...] «Tale profitto non è conseguenza né dell'interesse su un debito tale da essere considerato *ribà*, né della rendita di un prestito tale da essere legalmente proibito. Esso è un incoraggiamento al risparmio e alla cooperazione accolti dalla *Shari'ah*» [...]. Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 28.

Per un'analisi critica sul *fatwà* richiamata in questa nota si veda R. AL-AWADI, *La tecnica del risparmio e dell'investimento nell'economia islamica*, al-Qahira, s.d., p. 188 ss.

In particolare, l'impiego di risparmi all'interno di un circuito fatto di operazioni commerciali crea benefici che ben si prestano a trovare una base normativa nel Corano: generare ricchezza *halal* – lecita – offre benefici su più piani, garantendo una remunerazione ai titolari dei fondi, allo Stato e all'intera società¹³².

È indubbio osservare che v'è una sorta di separazione tra giuristi ed economisti di formazione più teorica rispetto a esperti operanti nelle infrastrutture islamiche e negli intermediari islamici¹³³. Nonostante teorici e pratici vogliano ambedue il rispetto e la conformità alla Rivelazione (islamica) delle transazioni commerciali, i primi sono più inclini a una rigidità del sistema, rimanendo di fatto ancorati a forme più tradizionali; mentre i giuristi ed economisti cosiddetti pratici hanno come obiettivo, concorrente alla conformità *sharaitica*, la realizzazione di operazioni e atti giuridici che tengano conto dei problemi operazionali pratici cui i consociati possono incorrere¹³⁴.

La filosofia dell'economia islamica appare essere quindi più rigida nella teoria che nelle soluzioni operative adottate¹³⁵.

La teorizzazione effettuata dal *mufti* Salut è stata ripresa, anni più tardi, da un altro studioso, Muhammad Sayyid Tantawi¹³⁶, che ha preso una posizione ancor più marcata a favore della cosiddetta teoria della partecipazione agli utili. Egli è giunto ad affermare che i tassi di interesse pagati dalle casse pubbliche di uno Stato a favore dei titoli del debito pubblico¹³⁷ sono un'attività finanziaria lecita nonché pienamente legittima perché inserita in una più ampia logica di sviluppo economico, e quindi culturale, di un paese e

¹³² Si pensi a soggetti terzi rispetto al sinallagma contrattuale tra depositante e banca: tali soggetti, il più delle volte potenziali imprenditori, godono dei soldi depositati a risparmio in banca in quanto questa può offrire loro somme di denaro a credito. Ancora una volta questa ipotesi, particolarmente ricorrente, fa comprendere come siano preziosi i meccanismi atti a remunerare i depositi sotto forma di partecipazione agli utili piuttosto che vietarli in quanto integranti *ribà*.

¹³³ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in Oriente moderno, anno 7 (68), Nr. 1/9, (gennaio-settembre 1988), p. 12. In aggiunta, V. NIENHAUS, *Islamic economics, finance, and banking – theory and practise*, in AA. VV., *Islamic Banking and Finance*, London, 1986, pp. 1-17.

¹³⁴ Si rimanda per maggiori approfondimenti agli attenti rimandi di cui la nota 35 di G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 12.

¹³⁵ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 12.

¹³⁶ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 28.

¹³⁷ Si rimanda a Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An introduction to islamic finance, Theory and Practise*, Singapore, John Wiley, and Sons, 2007; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, Pearson, Milano-Torino.

Sugli aspetti evolutivi dei certificati di investimento islamici si rimanda a F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 49.

di tutta la popolazione¹³⁸. L'utilità sociale, secondo quanto sostenuto da Tantawi, non solo è garantita, ma addirittura potenziata quando l'utile, derivante da investimenti pubblici, non si limita a ripartire il guadagno tra i risparmiatori bensì incentiva a massimi livelli la mobilitazione dei capitali, assumendo la forma di una vera e propria cooperazione sociale¹³⁹.

Il dibattito egiziano assume un ruolo centrale quanto si parla di principi economici islamici, soprattutto per il fatto di aver accolto la prima esperienza di banca islamica a metà del secolo scorso¹⁴⁰. Tale esperienza viene tenuta in considerazione come modello da parte degli Stati che vorrebbero adottare il sistema bancario e finanziario islamico.

In conclusione, sul piano pratico non vi è dubbio che le banche islamiche abbiano cercato di costruire una curva di offerta alternativa agli strumenti bancario-finanziari tradizionali e allo stesso tempo competitivi sul mercato internazionale. In altri termini, alle banche islamiche è riconosciuto il merito di aver reso strumenti e servizi maggiormente competitivi tanto sul profilo del risultato, quanto sul profilo della prestazione, senza però sacrificare totalmente le istanze di natura strettamente religiosa¹⁴¹. Lo sforzo delle banche islamiche, come si vedrà più diffusamente nel corso della trattazione, non è di poco conto considerando che, inserendosi su un mercato internazionale, la sfida è duplice: garantire la prestazione e la resa finanziaria e al contempo ottemperare al dettato normativo religioso¹⁴². Il segmento finanziario convenzionale è, infatti, disinteressato all'iniquità racchiusa all'interno del tasso di interesse; di converso, nonostante i tentativi di apertura, il buon musulmano non concepisce un'economia e un diritto commerciale che non dipendano da una valutazione etica: non esiste *homo economicus* indipendente dal *mu'min* (credente)¹⁴³.

¹³⁸ Muhammad Sayyid Tantawi emise una serie di pareri legali, alcuni dei quali aspramente criticati da parte di alcuni esponenti delle scuole giuridiche islamiche. Tra i vari, ci si permette di rinviare a Y. AL-QIRDAWI, *Gli interessi bancari sono ribà illecito*, al-Qahira, 1990, p. 89 e ss., in particolare p. 93. Per maggiori approfondimenti sul punto si rinvia a G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 29.

¹³⁹ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 29.

¹⁴⁰ Si rimanda alla sezione I del capitolo 4 del presente elaborato per un'analisi maggiormente dettagliata sulle origini, sui modelli e sulle peculiarità del sistema bancario islamico.

¹⁴¹ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit. p. 30.

¹⁴² G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 30.

¹⁴³ G.M. PICCINELLI, *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 30. R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 18 ss.; A.

3. Il divieto di Ghàrar

Il divieto di *ribà* non esaurisce la trattazione dei principi economici in materia finanziaria islamica, costituendone la spina dorsale attorno cui ruota il dibattito circa la compatibilità tra finanza islamica, più in generale sul sistema giuridico ed economico islamico, con il sistema giuridico degli Stati occidentali, tra cui anche quello italiano.

Accanto a tale divieto, trova spazio la proibizione di trarre guadagno su meccanismi giuridici che ruotano intorno all'incertezza.

Si fa riferimento al principio del *ghàrar*¹⁴⁴. Questo non si fonda su alcun versetto coranico specifico, ma si ricava in via indiretta dal divieto di gioco d'azzardo. In particolare, il Corano così stabilisce:

*«Ti domanderemo ancora del vino e del maysir. Rispondi: c'è peccato grave e ci sono vantaggi per gli uomini in ambo le cose: ma il peccato è più grande del vantaggio»*¹⁴⁵.

La proibizione del *maysir* è la base normativa rivelata da cui si ricava il divieto di *ghàrar*. Tale termine indica quindi la mancanza di un certo grado di certezza nelle transazioni giuridiche di natura patrimoniale. V'è quindi divieto espresso per un fedele musulmano di ottenere proventi attraverso transazioni in cui vi siano condizioni di informazione incerta e incompleta sul prezzo del bene, sulla forma, sul luogo in cui la prestazione deve essere eseguita, sul consenso, sull'oggetto, sulla quantità e sulla qualità del bene oggetto del contratto, etc.¹⁴⁶. Ne consegue che un contratto deve ritenersi invalido nel caso in cui vi sia una totale (o parziale) incertezza su profili considerati

CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 23.

¹⁴⁴ Cfr. sul punto, V. DONINI, *Cenni sul diritto islamico*, cit., p. 281 s.; L. MILLIOT, F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2 ed., Éditions Dalloz, Paris, 2001, p. 647: «sa prohibition est fondée sur l'immortalité du gain que ne justifie pas le travail, sur les risques que court le joueur lui-même et la nécessité de l'en protéger; enfin sur le danger de la spéculation sur certaines denrées de première nécessité en vue de leur accaparement dans un pays dont la population est toujours à la veille de la famine».

¹⁴⁵ Il Corano, II: 219; V. DONINI, *Cenni sul diritto islamico*, cit., p. 281 ss.

¹⁴⁶ A. SEN, *Denaro e valore: etica ed economia nella finanza*, Banca d'Italia, Roma 1991, pp. 124-127.; D. JAMALI, S. ULLAH, *Institutional Investors and Corporate Social Responsibility: the Role of Islamic Financial Institutions*, in *International Review of Business Research Papers*, 6/1, 2010, p. 623; T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014, p. 62; R. LOHLKER, *Shari'ah und Moderne: Diskussionen über Schwangerschaftsabbruch, Versicherung und Zins*, Steiner, Stuttgart, 1996, p. 86.

essenziali; di converso, nel caso in cui l'alea di rischio non sia ragionevole la transazione sarà invalida travolgendo gli effetti sin dall'inizio a causa della presenza di *ghàrar*¹⁴⁷.

Appare necessario sottolineare la diversa portata tra il principio in questione e quello di *ribà*. Quest'ultimo ha una portata assoluta, non ammette alcuna eccezione¹⁴⁸. In altri termini, è possibile attuare, come si vedrà meglio più avanti, dei meccanismi che non abbiano espressamente un richiamo al tasso di interesse, ma non si tollera attualmente alcun impiego di *ribà* all'interno di transazioni o servizi bancari islamici¹⁴⁹. Diversa invece è la portata del divieto di *ghàrar*: appare impossibile realizzare un contratto che preveda ogni scenario giuridico, presente e futuro, in modo dettagliato¹⁵⁰. Per questi motivi appare convincente la *ratio* sottesa a tale divieto, la quale suddivide due diverse fattispecie di *ghàrar* con conseguenze giuridiche profondamente differenti¹⁵¹. La prima fattispecie è possibile definirla come *ghàrar eccessivo*¹⁵² e laddove fosse presente produrrebbe la nullità della transazione; mentre la seconda fattispecie, *ghàrar* cosiddetto *trascurabile*¹⁵³, non inficia in alcun modo la validità del sinallagma costituito dalle parti¹⁵⁴. È nel discrimine tra queste due ipotesi che si annida la portata relativa del principio giuridico-economico: quindi, laddove l'incertezza si presenta su profili di incertezza sostanziale, questa non è accettabile, mentre se l'incertezza non è così rilevante ed è anche sanabile attraverso rimandi *extra* transazione o con richiamo a leggi o standard specifici, il contratto rimane valido e lecito per la *Shari'ah*¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Si veda I. WARDE, *Riba, Gharar, and the Moral Economy of Islam in Historical and Comparative Perspective*, in *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000, pp. 52-69.

¹⁴⁸ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 24 e ss.

¹⁴⁹ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 38.

¹⁵⁰ Cfr. N. NORDIN, S. ABDUL AZIZ, A. ALISA, N. DAUD, *Contracting with Gharar (Uncertainty) in Forward Contract: What Does Islam Says?*, in *Asian Social Science*, vol. 10, 15, 2014.

¹⁵¹ M. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larcer, Bruxelles, 2018, p. 49 e ss.

¹⁵² Il *ghàrar* eccessivo è anche detto *ghàrar fahish*, quale quello insito in un contratto in cui si vendesse un volatile che vola nel cielo o un pesce che ancora nuota nel mare. Cfr. M. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larcer, Bruxelles, 2018, p. 49.

¹⁵³ Il *ghàrar* cosiddetto trascurabile prende il nome di *ghàrar yassir-ghàrar*. A titolo esemplificativo, la vendita di una casa in cui non si conosce la provenienza esatta del materiale di una parte strutturale di tale immobile. Cfr. M. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, cit., p. 49.

¹⁵⁴ A. NEHAD, A. KHANFAR, *A critical analysis of the concept of ghàrar in Islamic financial contracts: Different perspective*, 2016, pp. 2-3.

¹⁵⁵ A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., pp. 33-34.

La ragione di fondo del divieto di incertezza così interpretato è legato a una esigenza pratica: se tale divieto venisse applicato in maniera letterale ciò comporterebbe una vera e propria paralisi di interi settori commerciali¹⁵⁶.

Per scongiurare gli effetti patologici del *ghàrar* sulla transazione i contraenti devono assicurarsi, al di là di ogni ragionevole dubbio, che la transazione abbia tutti gli elementi essenziali e che le parti dispongano di tutte le informazioni rilevanti circa l'operazione commerciale. In particolare, le parti devono conoscere i profili come quelli riguardanti le peculiarità del bene, l'oggetto della transazione, la data effettiva della consegna del bene, etc.¹⁵⁷. Il divieto di *ghàrar* nell'accezione eccessiva persegue una logica contrattuale ben precisa: scongiurare l'ingiustizia tra le parti¹⁵⁸, evitando così ciò che accadeva, nella Penisola Arabica, nell'epoca commerciale precedente la Rivelazione. Si rifugge da qualsiasi inganno, di non detto o di volutamente taciuto, preferendo la trasparenza nei rapporti tra i consociati¹⁵⁹ in modo che le parti siano informate e libere nel prestare il consenso e quindi di esercitare la propria libertà contrattuale.

Il divieto di *ghàrar* però non crea problemi di compatibilità normativa negli ordinamenti secolari analoghi a quelli che si profilano per il divieto di *ribà* in quanto tale divieto, è simile – per forma e finalità – al concetto di correttezza nei rapporti contrattuali previsto negli ordinamenti occidentali¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Ad esempio, si pensi all'agricoltura, indubbiamente rappresentante un segmento primario per l'economia di una nazione, il quale utilizza forme di accordi/contratti che hanno intrinsecamente una incertezza, non dipendente dalla volontà delle parti che non hanno nessun tipo di intento speculativo. Tale esempio dimostra come il concetto teorico del divieto di applicazione di forme rilevanti di incertezza debba cedere il passo a risoluzioni che tengano in considerazione anche altri interessi in gioco, rispettando però nella sostanza il principio di fondo. Cfr. V. DONINI, *Cenni sul diritto islamico*, cit., p. 281 s.

¹⁵⁷ R. LOHLKER, *Shari'ah und Moderne: Diskussionen über Schwangerschaftsabbruch*, cit., p. 86 e ss.

¹⁵⁸ H. BENMANSOUR, *L'économie musulmane et la justice sociale*, Dialogues Editions, Parigi, 1990.

¹⁵⁹ Si veda sul punto il paragrafo 1 del presente capitolo.

¹⁶⁰ Sul piano europeo si richiama a titolo esemplificativo la *Solvency II* che comprende il Pilastro III dal titolo "*Regole di trasparenza per il rafforzamento del mercato*", sul versante nazionale si prendano in esame le discipline in materia di tutela del consumatore. Cfr. M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in *Good faith in European Contract Law* (a cura di) R. ZINNERMANN, S. WHITTAKER, Cambridge, 2000; G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2003, p. 155 ss.; *Id.* *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 e ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 19 ss.; In tal senso, si veda C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 205; L. BIGLIAZZI GERI, *voce Buone fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 403; A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, ESI, Napoli, 2001, p. 22.

4. Il divieto di Maysir

Il Corano, assieme al *ribà* e al *ghàrar*, proibisce esplicitamente al fedele il gioco d'azzardo¹⁶¹.

Tale divieto ha effetti anche sul diritto dei contratti e sull'economia islamica, così come definito in due diverse *sura* coraniche, la II e la IV¹⁶², che trattano la portata del divieto in esame ma con intensità profondamente diverse¹⁶³.

Nella prima *sura*, si legge:

«Ti domanderanno ancora del vino e del maysir. Rispondi: C'è peccato grave e ci sono vantaggi in ambe le cose: ma il peccato è più grande del vantaggio».

Dalla lettera di questo *ayat* è chiara l'intenzione del Legislatore divino di condannare il consumo [lo scambio/il commercio] del vino e il gioco d'azzardo, considerando entrambe le fattispecie un peccato¹⁶⁴.

Però, la lettera del passo riportato sarebbe tenue se non letta in combinato disposto con l'*ayat* 90-91 della *sura* V, la quale così recita:

«O voi che credete! In verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure [turpitudine], opere di Satana; evitatele, a che per avventura possiate prosperare. Perché Satana vuole il vino e col maysir, gettare inimicizia e odio fra voi; e stornarvi dalla menzione del Santo Nome di Dio e dalla Preghiera»¹⁶⁵.

Quest'ultimo passo ha una portata più intensa e tale è anche il divieto ivi menzionato.

¹⁶¹ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 79 s.; J. CHARBONNIER, *Islam: Droit, finance et assurance*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 39; A. MUHAMMAD, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, UK, 2007, p. 61 e ss. Available at <https://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=351636>; A. DIAW, *La crise financière mondiale et la finance islamique : une revue de la littérature*, MPRA Paper, University Library of Munich, Germany, 2011, p. 9.

¹⁶² Rispettivamente la *sura* «La Giovenca» e la *sura* «La Tavola imbandita».

¹⁶³ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 56.

¹⁶⁴ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 56.

¹⁶⁵ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 56.

Ciò deve essere letto tenendo in considerazione, ancora una volta, il quadro storico di riferimento: il *maysir* era una pratica ludica in uso in epoca preislamica¹⁶⁶ che con l'avvento dell'Islam è stata aspramente condannata ed esclusa dall'*ortopratica* musulmana¹⁶⁷. La *ratio* della proibizione di attività ludiche connesse in modo esplicito oppure implicito alla scommessa consiste nell'aleatorietà della condotta utilizzata dalle parti. Appare altresì chiaro come l'intento normativo sia quello di salvaguardare l'indebito arricchimento della parte vincente la scommessa¹⁶⁸; in aggiunta a ciò, si vuole condannare, come spesso ritorna in questa specifica materia, la mancanza di uno sforzo lavorativo nell'ottenimento di ricchezza¹⁶⁹.

Il *maysir* è una scommessa ben lontana dallo sforzo lavorativo richiesto al musulmano, di conseguenza ben lontano dal *modus licito* per ottenere ricchezza. Infatti, l'Islam condanna l'immeritato vantaggio di una parte per il solo verificarsi di un evento futuro e incerto rimesso alla mera fatalità¹⁷⁰.

È bene specificare che non è l'origine pagana del gioco d'azzardo a renderlo illecito per il fedele, bensì la sua natura intrinsecamente aleatoria a renderlo incompatibile con il sistema giuridico-commerciale dell'Islam. Infatti, vi sono molti profili, principi e talvolta regole specialmente in materia contrattuale che sono derivati da un'epoca precedente la predicazione islamica e non per questo sono stati ritenuti incompatibili con la Rivelazione¹⁷¹, mancando valida motivazione che legittimi il possedere in più¹⁷².

È possibile qui anticipare che il divieto di *maysir* laddove trovi applicazione in materia contrattuale, invalidi l'intero negozio giuridico posto dalle parti, travolgendo gli effetti dell'operazione effettuata. Si trae quindi una sorta di regola contrattuale generale: non è valida nessuna transazione che presenti un rischio o pericolo sul risultato

¹⁶⁶ Il gioco del *maysir*, utilizzato in epoca preislamica, si sostanzialmente nella partecipazione di massimo sette giocatori, i quali acquistavano una freccia con diverse tacche che indicavano le parti di un cammello, il quale veniva ripartito in dieci. Ogni giocatore possedeva una freccia che, assieme ad altre tre, veniva riposta in un tronco vuoto e poi sorteggiata. Colui che estraeva la freccia con più tacche avrebbe avuto diritto alla parte del cammello a cui si riferiva, mentre coloro che avrebbero estratto frecce non intagliate si sarebbero fatti carico del costo dell'intera macellazione dell'animale a favore dei vincitori. Sul punto, cfr., V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 56.

¹⁶⁷ Sul punto, si rimanda al paragrafo 1 di questo capitolo.

¹⁶⁸ M.Y. SALEEM, M. YUSUF, *Islamic Commercial Law*, John Wiley & Sons, 2013, p. 4 s.

¹⁶⁹ Si richiama qui *Gambling*, in *Medieval Islamic Civilization*, p. 275 e *Glücksspiel*, in *Lexicon des Islams*, p. 577.

¹⁷⁰ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 56 s.

¹⁷¹ Vedi *infra*.

¹⁷² V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 57.

strettamente collegato a un evento futuro¹⁷³. Tale regola si applica agli atti a titolo oneroso, ogni qualvolta che a una prestazione corrisponde la controprestazione di un altro soggetto; di converso, invece, tale divieto non trova applicazione nel caso di atti a titolo gratuito ovvero agli atti di liberalità¹⁷⁴.

Quindi, nel sistema contrattuale islamico non trovano spazio quelle figure contrattuali previste nell'ordinamento italiano quali il contratto di vendita di cosa futura, il contratto di vendita con prezzo calmierato da un terzo, i contratti di tipo cumulativo la cui causa è un oggetto aleatorio, la vendita di un raccolto ancora non maturo, etc.¹⁷⁵.

La relazione tra il divieto di *maysir* e quello di *ghàrar* evidenzia, però, come il *maysir* sia nella sostanza una forma eccessiva di *ghàrar*. Infatti, la scommessa ingloba nella sua stessa natura l'incertezza, legandola alla fortuna e al caso fortuito. Si potrebbe affermare che quando ricorrono gli estremi di *maysir* vi è anche *ghàrar*, ma non il contrario.

Strettamente collegato ai divieti economici vi è un altro istituto che anima di sottofondo l'intera trattazione del diritto commerciale islamico, ossia la *istiglal*.

È un istituto di diritto islamico collegato al divieto di gioco d'azzardo e al divieto di applicazione del tasso di interesse. Con il termine *istiglal* si indica l'arricchimento ingiustificato che è il parametro di legittimità entro cui si muovono i principi economici islamici¹⁷⁶.

Il divieto di *istiglal*, il divieto di arricchimento ingiustificato, conferma quanto emerso, ossia come il diritto islamico dei contratti sia ispirato dalla ricerca di un equilibrio tra prestazione e controprestazione al fine di evitare che il rapporto sinallagmatico possa diventare oggetto di controversia tra i fedeli, pregiudicando altresì i rapporti pacifici tra musulmani¹⁷⁷.

¹⁷³ A. AL-SAATI, *The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence*. *Journal of King Abdulaziz University-Islamic Economics*, 16, 2, 2003, p. 3 ss.

¹⁷⁴ V. M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 57.

¹⁷⁵ Si può affermare che proprio sulla base di questi ragionamenti si è potuto costituire il fondamento teorico di un particolare comparto della finanza islamica, ossia l'assicurazione islamica, caratterizzato ontologicamente dalla presenza di rischio su un evento futuro incerto. Difatti, quando le compagnie assicurative europee aprirono filiali in Paesi a maggioranza islamica i fedeli islamici rimasero completamente esclusi dal mercato a favore di fedeli di altre confessioni religiose. Cfr., F.E. VOGEL, *Contract Law of Islam, and the Arab Middle East*, VII, J.C.B. Mohr, Tübingen, 2006, p. 13.

¹⁷⁶ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 59 ss.

¹⁷⁷ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 59 ss.

È chiaro come la presenza di squilibri o più in generale la presenza di cause patologiche all'interno di un rapporto contrattuale produca tra le parti forme di antagonismo e una frattura interna alla stessa comunità musulmana¹⁷⁸.

L'arricchimento ingiustificato trae origine dal principio di equità, che è idoneo a comprimere la forza vincolante del contratto e l'autonomia delle parti¹⁷⁹. È possibile sottolineare come l'*istiglal* è considerato centrale nella teoria del consenso, assumendo dunque un ruolo sia nella fase di formazione del contratto sia nella eventuale fase patologica. Nella fase di formazione del contratto esso è considerato il quarto vizio del consenso insieme all'errore, al dolo e alla violenza¹⁸⁰; esso corrisponde a una sorta di errore nella valutazione del valore della prestazione per scarsa esperienza o per ignoranza¹⁸¹.

La tematica dell'arricchimento ingiustificato richiama inevitabilmente la questione del valore della prestazione: il giusto prezzo¹⁸².

I consociati hanno indubbiamente il desiderio di acquistare una *res* al giusto prezzo al fine di soddisfare un proprio bisogno e contemporaneamente evitare che venga

¹⁷⁸ È doveroso sottolineare che le scuole giuridiche islamiche sul punto non hanno una posizione omogenea; però, vi è un minimo comune denominatore: la presenza di uno sbilanciamento tra prestazioni comporta, sul piano giuridico oltre che morale, la previsione di una sanzione.

Altro punto in comune tra le diverse posizioni delle scuole giuridiche islamiche è la *hiyar*, ossia un diritto di opzione riconosciuto *ope legis* alle parti indipendente da una espressa previsione delle stesse. Tale istituto riconosce ai consociati il diritto a una risoluzione (anche unilaterale) con la finalità di tutelare il consenso e la sua integrità, assicurando di conseguenza maggior giustizia sociale in caso di sfruttamento. Sul punto, per una analisi maggiormente dettagliata, si veda D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema scii fita*, cit., p. 47.

¹⁷⁹ Oltre a quanto detto nel corso di questo capitolo sul punto, si rimanda all'analisi condotta nel capitolo III (v. *infra*).

¹⁸⁰ Non sono mancate voci però che hanno ricompreso l'*istiglal* come specificazione dell'errore vizio. Cfr. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., p. 186 s.; per maggiori approfondimenti si veda anche N. SALEH, *Are the Validity and Construction of Legal Acts affected by Cause (sabab)?*, in *Arab Law Quarterly*, n. 2, 1992, p. 117; G.N. SFEIR, *Modernization of the Law in Arab States. An Investigation into Current Civil Criminal and Constitutional Law in the Arab World*, Austin and Winfield, San Francisco, London, Bethesda, 1998, p. 103; D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema scii fita*, cit., 2017, p. 44.

¹⁸¹ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 59 ss.

¹⁸² Sul tema del giusto prezzo di un bene anche Tommaso d'Aquino si era posto tale interrogativo, infatti, si legge che "il giusto nei contratti umani è determinato dalle leggi civili. Ora, in base ad esse è lecito a chi compra e a chi vende ingannarsi a vicenda: il che avviene per il fatto che il venditore tende a vendere la cosa più di quanto vale, e il compratore per meno di quanto vale. Perciò è lecito vendere una cosa per più di quanto vale". T.D'AQUINO, *La somma teologica*, Edizioni studio domenicano, Bologna, 1996, p. 586.

integrato lo *istiglal*¹⁸³. La correttezza della somma dipende dal desiderio che si ha di acquistare quel bene e l'elemento centrale è la libertà riconosciuta all'acquirente di determinarsi privo da condizionamenti nonostante anche i musulmani, alla stregua di ogni altro essere umano, vogliano ottenere il miglior risultato dall'operazione economica.

È evidente, dunque, che il principio trattato mette in luce come nel mondo del diritto islamico dei contratti¹⁸⁴ con conseguenze più che rilevanti nell'economia in ogni sua declinazione si intreccino alla tradizione storica, alle regole preislamiche e alla conformità alla *Shari'ah* senza trascurare però l'esigenza di compromessi prodotto di un fenomeno di modernizzazione, competitività nel mercato internazionale e infine pragmatismo economico.

Vi sono dunque tanti profili, tante istanze e molti interessi in gioco che hanno una indubbia difficoltà nel convivere assieme. È la sfida della finanza islamica che tenta di tenere insieme le radici dei principi economici e le opportunità che il mercato offre in termini di crescita economia individuale nonché collettiva.

5. *Altri principi economici islamici: la Zakat*

Nei paragrafi precedenti si sono messi in luce i divieti economici in senso stretto, la dottrina però è solita menzionare altri istituti giuridici che assumono un ruolo rilevante nel comparto della finanza islamica.

Tali istituti sono considerati principi giuridico-economici *indiretti* in quanto non hanno come funzione primaria la regolamentazione della materia finanziaria, seppur presentino dei risvolti sui meccanismi contrattuali, sugli effetti prodotti dai contratti *Shari'ah compliant* ovvero sull'operatività delle banche islamiche¹⁸⁵.

¹⁸³ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciifita*, cit., p. 124.

¹⁸⁴ Sempre con le sue caratteristiche di diritto rivelato, personale, extra statale ed immutabile. Così nota 326 in V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 114.

¹⁸⁵ Si rimanda per un'analisi dettagliata ai capitoli III e IV.

Su questa linea di pensiero è possibile richiamare l'attenzione sull'istituto della *zakat*¹⁸⁶, il terzo pilastro dell'Islam¹⁸⁷, che si sostanzia nel pagamento di una vera e propria imposta dovuta dal fedele musulmano in favore delle fasce più povere della *Ummah*¹⁸⁸. Il termine *zakat* etimologicamente vuole significare purificazione, crescita¹⁸⁹ e corrisponde al versamento di un *surplus* di ricchezza (o di utili) prodotto di un'attività di una persona fisica (o giuridica) nel corso dell'anno islamico, cosiddetto *hijri*¹⁹⁰. La *zakat* è un tributo più che un principio economico, ma ha un impatto sull'operatività della banca islamica. Infatti, è una imposta di natura solidale che il musulmano ha l'obbligo di versare con il fine di purificare la ricchezza posseduta e con l'intento di aiutare i poveri della comunità musulmana¹⁹¹.

Le scuole islamiche hanno fissato l'aliquota da utilizzare per il calcolo dell'imposta sul patrimonio del fedele al 2,5% del valore dell'incremento della ricchezza improduttiva e al 10% per la ricchezza netta di un investimento¹⁹². I beni che fungono da base imponibile di tale tributo sono l'oro e gli oggetti dorati, l'argento e gli oggetti in argento e i beni commerciali. Inoltre, vi è consenso unanime della dottrina islamica nell'esclusione dal calcolo della *zakat* dei beni produttivi, macchinari, rimanendo però conteggiate nel reddito del soggetto attivo del tributo¹⁹³.

¹⁸⁶ Il Corano, II: 43 «Eseguite la preghiera, pagate la decima, e prostratevi come gli altri in preghiera». Cfr. la seguente letteratura sul tema R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 26 ss.; D. ATZORI, *Fede e mercato*, cit., p. 21 ss.; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 1996, p. 220 s.; D. PRANAM, *Zakat as a Measure of Social Justice in Islamic Finance: An Accountant's Overview*, West Bengal, 2013.

¹⁸⁷ Si rimanda alla nota 3 del paragrafo 1. Inoltre, in materia di pilastri islamici si richiama P. BRANCA, *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, Carocci editore, Roma, 2019, pp. 53- 61.

¹⁸⁸ Sulla *zakat* come strumento per l'eliminazione della povertà si rinvia a H. AHMED, *Role of Zakah and Awqaf in Poverty Alleviation, Islamic Research and Training Institute, Jeddah*, 2004.

¹⁸⁹ D. GRIL, *Elemosina*, in M. AMIR MOEZZI (a cura di), *Dizionario del Corano*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 239-242.

¹⁹⁰ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 27.

¹⁹¹ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 27; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 220 e p. 221.

¹⁹² R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 27.

¹⁹³ Vi è consenso nel ritenere che in uno Stato moderno la base imponibile debba includere anche gli impianti industriali, le risorse naturali e i beni permanenti originariamente esclusi dal calcolo della *zakat*. Così R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 28.

La *zakat* nei Paesi a maggioranza islamica non assume una disciplina omogenea. Sul punto, cfr., R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 28.

Si è detto che i destinatari dei proventi dell'imposta sono le fasce più povere della comunità islamica e la Rivelazione sancisce con precisione quali siano i beneficiari di tale gettito fiscale: i pellegrini in stato di bisogno, i poveri ed infine i debitori¹⁹⁴.

Il testo coranico esprime in modo chiaro la finalità che la *zakat* persegue: la liberazione dell'Islam dalla schiavitù, la propagazione nel mondo della *Ummah* e il pagamento di congrui salari per chi gestisce i versamenti dell'elemosina obbligatoria¹⁹⁵.

Osservando con maggior attenzione l'istituto in esame, è possibile affermare che attraverso la *zakat* il fedele musulmano consolida il legame orizzontale tra credenti¹⁹⁶, edificando i rapporti tra i membri della comunità; allo stesso modo la preghiera consolida il rapporto verticale tra Dio e credente¹⁹⁷. La *zakat* non è quindi uno mero strumento di raccolta di denaro, né un'elemosina a carattere obbligatorio, bensì è uno strumento di politica economica a carattere religioso volto alla creazione di un ordine sociale più giusto¹⁹⁸. Essa rappresenta la trasposizione umana del concetto di *tawhid*¹⁹⁹ in quanto, attraverso la distribuzione della ricchezza, la *zakat* salda il rapporto tra gli appartenenti alla *Ummah*. Il termine *tawhid* indica l'unicità di Dio, principio cardine dell'Islam e nel

¹⁹⁴ Cfr. Il Corano, IX: 60 così recita «Le elemosine sono per i bisognosi, per i poveri, per quelli incaricati di raccogliercle, per quelli di cui bisogna conquistarsi i 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, sapiente». È importante rimarcare in questa sede che il Corano non menziona espressamente nessun tipo di famiglia, per i quali esiste un obbligo religioso prioritario. Dunque, tutti i fedeli hanno l'obbligo del sostentamento finanziario e della cura delle proprie famiglie. Su quest'ultimo profilo si veda R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, Edizioni Dehoniane Bologna, 2017, p. 53.

¹⁹⁵ Nel diritto islamico esiste anche una forma di elemosina volontaria detta *sadaqa*. Cfr. Il Corano, II: 271 «Se lasciate vedere le vostre elargizioni, è un bene; ma è ancora meglio per voi, se segretamente date ai bisognosi; [ciò] espierà una parte dei vostri peccati. *Allah* è ben informato su quello che fate».

¹⁹⁶ D. ATZORI, *Fede e mercato*, cit., p. 21 ss.; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 21 e s.

¹⁹⁷ Così D. ATZORI, *Fede e mercato*, cit., p. 21 ss.; sullo stesso punto si veda anche G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, cit., p. 21.

¹⁹⁸ Il tema della giustizia sociale ritorna come un *leitmotiv* in tutti i settori della finanza islamica, così H. BENMANSOUR, *L'économie musulmane et la justice sociale*, cit., pp. 1-217.

¹⁹⁹ Con il termine *tawhid* si vuole indicare l'unicità di Dio, principio cardine dell'Islam. In particolare, la civiltà islamica non ha mai smesso «[...] di interrogarsi sull'economia ma questa ha un profondo debito nei confronti del pensiero riformista, soprattutto grazie all'importanza attribuita al *tawhid*. Il nesso profondo tra il concetto di *tawhid* e il vivere economico-sociale consisterebbe nella liberazione della coscienza umana da tutti i giochi, sociali e naturali, riscoprendo la sottomissione unica nei confronti del principio unico, universale e trascendente. [...] L'Islam, inteso come ideologia, etica e teoria sociale, non può pertanto esimersi dal permeare la sfera economica dei suoi valori. [...] Ogni dimensione del vivere umano deve di conseguenza assoggettarsi e piegarsi di fronte alla maestà divina e alla pervasività della sua Legge rivelata» così sostenuto in D. ATZORI, *Fede e mercato*, cit., pp. 18-20.

caso della distribuzione della ricchezza assume un significato di realizzazione umana della volontà divina²⁰⁰.

L'elemosina obbligatoria è perciò un valido strumento di lotta alla povertà, considerata particolarmente problematica tanto a livello sociale quanto sul piano individuale²⁰¹. La comunità islamica, in un'ottica di responsabilità solidale verso gli altri fedeli, ha l'obbligo di prevenire condotte illecite e immorali²⁰². In particolare, la *ratio* sottesa a tale istituto è quella di evitare che coloro che vertono in povertà assoluta siano spinti per sopravvivere a compiere atti criminosi e al contempo peccaminosi. In altri termini, la redistribuzione della ricchezza tende a prevenire condotte *haram*²⁰³.

Tale istituto conferma quanto come emerso nei primi paragrafi di questo capitolo: la religione islamica non condanna in alcun modo il possesso di ricchezza e nessun tipo di pregiudizio subisce il fedele che la possiede, purché tale ricchezza venga purificata attraverso la *zakat*²⁰⁴.

5.1. Attività *halal* e attività *haram*

Dall'*ortopratica* islamica si ricavano altri principi che hanno una rilevanza sotto il profilo economico e finanziario. Se da un lato l'Islam riconosce la libertà di iniziativa economica e la libertà imprenditoriale, dall'altro distingue tra attività consentite dette *halal* e attività vietate dette *haram*²⁰⁵.

Il discrimine che intercorre tra ciò che è lecito e ciò che è illecito ha profondi riflessi sull'oggetto della attività economica. Una persona fisica (o giuridica) che vuole agire in piena conformità con le disposizioni divine ha l'obbligo di non produrre e di non

²⁰⁰ D. ATZORI, *Fede e mercato*, cit., pp. 18-20.

²⁰¹ A.R. YOUSRI, *Sustainable Development: An Evaluation of Conventional and Islamic Perspectives*, in M. IQBAL (a cura di), *Islamic Perspectives on Sustainable Development*, New York, Palgrave Macmillan, 2005, p. 34. In aggiunta, per maggiori approfondimenti su come la *zakat* impatti in positivo sulla povertà si richiama lo studio condotto da H. AHMED, *Role of Zakat and Awqaf in poverty Alleviation*, Jeddah, Islamic Research and Training Institute, 2004.

²⁰² In una «concezione piena ed etica dell'organizzazione sociale delle relazioni umane» in T. RAMADAN, *L'Islam in occidente*, Rizzoli, Milano, 2006, p. 233.

²⁰³ Come messo in luce da un celebre *hadith* «Nessuno passa il giudizio prima di rispondere sulla propria età in che cosa l'ha trascorsa, sul suo sapere cosa ne ha fatto, sulla propria ricchezza da dove se l'è procurata e come l'ha spesa [ridistribuita] e sul proprio corpo come lo ha impiegato», integralmente riportato in R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 50.

²⁰⁴ Anche definita «tassa sociale purificatrice» in M.L. MANISCALCO, *Islam europeo: sociologia di un incontro*, Franco Angeli, Milano, 2006, p. 175.

²⁰⁵ La categoria di comportamenti considerati *haram* prevede l'obbligo per il fedele di astensione, essendo considerato proibito e punibile *ex lege*.

immettere sul mercato alcune tipologie di beni/attività; tale postulato si estende anche in materia di investimenti diretti e indiretti.

Nel codice di comportamento che il fedele deve osservare uno spazio di primaria importanza assumono le regole alimentare religiose²⁰⁶ da cui si ricavano, attraverso un ragionamento analogico, delle prescrizioni giuridico-economiche²⁰⁷.

Il Legislatore divino vieta espressamente, senza ammettere alcuna eccezione, il consumo di vino d'uva e quello ricavato dai datteri in quanto sostanze dall'effetto inebriante, poiché causano un effetto di obnubilamento della mente e della coscienza. Da tale prescrizione, attraverso un ragionamento analogico, si è ricavato il divieto generale di consumo di qualsiasi sostanza che possa produrre il medesimo effetto inebriante²⁰⁸. È proibita perciò qualsiasi sostanza a base di etanolo perché considerata dannosa per la salute del corpo²⁰⁹, per il mantenimento di una coscienza lucida e per salvaguardare la piena capacità di intendere e volere nelle azioni che il musulmano compie. Lo stato di ubriachezza integra una specifica previsione del diritto penale²¹⁰ sottoposta a pena coranica immutabile – *hadd* – ²¹¹.

Originariamente tale divieto alimentare fu interpretato come obbligo di sobrietà nei momenti di preghiera²¹²; successivamente attraverso il richiamo dello stesso *ayat* del divieto di gioco d'azzardo, la proibizione è stata definita in modo netto²¹³. La volontà

²⁰⁶ A. FUCCILLO, *Il cibo degli dèi. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2015.; A. FUCILLO, *Saziare le anime nutrendo il pianeta? Cibo, religioni, mercati*, in AA. VV., *Cibo, Religione e Diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, A.G. CHIZZONITI (a cura di), Libellula Edizioni, Tricase, 2015, p. 27 ss.; V. VACCA, S. NOJA, M. VALLARO, *Sahih al-Buhari. Detti e fatti del Profeta dell'Islam*, Torino, 1982, p. 526.

²⁰⁷ Cfr. A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, cit., p. 34.

²⁰⁸ Corano, V: 90 «O voi che credete! In verità il vino [...] sono sozzure, opere di Satana; evitatele, a che per avventura possiate prosperare».

²⁰⁹ Si vedano gli *hadith* 4 e 5 in *Sahih al-Buhari, kitab al-asribat*.

²¹⁰ Per il reato di stato di ubriachezza da consumo da vino è prevista una pena pari a ottanta frustrate. Cfr. L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 187.

²¹¹ Così *Sahih al-Buhari, kitab al-asribat*, 1.

Sul sistema penale islamico si richiama la monografia di D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena dal figh alla codificazione del diritto penale*, Istituto per l'Oriente C.A. Nallino, Roma, 2013, pp. 3-195; L. BERCHER, *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran. Leur réglementation dans les rites malékite, chaféite et hanéfite*, Tunisie, Société Anonyme de l'imprimerie rapide, 1926 ; S.A.A. ABU SAHLIEH, *Les sanctions en droit musulman. Passe, present et avenir*, Beirut, CEDRAC, 2007 ; B. ATALLAH, *Le droit pénal musulman ressuscité, Annuaire de l'Afrique du Nord*, 13, 1974, pp. 227-252 ; E. CHAUMONT, *Pene coraniche fisse*, in : *Dizionario del Corano*, Milano, Mondadori, 2007, pp. 640-647 ; R. PETERS, *Crime and Punishment in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

²¹² Il Corano, XLIII: 43.

²¹³ Si rimanda al paragrafo 4 del presente capitolo.

divina mira a salvaguardare le capacità raziocinanti del fedele in modo tale che questo possa impegnarsi nella realizzazione della propria esistenza e possa agire, senza alcun impedimento, in piena conformità con il dettato divino²¹⁴. Le sostanze a base di alcol condizionano direttamente la ragione e hanno effetti nefasti sull'individuo e sulla società sotto il profilo morale, igienico ed infine sotto il profilo del mantenimento dell'ordine pubblico.

Da ciò si ricava un primo corollario economico indiretto: non è possibile che una attività imprenditoriale, un contratto finanziario o bancario, un negozio giuridico in senso ampio abbiano a oggetto cibi o bevande contenenti alcol, pena la nullità dell'intera transazione.

Il divieto appena descritto non è l'unica norma alimentare religiosa prescritta dalla religione islamica. Infatti, il Corano proibisce espressamente anche il consumo della carne di suino e di tutti i suoi derivati come ad esempio lo strutto o le gelatine²¹⁵.

I motivi connessi con le origini di tale proibizione non sono omogenei²¹⁶. La proibizione della carne di maiale si fonderebbe sulla considerazione che tale animale è considerato una minaccia per l'ecosistema del Nord Africa e del Medio Oriente; da sempre zone contaminate da nomadismo pastorale in terre aride, di difficile irrigazione; infatti, il maiale è sedentario, non sopporta temperature elevate e non produce risorse essenziali per il sostentamento²¹⁷. Altra parte della dottrina invece sostiene che la ragione giustificatrice è rinvenibile nelle abitudini di questo animale come la coprofagia e più in generale nell'abitudine alimentare di mangiare rifiuti²¹⁸. Tutto ciò viene considerato impuro e quindi il fedele non può cibarsi della carne di questo animale, considerandolo anche fonte di trasmissione di malattie²¹⁹.

²¹⁴ V'è anche una ragione di natura storica al divieto di consumo di bevande alcoliche. Al fine di mantenere l'ordine pubblico il Profeta Maometto cristallizzò tale divieto per evitare scontri violenti tra soggetti ubriachi. Cfr., sul punto, L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 120; V. VACCA, S. NOJA, M. VALLARO, *Sahih al-Buhari. Detti e fatti del Profeta dell'Islam*, Torino, 1982, p. 546.

²¹⁵ Si veda sul punto P. DIENER, *Ecology, Evolution, and the Search for Cultural Origins: The Question of Islamic Pig Prohibition*, in *Current Anthropology*, Vol. 19, n. 3, 1978, pp. 493-540.

²¹⁶ *Ex multis* F. ERSILIA, *Introduzione alle regole alimentari islamiche*, cit.; H. BOUSSEROUEL, *Pourquoi le porc est interdit dans Thora, la Bible et dans le Coran?* Paris, 2001, p. 44 e ss.

²¹⁷ L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 120; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 114.

²¹⁸ L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 114.

²¹⁹ L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 114.

Oltre al divieto di consumo di carne di maiale, è possibile rinvenire, all'interno del Corano e della tradizione profetica, il divieto di cibarsi di: asini domestici, cavalli e muli²²⁰; e di animali selvatici che abbiano canini oppure zanne²²¹.

Gli obblighi alimentari aventi oggetto le carni risentono di un ulteriore dovere in capo al fedele: la macellazione rituale²²², la quale deve essere necessariamente praticata al fine di osservare una alimentazione *halal*.

²²⁰ Corano, XVI: 8 il quale così recita «E cavalli e muli ed asini v'ha dato perché li cavalchiate, ornamento bello, e sta creando cose che voi non sapete». È necessario rimarcare che la Rivelazione non vieta espressamente il consumo di asino, mulo o cavallo, i quali sarebbero destinati a funzioni di trasporto per l'uomo. In particolare, in materia di carne di cavallo la Sunna del Profeta sembra non vietarne il consumo come per quella di asino. Sul punto infatti *Sahih al-Buhari, kitab al-asribat*, 27 e 28 così recita [...] «sia soddisfatto Dio di Lui: nel giorno della battaglia di Haibar, l'Inviato di Dio [...] proibì la carne di asino e permise quella di cavallo». Ancora, [...] «Dio Lo benedica e Gli dia eterna salute – proibì di cibarsi di carne di asino».

²²¹ Cfr., sul punto, la Sunna del Profeta in *Sahih al-Buhari, kitab al-asribat*, 29, il quale così recita [...] «Dio Lo benedica e Gli dia eterna salute – proibì di cibarsi di carni di animali da preda che avessero canini (o zanne) [min al-saba'i]».

Per maggior approfondimenti si rimanda a L. ASCANIO, *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, cit., p. 120; J. SCHACHT, *Introduzione al diritto musulmano*, cit., p. 115.

²²² Tutti gli animali considerati leciti devono però essere uccisi secondo la macellazione rituale *halal*, che implica il taglio simultaneo della giugulare, carotide e trachea, con un coltello di ferro molto affilato. Il gesto del taglio viene chiamato *tadhkiya*. Inoltre, seguendo le indicazioni contenute nella *Sunna*, colui che compie l'azione della macellazione deve essere musulmano, pronunciare il nome di Allah nel momento del taglio, accertarsi della fuoriuscita del sangue. La materia è vastissima, è possibile richiamare C. HAMES, *Le Sacrifice animal au regard des textes islamiques canoniques*, in *Archives des sciences sociales des religions*, 1998, p. 18; J. ROSSELL, *Prescripciones alimentarias en el Islam: sacrificio ritual y alimentación halal*, in *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid, 2004, p. 205 e ss.

Tra le religioni abramitiche, alla stregua dell'Islam, anche l'ebraismo prescrive la macellazione rituale (*shechitah*) degli animali *kascher* o *koscher* secondo la pronuncia ashkenazita. Per maggiori approfondimenti sul punto ci si permette di richiamare in questa sede R. DI SEGNI, *Macellazione rituale (shechitah)*, in *Macellazione rituale e sofferenza animale*, Presidenza del Consiglio dei ministri, consultabile al seguente indirizzo web: <http://www.governo.it/bioetica/pdf/55.pdf/>.

Per quanto riguarda invece l'aspetto giuridico della macellazione rituale ebraica si rinvia a P. LERNER, A.M. RABELLO, *Il divieto di macellazione rituale (shechitah kosher e halal) e la libertà religiosa delle minoranze*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2010.

Per quanto riguarda invece la distinzione di cibi *kashèr* e *tarèf* si rimanda a E. LOEWENTHAL, *Ebraismo. Storia, dottrina, diffusione*, edizione italiana, Idealibri, Rimini, 1998, p. 120 e ss.; L. SACERDOTI LIBERANOME, *Israele a tavola. Storia, sapori e ricette dal mondo nel segno della tradizione di un unico popolo*, Proedi editore, Milano, 2006, p. 9 e ss.; A.G. CHIZZONITI, *Appartenenza religiosa e regole alimentari: diritto e diritti*, in *Notizie di Politeia*, n. 114, 2014, p. 63 e ss.; R. DELLA ROCCA, *L'Alimentazione kasher e l'incontro tra spirito e materia*, consultabile al seguente sito web: www.mosaico-ccem.it; J.M. LEBEAU, *The jewish dietary, sanctify life*, United Synagogue of Conservative Judaism, Edited by Stephen Garfinkel, New York, 1998; R. DI SEGNI, *Guida alle regole alimentari ebraiche*, Edizioni Lamed, Roma, 1996, p. 14 e ss. Appare impossibile richiamare in questa sede la copiosa dottrina in materia alimentare ebraica però è interessante indicare il seguente testo D. PAVANELLO, *Cibo per l'anima. Il significato delle prescrizioni alimentari nelle grandi religioni*, Edizioni Mediterranee,

Ebbene sottolineare però che le regole alimentari mettono in luce una costruzione nutrizionale connotata da un'attenzione alla salute del musulmano, considerato soggetto da salvaguardare da sostanze nocive e da sostanze che possano ledere l'integrità fisica del soggetto. Ne consegue che la ragion d'essere affonda le radici nella tutela alla salute del singolo da un lato e nel mantenimento dell'ordine sociale della comunità di fedeli dell'altro²²³.

Volgendo l'attenzione verso altre attività rientranti nelle pratiche *haram* per la religione islamica trova spazio il divieto di commerciare o investire nel mercato pornografico.

Non è la sede per una trattazione analitica della tematica e ci si limiterà ai riflessi in materia finanziaria. Infatti, appare utile ricordare che i rapporti sessuali nell'Islam sono considerati leciti solamente se consumati all'interno del matrimonio²²⁴. Il rapporto sessuale tra due persone in assenza di un vincolo matrimoniale è aspramente censurato dall'etica islamica²²⁵, configurando la fattispecie di *zina* (ovvero fornicazione)²²⁶, anche laddove questo avvenga mediante materiale pornografico. Da ciò si ricava il divieto in materia finanziaria di commerciare o investire in tale comparto: è invalido qualsiasi accordo o prestito di denaro avente ad oggetto materiale pornografico perché la causa, oltre che l'oggetto del contratto, sarebbe contraria alla lettera coranica.

Roma, 2005, p. 70 e ss. In particolare, il contributo mette in risalto il tema delle festività nell'ebraismo, arricchendo la trattazione con l'elenco delle specialità culinarie preparate in determinate ricorrenze.

²²³ L'analisi condotta in materia di codice alimentare islamico evidenzia ancora una volta la pervasività delle prescrizioni divine nella vita quotidiana del fedele e mette in risalto, alla stregua della materia contrattuale, come il fattore etico-religioso sia rilevante e si mescoli con il ruolo della tradizione, delle consuetudini dell'epoca preislamica ed infine con la prassi locale.

La regola alimentare, come si evince anche dal titolo del presente paragrafo, fonda la propria costruzione attorno al binomio *haram vs halal*, scandendo i gusti alimentari, il galateo da adottare e più in generale l'educazione alimentare.

²²⁴ Per maggiori approfondimenti si veda A.A. AL-WALIYY VINCENZO, *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2002, p. 116 e ss.; S. FERRARI, G. PEROTTI BARRA, *I matrimoni islamico-cattolici in Italia. Aspetti giuridici e pastorali*, San Paolo, Alba, 2003, p. 24 e ss.

²²⁵ Infatti, «quando un uomo e una donna sono insieme il terzo è il diavolo» in Al-Tirmidi, Rida 16, Fitān.

²²⁶ Il Corano, XVII: 32 il quale così recita «*E non accostatevi alla fornicazione: è una turpitudine e una ben triste via!*». Così Il Corano, XXIV: 2 «*L'adultera e l'adultero siano puniti con cento colpi di frusta ciascuno, né vi trattenga la compassione che provate per loro dall'eseguire la sentenza di Dio, se credete in Dio e nell'Ultimo Giorno; e un gruppo di fedeli sia presente al castigo*». Si noti la parificazione dell'uomo e della donna all'interno di questo versetto, parità che verrà meno nella prassi a favore di una rigidità nei confronti della donna. Cfr. D. SCOLART, *L'Islam, il reato, la pena dal figh alla codificazione del diritto penale*, cit., p. 137. Tale impostazione ha una derivazione ebraico-cristiana: infatti, entrambe le confessioni religiose condannavano (e tutt'ora condannano) la fornicazione.

In ultima battuta, nel novero delle attività *haram*, trova spazio il divieto di produzione e di acquisto di armi, attività quest'ultima considerata *haram* e che quindi non può costituire oggetto di una transazione valida. In particolare, nel Corano sono presenti alcuni *ayat* che trattano di violenza, di comportamenti aggressivi ed infine di guerra²²⁷. Vi sono dunque passaggi coranici dalla portata violenta, che hanno prodotto un'opera interpretativa distorta del messaggio rivelato²²⁸: sul punto, si fa richiamo al termine *jihad*²²⁹ attorno al quale tanto la dottrina quanto l'opinione pubblica hanno posto l'attenzione soprattutto a seguito degli attacchi terroristici avvenuti in occidente.

Osservando più dettagliatamente la ragione giustificatrice di fondo che anima il divieto di produzione di armi è necessario soffermarsi sul concetto di pace. Tale termine in arabo classico lo si rende con *salam*, il quale – non a caso – ha la medesima radice della parola *islam* (sottomissione a Dio), infinito del verbo *sottomettersi* il cui participio presente è appunto *muslim* (sottomesso) da cui deriva la parola musulmano²³⁰.

²²⁷ P. BRANCA, *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, Carocci editore, Roma, 2019, p. 28.

²²⁸ Nel corpo del testo si fa riferimento alla *sura* IX del Corano, la quale è l'unica delle 114 *sure* che non inizia con «Misericordiosissimo e Clementissimo». In particolare, tale *sura* è quella che contiene il maggior numero di espressioni inclini alla violenza, incitando i fedeli a combattere contro i propri avversari.

I sostenitori di un Islam violento sostengono che questa *sura*, secondo la teoria dell'abrogante, è cronologicamente più recente rispetto alle precedenti e quindi fonte di legittimità per combattere in nome di *Allah*. I detrattori di tale impostazione ritengono invece che la *sura* IX sia di dubbia legittimità vista la mancanza dell'invocazione iniziale e che debba essere letta in combinato disposto con i principi della Rivelazione, i quali indubbiamente dimostrano come la violenza non sia connaturata alla fede musulmana. In generale sul binomio tra guerra e pace nell'Islam, si veda P. BRANCA, *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, cit., p. 24 e ss.

²²⁹ La letteratura sul tema è copiosa, è possibile qui richiamare D. COOK, *Storia del Jihad*, Torino, Einaudi, 2007; G. KEPEL, *Jihad. Ascesa e declino*, Roma, Carocci editore, 2011; W. LAQUEUR, *Il nuovo terrorismo*, Milano, Corbaccio, 2002; L. PELLICANI, *La secolarizzazione*. In: *Dalla società chiusa alla società aperta*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2002; L. PELLICANI, *L'Islam e l'Occidente*. In: *Dalla società chiusa alla società aperta*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2002; L. PELLICANI, *Jihad: le radici*, Roma, Luiss University Press, 2004; G. VERCELLIN, *Islam. Fede, Legge e Società*, Firenze, Giunti, 2006; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi, 2002; G. VERCELLIN, *Jihad. L'Islam e la guerra*, Firenze, Giunti, 1997; E. AZANI, *The Hybrid Terrorist Organization: Hezbollah as a Case Study*, *Studies in Conflict & Terrorism*, 36:899–916, 2013; L. BLAYDES, R. LAWRENCE, *Ideological Reorientation and Counterterrorism: Confronting Militant Islam in Egypt*, *Terrorism and Political Violence*, 20:461–479, 2008; G. BONCI, *Le spade di Allah - I Mujaheddin nel conflitto russo- afgano*, Liberodiscrivere Edizioni, 2011; M. BONNER, *Jihad in Islamic history. Doctrines and practices*, Princeton University Press, Princetown, 2006; D. CHIPMA, *Osama bin Laden and Guerrilla War*, *Studies in Conflict & Terrorism*, 26:163–170, 2003; Y. CHOUËIRI, *Il fondamentalismo islamico*, Il Mulino, Bologna, 1990; C. NORMAN, *I fanatici dell'Apocalisse*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976; D. COOK, *Muslim Apocalyptic and Jihad*, in *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, XX, 1996.

²³⁰ P. BRANCA, *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, cit., p. 29.

Appare dunque che all'interno della stessa parola musulmano vi sia la radice *pace* quasi a indicare una missione del fedele che dal foro interno viene esteriorizzata attraverso la propria condotta.

I sostenitori di tale chiave interpretativa ritengono che l'immagine di una umanità finalmente ricomposta, totalmente libera dal rancore e legata da fratellanza, abbandonando ogni tipo di conflittualità, sia volontà primaria di Dio²³¹. Sembrerebbe che la pace sia stata rivelata in relazione alla vita futura del fedele, ossia dopo la morte; invece, leggendo e analizzando i versetti coranici, in chiave escatologica, la pace assume una connotazione in relazione alle opere compiute nella vita di tutti i giorni dal musulmano²³². Si supera quindi l'interpretazione secondo cui la pace sia destino dei beati, ottenibile solo attraverso una dimensione ultraterrena²³³.

La pace, dunque, è un principio che anima il fedele musulmano in ogni suo agire e coloro che orienteranno i propri comportamenti in tale direzione verrà loro riconosciuto merito in Paradiso²³⁴: appare dunque una doppia natura teologica [di pace] in cui il terreno e l'ultraterreno in un certo qual modo si incontrano e si sovrappongono.

In conclusione, è possibile affermare che il divieto di produzione o di acquisto di armi è ricavato induttivamente dalla lettera del testo sacro dell'Islam: le armi in linea generale sono mezzi di distruzione del Creato, inoltre, sono strumenti che minano alla vita del prossimo e alla fratellanza. Ne consegue che un sistema contrattuale e bancario

²³¹ Il Corano, XV: 45-46 «Ma i timorati di Dio staran fra giardini e fontane. E s'udiranno voci "entratevi in pace e sicuri!". Avremo loro strappata dal petto ogni rancore: come fratelli vivranno adagiati su letti alti, faccia a faccia».

Molto suggestivo appare essere anche il seguente versetto: Il Corano, IV: 114 [...] «c'è qualcuno che invita a un'elemosina o a una buona azione o a metter pace fra gli uomini; e a chiunque faccia questo per desiderio di piacere a Dio, daremo mercede immensa».

²³² Il Corano, XCII: 17-21 così recita [...] «sarà evitato l'Inferno al più timorato che diede i suoi beni per purificarsi e che non per ottenere ricompensa da alcuno avrà fatto favori ma per pia brama del Volto del Signore suo altissimo: ed egli sarà in pace».

²³³ P. BRANCA, *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, cit., p. 27.

²³⁴ Il Corano, LII: 19 «Mangiate e bevete in pace, per quel che avete operato!»; Il Corano, LXIX: 24 «Mangiate e bevete in pace, per quel che prima faceste nei giorni trascorsi!»; Il Corano, LXXVII: 43 «Mangiate e bevete in pace in premio di quel che avete operato!». Ancora, «Ciò di cui godranno o patiranno sarà: in ricompensa di quel che avranno operato. E non udranno colà discorsi frivoli o eccitanti al peccato ma solo una parola: Pace, Pace!», Il Corano, LVI: 24-25.

Più in generale, è stigmatizzato il comportamento di chi preferisce lo scontro per assicurarsi dei vantaggi materiali, su questo punto si veda la *sura* IV: 94. L'adozione di un comportamento pacifico e conciliante è considerata una regola normale anche all'interno dei rapporti intimi tra i singoli credenti, infatti, sempre nella *sura* IV: 128 così viene riportato «E se una donna teme maltrattamenti o avversione da parte di suo marito non sarà male per essi che si mettan d'accordo fra loro, in pace; poiché la pace è bene. Gli animi sono portati all'avidità, ma se farete del bene e temerete Iddio, Dio ben conoscerà quel che voi fate».

che miri alla realizzazione di un mercato economico *halal* non può non tenere in considerazione anche quest'ultimo divieto, il quale rappresenta un'altra regola che influenza senza dubbio alcuno la *governance* del segmento bancario *Shari'ah compliant*.

5.2. La condivisione dei profitti e delle perdite: il principio del Profit and Loss sharing (PLS)

La dottrina islamica ha ricavato dal dettato divino un altro principio economico, che è attualmente un caposaldo in materia contrattuale *Shari'ah compliant*²³⁵: la condivisione del rischio e delle perdite, anche noto come *Profit and Loss Sharing*²³⁶.

Tale principio è stato enucleato dalle scuole giuridiche islamiche e ha trovato affermazione grazie alla nascita della finanza islamica in senso moderno²³⁷; esso è prodotto di una intensa attività interpretativa a opera dei giurisperiti e di conseguenza non trova espressa previsione all'interno delle fonti del diritto islamico²³⁸. In altri termini, i dotti della Legge islamica sulla base dei divieti giuridico-economici hanno cercato una strategia giuridica, e soprattutto una garanzia di operatività finanziaria e bancaria, al fine di evitare l'esclusione finanziaria dei fedeli musulmani.

Grazie a tale principio è stato possibile superare sul piano operativo le difficoltà imposte dal divieto di applicazione del tasso di interesse, permettendo che ogni

²³⁵ Sul ruolo che tale principio ricopre nei contratti *Shari'ah compliant* si rimanda al capitolo III di questo elaborato.

²³⁶ M.N. SIDDIQI, *Partnership and Profit-Sharing in Islamic Law*, Leicester, 1985; N.M. WAHID, *Islamic Banks, and a Theory of Optimal Profit Sharing*, in *Islamic Studies*, XXIV, 1985, pp. 388-396; N. SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic Law*, Cambridge, 1985; I. KARSTEN, *Islam and Financial Intermediation*, in *International Monetary Fund*, 1992, pp. 108-142.

²³⁷ Convenzionalmente la finanza islamica in senso moderno si afferma negli anni '50 del secolo scorso. Tale periodo è caratterizzato dalla elaborazione pratica di sistemi e modelli finanziari alternativi a quelli occidentali, inoltre, vi è stata la cristallizzazione del principio oggetto di questo paragrafo.

È possibile, sul punto, qui richiamare lo studio condotto da A.M. ALI, *Islamic Financing*, working paper, Fifth Forum on Islamic Finance, 2002 at Harvard University, USA.

²³⁸ I dotti islamici – *Mujtahidin* – attraverso la *Al-Ijtihad*, sforzo intellettuale, hanno interpretato la *Shari'ah* in modo da rendere la Rivelazione vicina ai bisogni della società islamica. Tale sforzo intellettuale però non deve essere confuso con una funzione creativa dei dotti islamici in quanto l'unico Legislatore rimane quello divino. Si potrebbe parlare più correttamente di attualizzazione del dettato rivelato attraverso uno strumento interpretativo che possa poggiare sull'analogia – *qyas* – ovvero sull'interesse generale – *al-maslaha al-amma* –.

Tale impostazione affonda la base teologico-normativa nel Corano, V: 3 «Oggi ho reso perfetta la vostra religione, ho completato per voi la Mia grazia»; sempre nel Corano XVI: 89 «Abbiamo fatto scendere su di te il Libro, che spiegasse ogni cosa, guida e misericordia e lieta novella per i musulmani».

partecipante a una transazione possa avere una funzione attiva nel processo economico²³⁹, divenendo così *partner* e ripartendo i profitti e i rischi di un'attività, socializzando altresì le perdite e i guadagni²⁴⁰.

In questa sede è possibile affermare che secondo il sistema islamico coloro che apportano capitali e coloro che li utilizzano devono equamente ripartire profitti e perdite dell'attività: ad esempio, se un imprenditore ottiene un finanziamento da parte di una banca islamica e il progetto imprenditoriale dovesse fallire, nonostante la *bona fides* dell'imprenditore²⁴¹, appare, nell'ottica del mercato *Shari'ah compliant*, ingiusto che venga pagato alla banca un ammontare prefissato indipendentemente dal raggiungimento degli obiettivi previsti nel *business plan*²⁴².

²³⁹ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 27.

²⁴⁰ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 27; A. GAIANI, *The Judicial Nature of Moslem Qirad*, in *East and West*, n. 4, 1953, da p. 81 a p. 86; D. GOITEIN, *Commercial and Family Partnership in the Country of Medieval Islam*, in *Islamic Studies*, n. 3, 1964, pp. 315-337.

²⁴¹ La buona fede assume nella materia contrattuale un'importanza di primo piano sia per i diritti secolari sia nei diritti religiosi. In particolare, la condivisione delle perdite tra creditore e debitore si applica anche se l'operato imprenditoriale sia in capo al mero debitore purché questo non sia stato negligente volontariamente. Laddove il creditore riuscisse a dimostrare in sede giudiziale che il debitore è stato in mala fede, questo non dovrà sopportare le perdite e di conseguenza si derogherebbe al principio del *Profit and Loss Sharing*.

Più nel dettaglio, la *bona fides* nel diritto islamico dei contratti permette al debitore inadempiente di ricevere un trattamento più bonario da parte del creditore. È fuor di dubbio che il diritto islamico abbia regole stringenti in caso di mora del debitore, ancor più stringenti se il debitore risulti essere in mala fede, però, quando il termine stabilito per l'adempimento è trascorso senza che sia intervenuta l'estinzione dell'obbligazione, al debitore ritardatario in buona fede non si applicano *ipso facto* le sanzioni previste per il debitore inadempiente in mala fede. Tale indulgenza deriva dall'impostazione della religione islamica: Dio non vuole che l'uomo sopporti più di quanto sia in grado di sopportare, così in Corano VII: 42 [...] «ché Noi non imponiamo a nessuna anima altro che quanto essa può portare». Nel testo rivelato si giunge a rimettere i debiti: Il Corano II: 280 «Se il vostro debitore si trova in difficoltà, gli sia accordata una dilazione fino a che una facilità gli si presenti; ma se rimetterete il debito, sarà meglio per voi, se sapete».

Di converso, se il debitore non dovesse adempiere all'obbligo contrattuale il diritto islamico avrebbe una considerazione molto più rigida, assimilando tale condotta alla rapina. Sul punto si veda F. ZIADEH, *Mulāzama or Harrasment of Recalcitrant Debtors in Islamic Law*, in *Islamic Law and Society*, VII, 3, 2000, pp. 289-299.

Non adempiere agli obblighi contratti volontariamente crea una situazione di abuso del diritto profondamente condannato dal Corano: tale abuso ha avuto origine dalla ricerca del giusto mezzo, dal principio di carità e dal divieto di realizzare atti che concorrono a creare tensioni tra i fedeli, violando il principio di leale collaborazione e solidarietà. In materia di abuso del diritto si prendano in esame M. SHOUAIB, *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, LVIII, 2, 2001, pp. 340-355; C. CHEHATA, *La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans*, in *Revue Internationale de droit comparé*, IV, 2, 1952, pp. 217-224.

²⁴² Cfr. S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, LV, 1, 2003, p. 108.

Di converso, però, se gli obiettivi imprenditoriali dovessero raggiungere risultati positivi e produrre utili la banca riceve un ritorno economico commisurato al risultato dell'impresa finanziata²⁴³.

L'applicazione del principio del *Profit and Loss Sharing* è centrale nella materia contrattuale: infatti, le forme partecipative impiegate nella finanza islamica sono considerate il modo migliore di garantire equità e giustizia sociale²⁴⁴.

Si è detto che il *Profit and Loss Sharing* concorre alla condivisione del rischio di impresa. Osservando più nel dettaglio l'ambito prettamente bancario il principio in oggetto trova spazio nelle operazioni di provvista e di gestione del risparmio²⁴⁵.

Per quanto riguarda il profilo della raccolta, si può affermare che l'intermediario *Shari'ah compliant* può riconoscere in modo discrezionale una forma di remunerazione ai correntisti. Si supponga che la banca islamica raggiunga risultati positivi grazie al denaro depositato dai correntisti, essa può dividerli riconoscendo doni in natura – *hadiyya* –, donazioni *nummo uno – hiba* – oppure condizioni meno stringenti per accedere al credito – *tamwil* –, etc.²⁴⁶.

La conseguenza della generale applicazione del principio partecipativo e della concezione islamica di rischio è che l'intera attività bancaria islamica è profondamente influenzata dal principio della condivisione e tale impostazione differenzia il sistema islamico da quello convenzionale in cui il rischio ricade sulla parte che richiede capitali senza che vi sia lo stesso tipo di attenuante in caso di fallimento del progetto²⁴⁷. L'intermediario al fine di scongiurare fallimenti sarà maggiormente attento alla bontà del progetto rispetto a una banca convenzionale. Quest'ultimo aspetto merita di essere chiarito: anche la banca convenzionale vaglia il progetto, ponendo però maggior attenzione alle garanzie di solvibilità e svolgendo verifiche più attente sulle garanzie patrimoniali che il debitore può offrire²⁴⁸.

²⁴³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 67.

²⁴⁴ Vedi *infra*.

²⁴⁵ Si veda C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 95 ss.

²⁴⁶ La banca invece di corrispondere profitti ai correntisti riconosce forme di benefit al cliente, condividendo così i risultati economici positivi, si veda C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 95 ss.

²⁴⁷ Vedi *supra*.

²⁴⁸ Si veda C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 96.

L'intermediario islamico invece vaglia la garanzia di solvibilità analizzando le potenzialità del progetto. Ciò permette di investire risorse finanziarie su progetti che potenzialmente aumentano ricchezza non solo per il singolo ma per l'intera comunità islamica con l'incremento del benessere collettivo²⁴⁹.

²⁴⁹ In riferimento ai vantaggi (e agli svantaggi) del principio della condivisione si veda la tabella n. 4 in C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 100.

CAPITOLO TERZO

I CONTRATTI *SHARI'AH COMPLIANT*

SOMMARIO: 1. La formazione del contratto nel diritto islamico 2. I contratti partecipativi: *mushàraka* e *mudàraba* 2.1 *Mushàraka* 2.1.1 Il finanziamento immobiliare tramite il contratto di *mushàraka mutanaqisa* 2.2 *Mudàraba* 2.2.1 Il *mudàraba* come deposito bancario: l'*investment account* 2.2.2 *Takaful* e il modello *mudàraba* 3. *Mushàraka* e *mudàraba* a confronto nella prassi operativa 4. I contratti non partecipativi 4.1. (Segue) Il *muraba* e il *salam* quali strumenti per il finanziamento del capitale circolante 4.2 L'*ijara* quale strumento per il mercato di finanziamento del capitale fisso 4.2.1. I *déjà vu: ijara vs leasing* finanziario convenzionale 4.3 (Segue) L'*istisna*

1. La formazione del contratto nel diritto islamico

Nell'ordinamento giuridico islamico, alla pari degli ordinamenti secolari, la dimensione contrattuale mira alla realizzazione degli interessi delle parti purché siano meritevoli di tutela¹.

Come accennato nel corso della disamina condotta nel precedente capitolo, esistono una serie di principi che il fedele musulmano deve obbligatoriamente rispettare quando realizza un accordo che voglia essere conforme al diritto islamico dei contratti².

Nel diritto islamico è assente però una teoria generale del contratto³ così come intesa negli ordinamenti civili. Il giurista musulmano preferisce dare maggior attenzione alle singole fattispecie contrattuali, perseguendo una finalità utilitaristica legata al caso concreto⁴. Oltre a una concezione maggiormente pratica del modo di operare dei giuristi islamici, v'è anche una particolarità ricavabile dal diritto islamico dei contratti: infatti, l'unico contratto rivelato da *Allah* è la vendita, che rappresenta lo strumento giuridico principale utilizzato nel commercio di qualsiasi tempo⁵. È dal contratto di vendita che si fanno derivare interpretazioni che caratterizzano il comparto contrattuale *Shari'ah compliant*⁶. Nonostante l'assenza di una teoria generale del contratto, è possibile

¹ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 61.

² Ci si permette di rimandare al II capitolo del presente elaborato dal titolo *I principi economici del diritto islamico*.

³ Cfr. sul punto, V.M. DONINI, *Cenni sul diritto islamico*, cit., p. 272.

⁴ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 28.

⁵ Non è un caso, infatti, che il matrimonio islamico sia stato modellato sullo schema dell'offerta e dell'accettazione. Cfr., sul punto, V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 28; M. ZAHRAA, S.M. MAHMOR, *Definition and scope of the Islamic concept of sale of goods*, in *Arab law Quarterly*, XVI, 3, 2001, p. 215.

⁶ Vedi *infra*.

estrapolare dal contratto di vendita dei principi di portata generale che hanno una validità universale, che prendono il nome di *qawa'id kulliyah*⁷.

Dal paradigma della vendita si possono dunque ricavare alcuni elementi fondamentali che tutti i contraenti devono rispettare e che vanno a creare una sorta di schema minimo essenziale: la presenza di una chiara volontà delle parti – sia nella forma (*sigā*), sia nell'intenzione (*niyyah*) –, i requisiti di capacità per le parti contraenti (*al-aqidani*) ed infine l'oggetto del contratto (*al-ma'qud 'alayhi*)⁸.

Il consenso è un elemento centrale nel diritto islamico: l'obiettivo è la conservazione della volontà manifestata esteriormente dalle parti e tale volontà deve necessariamente essere costituita da due elementi. Il primo riguarda la forma da cui si deve evincere inequivocabilmente ciò che la parte vuole, mentre il secondo elemento riguarda l'intenzione di voler concludere un determinato accordo⁹. Proprio perché il diritto islamico è un diritto religioso, la manifestazione di volontà non richiede particolari condizioni di forma¹⁰, salvo circoscritte eccezioni¹¹. Più nel dettaglio, il diritto islamico dei contratti non richiede forme tassative attraverso le quali le parti devono manifestare il loro consenso: la forma, quindi, non costituisce elemento essenziale del contratto ai fini della validità della transazione. È dunque ricavabile una regola generalmente applicabile:

⁷ Traducibile semanticamente (dall'arabo) con principi generali. Cfr. sul punto, V.M. DONINI, *Cenni sul diritto islamico*, cit., p. 272; V.M. DONINI, *Il ruolo dei principi generali dalla Magialla Ottomana (1876) alla Magialla tunisina (1906)*, in E. FAZZINI, E. CIANCI, *Guardando verso Sud*, Lanciano, 2009, pp. 311-333.

⁸ Si è già trattato del requisito della liceità dell'oggetto del contratto nel precedente capitolo al paragrafo 5.1, si prenderanno qui in esame i soli profili volti a completare la trattazione.

⁹ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 81.

¹⁰ Ricavabile, secondo i dotti della legge islamica, da Il Corano, XXII, 78 «Egli vi ha prescelti, e non vi ha imposto nella religione pesi gravosi». In aggiunta, si rimanda anche alla trattazione condotta da C. CHEHATA, *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau Code civil égyptien*, in *Revue internationale de droit comparé*, VI, 2, 1954, p. 241; J. CHEVALIER, *La théorie générale des obligations*, Imprimerie de l'Université Syrienne, Damas, 1951, p. 11.

¹¹ Il diritto islamico richiede ai contraenti l'utilizzo di una forma per la conclusione del contratto in specifici casi, che rappresentano una eccezione. La forma *ad substantiam* è richiesta nel caso di pegno, di donazione ed infine di vendita *salam*: il formalismo si sostanzia nella presenza di testimoni nel momento della conclusione del contratto oppure è prevista la ripetizione di alcune parole/formule da parte dei contraenti al fine di evitare fraintendimenti sulla sostanza e sulla portata dell'accordo. Cfr., sul punto, V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 83.

Limitatamente alla presenza testimoniale come garanzia di bontà della conclusione di un contratto si veda Il Corano, II: 283 «Non nascondete cose che avete da testimoniare, ché chi lo fa ha il cuore peccaminoso, e Dio sa ciò che fate».

è riconosciuta ampia discrezionalità alle parti in materia di forma e laddove questa venga espressamente richiesta rappresenta una deroga¹².

L'Islam vuole evitare rigorosi formalismi nella manifestazione della volontà, riconoscendo maggior centralità a ciò che la parte davvero vuole¹³. Tale impostazione è ricavabile direttamente dal dettato coranico in cui «Dio, comunque, non vi riprenderà per una svista nei vostri giuramenti, bensì vi riprenderà per ciò che avranno inteso fare i vostri cuori, e Dio è misericordioso e benigno»¹⁴. Dunque, è nelle intenzioni che si annida la volontà, è la *niyya* a essere il nucleo centrale del consenso¹⁵.

Chiarita l'importanza dell'intenzione nella formazione della volontà, è necessario mettere in luce come, attraverso lo scambio dei consensi, si giunge alla conclusione dell'accordo negoziale. In particolare, un contraente propone un'offerta, cosiddetta *igab*, alla controparte, che ha la facoltà di accettare (*qabul*). Se le due dichiarazioni di volontà coincidono, il contratto si ritiene *mun'aqid*, *i.e.* annodato/stretto, quindi concluso e produttivo di effetti giuridici¹⁶.

Benché per la formazione del contratto serva un'accettazione conforme alla proposta, le scuole giuridiche islamiche ritengono che tali atti recettizi debbano contenere precise indicazioni circa l'oggetto, la quantità, il prezzo, etc. senza le quali l'accordo è invalido. Tale regola è ricavata dal Corano, che tende a evitare quanto più possibile controversie tra i musulmani¹⁷.

Il diritto islamico dei contratti prevede che la proposta possa essere diretta a una determinata persona, a una categoria di persone oppure rivolta al pubblico. Anche in questo caso, è necessario che dall'offerta si evinca in modo chiaro l'impegno del proponente a cui corrisponde la libertà di obbligarsi della parte accettante¹⁸. È bene mettere in risalto che il proponente, laddove non voglia cristallizzare un'offerta definitiva,

¹² V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 83.

¹³ È sufficiente la parola, un comportamento, anche un mero gesto per soddisfare l'elemento formale. Cfr. R. LOHLKER, *Der Handel im Malikitischen Recht*, cit., pp. 14-15.

¹⁴ Cfr. Il Corano, II: 224.

¹⁵ A riprova di quanto detto nel corpo del testo, è possibile in questa sede richiamare un noto *hadith* che così recita «Le azioni valgono secondo le intenzioni ed ogni uomo avrà secondo il suo intento». Citato in nota in V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 81.

¹⁶ Sul punto si richiama l'attenta analisi condotta da P.N. KOURIDES, *The influence of Islamic Law on Contemporary Middle Eastern Legal System: The Formation and Binding Force of Contracts*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, IX, 2, 1970, pp. 416-420.

¹⁷ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 91.

¹⁸ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 91.

è obbligato a specificare la sua intenzione e a chiarire che si tratta di un mero atto di avvio alle trattative¹⁹.

L'accettazione invece è anch'essa un atto recettizio, come l'offerta, e non è richiesta per il suo perfezionamento la forma scritta. È sufficiente invece che sia contestuale alla proposta e che ciò avvenga durante la fase di contrattazione, detta *maglis*, che inizia con l'incontro delle parti e finisce quando questi fisicamente si dividono²⁰. La regola qui riportata si è ancora a una presunzione: finché le parti rimangono fisicamente nello stesso luogo la fase delle trattative non è conclusa²¹. Esiste però la possibilità che i contraenti non siano nello stesso posto fisicamente per cui il diritto islamico ha predisposto una regola quando le parti sono assenti²². Si ritiene, in questa ipotesi, che il *maglis* si apra con la comunicazione di offerta a opera del proponente e si conclude decorso un congruo tempo con la dichiarazione dell'accettante; in caso contrario, la proposta perde i suoi effetti giuridici e l'intera trattativa si considera fallita²³.

Lo schema di formazione del consenso presuppone che le manifestazioni dei consensi non siano in alcun modo viziate, altrimenti si configurerebbe una discrepanza tra il voluto e il dichiarato²⁴.

In materia di garanzia di certezza giuridica le scuole giuridiche islamiche non hanno raggiunto un consenso unanime. Secondo quanto elaborato dalla scuola hanafita e dalla scuola sciafiita sarebbe opportuno valutare positivamente la sola volontà manifestata esteriormente a scapito del foro interno, che è di più difficile individuazione²⁵. Diversa è la posizione a cui sono giunti i giurisperiti della scuola malikita e di quella hanbalita, che propendono verso un'impostazione volta a suddividere il caso in cui l'intenzione sia completamente diversa dalle dichiarazioni estrinseche dal

¹⁹ Per un'analisi di ampio respiro in materia di proposta è possibile richiamare in questa sede l'analisi condotta da M.M. BILLAH, *Invitation to Treat under Law of Contract: Islamic religious and Common Law Doctrines*, in *Islamic and Comparative law Review*, XV, 1, 1995-96, pp. 37-51.

²⁰ Per un approfondimento su cosa voglia dire separazione fisica nel diritto islamico si veda N.J. COULSON, *Commercial law in the Gulf States*, Graham&Trotman, London, 1984, p. 40; N. COMAIR-OBEID, *The Law of Business contracts in the Arab middle East*, in *Kluwer Law International*, London, The Hague, Boston, 1996, p. 127.

²¹ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 92.

²² V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 92.

²³ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 92.

²⁴ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 92.

²⁵ Le scuole giuridiche sciafite e hanafita ritengono che il foro esterno debba prevalere su quello interno di cui il singolo fedele risponderà nell'al di là. Cfr., sul punto, V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 92.

caso in cui è comunque possibile stabilire l'intenzione delle parti, ricorrendo ad altri elementi²⁶. In quest'ultima ipotesi, però, laddove lo scopo intrinsecamente perseguito dalla parte è conforme alla *Shari'ah* si terrà conto del foro interno, facendo venir meno gli effetti della volontà esterna, mentre se lo scopo a cui il soggetto mira attraverso l'intenzione interna è contrario ai precetti dell'Islam, l'intera operazione sarà considerata invalida²⁷. Quest'ultima lettura appare più vicina alla lettera coranica in quanto offre più tutela alla reale volontà delle parti²⁸. La dottrina hanafita e sciafiita invece sembra essere più incline a tenere in considerazione i diversi interessi coinvolti nelle transazioni economiche, rimarcando la necessità che in materia di traffici commerciali la certezza e la stabilità delle dichiarazioni assumano una valenza prioritaria per garantire maggiore solidità negli scambi economici.

Benché l'Islam inviti i propri adepti alla correttezza e alla fraternità nei rapporti con gli altri, può accadere che la volontà di un contraente non si sia formata liberamente e consapevolmente a causa di condotte di terzi. Ciò comporta la presenza di vizi del consenso e quindi la configurazione di uno scenario patologico nella formazione della volontà. Il diritto islamico, dunque, è particolarmente attento a formazioni di consenso estorte o viziate, prevedendo una disciplina puntuale dei vizi del consenso²⁹.

Tra i vizi del consenso vi è la violenza, *ikrah*, che ha l'effetto di travolgere totalmente gli effetti giuridici prodotti dalla manifestazione di volontà. Per violenza si intende un comportamento atto ad alterare l'arbitrio di un soggetto, spogliando il contratto della sua forza vincolante³⁰. Secondo il parere unanime delle scuole giuridiche islamiche, la violenza invalida il contratto purché sia stata determinante per contrarre³¹. È necessaria

²⁶ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 82.

²⁷ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 82.

²⁸ Sul punto vedi *supra*.

²⁹ Il diritto islamico per mettersi al riparo da cause patologiche nella formazione del consenso accanto alla disciplina dei vizi del consenso prevede anche un sistema volto a tutelare l'integrità del consenso stesso attraverso l'opzione. A titolo esemplificativo, è possibile richiamare l'istituto dell'opzione vizio, c.d. *hiyar al-ayb*, che permette alla parte lesa di richiedere la risoluzione del contratto unilateralmente in caso di vizi dolosamente occultati dalla controparte sui beni oggetto del contratto.

È necessario dire che la materia dell'*hiyar* è particolarmente complessa e presenta molte spaccature tra le diverse scuole giuridiche, sul punto, per una trattazione dettagliata si rimanda a A. D'EMILIA, *La struttura della vendita sottoposta a khiyar secondo la sedes materiae dell'al-Mudawwanah*, in F. CASTRO (a cura di), *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, p. 296.

³⁰ Così A. EL-HASSAN, *The doctrine of duress (Ikràh) in Shari'ah, Sudan and English Law*, in *Arab Law Quarterly*, I, 2, 1986, p. 231.

³¹ Solamente la scuola giuridica hanafita distingue tra violenza perfetta e violenza imperfetta. La prima forma corrisponde alla violenza fisica, ad esempio le percosse; la seconda forma di violenza invece riguarda atti di estorsione verbali. Stante tale distinguo, le conseguenze giuridiche sono le medesime: la nullità

una valutazione del caso concreto, che tenga in considerazione l'effetto ingenerato sulla vittima³².

Se è indubbio che la presenza della violenza nella formazione del consenso comporti l'invalidità del contratto, non è unanime la posizione delle scuole giuridiche sulla tipologia di invalidità. In particolare, gli hanafiti e i malikiti sostengono che la violenza concretamente non faccia venir meno l'atto, riconoscendo alla vittima la possibilità di richiedere l'annullamento del contratto. La *ratio* di tale impostazione è basata sulla facoltà riconosciuta alla vittima di confermare il contratto venuta meno la violenza³³. Tale impostazione è aspramente censurata dalla visione delle scuole hanbalita e sciafiita, che sostengono che l'atto viziato da violenza sia nullo *ab origine* e non potrà essere confermato in un secondo momento dalla vittima anche laddove sia cessata la coercizione³⁴.

Tra i vizi del consenso è poi annoverato il dolo³⁵. È fuor di dubbio che un soggetto debba esprimere la propria volontà consapevolmente e laddove l'altro contraente nasconda volontariamente una caratteristica del bene, una circostanza fondamentale della transazione oppure induca l'altra parte a credere fatti inesistenti si è palesemente nel caso di un raggiro, quindi in presenza di dolo. In particolare, la volontà di un contraente è viziata in quanto una parte non avrebbe concluso l'accordo se fosse stato a conoscenza dell'inganno. La *ratio* sottesa a questa disposizione è volta a garantire l'equilibrio del rapporto sinallagmatico e a tutelare la veridicità di tutti gli aspetti di un accordo³⁶.

Benché il dolo nel diritto islamico sia un elemento necessario per salvaguardare la liceità del consenso, ha rilevanza unicamente se ha recato danno alla parte raggirata; di converso, l'elemento meramente psicologico non assume rilevanza sul piano giuridico. È

dell'atto. Infatti, parte della dottrina ritiene tale distinzione semplicemente accademica. Cfr. V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 85; P. DIB, *Essai sur une théorie des mobile en droit civile hanéfite*, Beirut, 1995, p. 43.

³² È necessario tenere in considerazione nella valutazione il sesso, l'età, il grado di istruzione, l'ambiente, etc. Cfr. V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 85.

³³ Tale impianto normativo è tratto dall'interpretazione del versetto coranico III: 71.

³⁴ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 86.

³⁵ Le scuole giuridiche islamiche sono concordi nel ritenere che il dolo sia ancorato alla seguente disposizione coranica: Il Corano, III: 71 «O gente del Libro! Perché rivestite la verità dei veli d'errore e la verità la celate conoscendola?». Cfr., sul punto, nota 241 in V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 86.

³⁶ Sul punto, si richiama N.J. COULSON, *Commercial Law in the Gulf States*, Geaham&Trotman, London, 1984, p. 69.

profilo quest'ultimo del tutto particolare rendendo il dolo islamico un *unicum* rispetto anche alle tradizioni giuridiche di stampo romanistico come l'ordinamento italiano. Ciò che ha una rilevanza contrattuale è la conseguenza del dolo e, laddove configuri un arricchimento illecito nella sfera giuridica del raggirante, conduce all'annullabilità del contratto in sede giudiziaria.

I giurisperiti islamici, che si sono interrogati in materia di dolo contrattuale, hanno enucleato due tipologie di dolo: il dolo reale e quello verbale³⁷. In particolare, la scuola malikita sostiene che si è in presenza di dolo reale, anche detto dolo di fatto, quando il raggiratore crea un danno concreto; al contrario, è presente un dolo meramente psicologico, che non assume nessuna rilevanza sul piano patologico del sinallagma contrattuale³⁸. Tale impianto non incontra il consenso unanime della dottrina islamica non tanto sul piano teorico, quanto su quello pratico. Sul punto, la scuola hanafita sottolinea come il raggiratore 'semplice' non è atto a creare una situazione di danno ingiusto tale da configurare un arricchimento illecito. Infatti, il dolo verbale è considerato come qualsiasi esaltazione verbale fatta dal venditore per alienare i propri beni; ciò accade anche da parte dei venditori occidentali, che rimarcano qualità del proprio prodotto. Per questa ragione, le scuole giuridiche islamiche non ritengono che tale forma di dolo sia tale da configurare sul piano del diritto conseguenze patologiche³⁹.

Quindi, il dolo reale (o dolo di fatto) assume rilevanza nella sfera giuridica del contraente raggirato solamente quando sia volto a creare un danno ingiusto risarcibile attraverso ricorso al giudice. È dunque possibile trarre una regola: comportamenti oppure dichiarazioni non veritiere nel diritto islamico che non assumono una rilevanza sulla base del grado di incidenza sulla volontà della parte contraente, bensì per il grado di dannosità provocata dalla parte in mala fede⁴⁰. In conclusione, il dolo non travolge il contratto con gli effetti giuridici della nullità, bensì il consenso viziato può comportare un potenziale annullamento del contratto.

Ultimo vizio del consenso annoverato dal diritto islamico è l'errore, detto *galat*.

³⁷ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malikita, con riguardo al sistema sciafita*, cit., p. 43.

³⁸ Tale regola, secondo la scuola malikita, è ricavabile da un passo della *Sunna*, il quale racconta il caso di un venditore di bestiame che non munge l'animale per i giorni prima della compravendita al solo fine di far credere al compratore che la bestia produca più latte di quello che in realtà produce. Cfr., sul punto, C. CHEHADA, *Théorie générale de l'obligation*, Editions, Sirey, Paris, 1969, p. 120.

³⁹ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 87.

⁴⁰ V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 87.

È possibile sin da subito sottolineare come l'errore non assuma la medesima centralità che invece ha negli ordinamenti giuridici secolari⁴¹. Con il termine errore si indica l'ignoranza sui fatti oggetto dell'accordo oppure indica un errore di diritto. L'errore di fatto può ricadere sulle qualità o sull'identità del bene stesso, in quest'ultimo caso è necessario distinguere due ipotesi: se l'errore ricade su una qualità essenziale del bene il contratto sarà nullo; se, invece, l'errore investe una qualità non essenziale della cosa la parte caduta in errore potrà scegliere se procedere all'annullamento oppure se confermare la volontà di contrarre⁴².

È consenso unanime ritenere che tali categorie siano superflue nella prassi contrattuale in quanto assorbite dalle regole sull'oggetto del contratto. In specie, quando il consenso si forma attorno all'oggetto ogni alterazione, che sia per dolo oppure errore, inficia la volontà prestata e le conseguenze giuridiche rimangono le medesime; infatti, la parte caduta in errore, alla stregua di quella raggirata, potrà richiedere l'annullamento del contratto⁴³.

Richiamando il contratto di vendita come paradigma, i contraenti assumono un ruolo fondamentale e i requisiti affinché una parte possa essere considerata contraente ruotano attorno al concetto di *taklif*. Tale termine indica la piena capacità di intere e volere delle parti senza la quale il negozio giuridico non può produrre effetti obbligatori nonostante esso rimanga valido; tale negozio non produrrà effetti finché non interviene la ratifica del tutore⁴⁴.

Nei sistemi giuridici occidentali, la piena capacità d'agire si presume al raggiungimento della maggiore età, che nell'ordinamento giuridico italiano è fissata dal legislatore a 18 anni, mentre le scuole giuridiche islamiche oscillano tra i 17 anni e l'inizio della pubertà⁴⁵. Ciò crea non pochi problemi circa la validità del contratto anche se tale

⁴¹ Cfr., sul punto, V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 87; P. DIB, *Essai sur une théorie des mobile en droit civile hanéfite*, Impr. Catholique, Beirut, 1995, p. 91.

⁴² V.M. DONINI, *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, cit., p. 89.

⁴³ C. CHEHATA, *Théorie générale de l'obligation*, cit., p. 64.

⁴⁴ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo al sistema sciafita*, cit., p. 114. La figura del tutore è presente anche all'interno del Corano nelle seguenti *sure* VI: 52; XVII: 34.

⁴⁵ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo al sistema sciafita*, cit., p. 113.

fattispecie viene il più delle volte risolta con un rimando, oramai accettato dei giurisperiti, alle presunzioni legislative dei singoli Stati⁴⁶.

Alla luce di quanto considerato, è possibile trarre alcune considerazioni. Si è messo in evidenza come il Corano riesca a offrire tutte le risposte utili anche in materia contrattuale. Infatti, specialmente nel comparto *Shari'ah compliant*, tali regole sono la base per la formulazione di nuovi modelli contrattuali costruiti *ad hoc* al fine di intercettare i bisogni finanziari dei fedeli. È in un continuo lavoro di confronto tra *Shari'ah* e *qanun* – legge dell'uomo – che si inseriscono tutte le fattispecie contrattuali impiegate dalla finanza islamica contemporanea. Non vi è dubbio alcuno che il diritto di produzione divina non sia superato dalla elaborazione umana. Il carattere imperativo, rivelato ed immutabile della *Shari'ah* non impedisce che gli interpreti partendo da essa possano storicizzare il dettato rivelato anche in materia finanziaria come nel caso della contrattualistica *Shari'ah compliant*. Da queste premesse si muove la disamina dei contratti bancari islamici che segue.

2. I contratti partecipativi: *mushàraka* e *mudàraba*

Nei prossimi paragrafi, si prenderanno in esame i contratti commerciali maggiormente utilizzati nella finanza islamica, mettendo in luce le peculiarità tipiche di questo sistema finanziario rispetto al sistema giuridico ed economico convenzionale⁴⁷.

I contratti bancari derivano dal diritto rivelato e dunque l'innovazione finanziaria, pur presente, è il prodotto di un'attenta attività di ibridazione dei contratti cosiddetti classici⁴⁸. Tali contratti sono stati definiti *building blocks*⁴⁹, rappresentando le fondamenta di qualsiasi operazione finanziaria complessa.

⁴⁶ Cfr., sul punto, N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, 1995.

⁴⁷ In questo capitolo si prenderanno in esame i principali contratti impiegati nel sistema finanziario islamico consapevoli che la descrizione qui riportata sia rappresentativa di *standard* contrattuali che possono subire modifiche in base all'ordinamento in cui sono impiegati. Tali modifiche possono riguardare il nome dello strumento e alcune regole che i singoli ordinamenti giuridici hanno la potestà di adattare. È indubbio però che le descrizioni qui riportate rappresentino un minimo comune denominatore condiviso dai dotti delle scuole giuridiche islamiche.

⁴⁸ F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 28.

⁴⁹ Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic Finance, Theory and Practice*, John Wiley&Sons, Singapore, 2007.

In dottrina, i contratti sono classificati e poi trattati in modi diversi: alcuni prediligono una classificazione dei contratti sulla base delle funzioni oppure degli scopi perseguiti⁵⁰; altri invece pongono come criterio l'impiego del principio del *Profit and Loss Sharing*⁵¹. In quest'ultimo caso, si è soliti distinguere le fattispecie contrattuali in contratti partecipativi e contratti non partecipativi⁵². Nel corso di questo capitolo si è adottata la seconda categorizzazione, poiché il principio della condivisione dei profitti e delle perdite, secondo l'opinione di chi scrive, mette in maggior risalto le caratteristiche delle singole fattispecie.

La *mushàraka* e la *mudàraba* sono due forme di contratti partecipativi ampiamente utilizzate nella prassi finanziaria e bancaria islamica. Il metodo della condivisione dei profitti e delle perdite trova massima espressione e realizzazione nelle forme contrattuali partecipative in quanto espressione di equità nei rapporti tra consociati.

Si prenderà in analisi dapprima la *mushàraka*, evidenziando caratteristiche e prassi operativa all'interno del sistema finanziario islamico, per poi spostare l'attenzione sull'istituto della *mudàraba*, evidenziando la rilevanza di quest'ultima fattispecie nei segmenti *takaful* e di *islamic funds*.

Per ambedue le fattispecie contrattuali si propone una lettura composta da una ricognizione della fattispecie, un'analisi – anche grafica – del funzionamento e uno sguardo attento nei confronti specificamente dell'apporto di capitale, del lavoro delle parti, della ripartizione dei profitti e delle perdite, al fine di evidenziare similitudini e differenze rispetto al sistema in uso nel comparto finanziario-bancario convenzionale.

2.1. *Mushàraka*

Il principio della condivisione dei profitti e delle perdite, *Profit-Loss Sharing*, trova massima espressione nel contratto islamico di *mushàraka* e attinge (parte) della sua disciplina dall'elaborazione del *fiqh* classico in relazione al *sirkat al-'inan*, mandato

⁵⁰ Sistema utilizzato in Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic Finance, Theory and Practice*, cit.; 19 e ss.; M.K. HASSAN, R. KAYED, U. OSENI, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Pearson Education, Harlow, 2013.

⁵¹ Si rimanda al capitolo II di questo elaborato.

⁵² Sistema adottato da G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., pp. 99-162 e anche da M.G. STARITA, F. MIGLIETTA, *I contratti societari partecipativi e i fondi*, in C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., pp. 31-89.

limitato, che, come testimoniato dalla dottrina classica⁵³, ha rappresentato una valida alternativa al finanziamento basato sull'applicazione del tasso di interesse e che ben si adattava alle diverse tipologie di affari presenti sul mercato islamico medioevale.

Il termine *musharàka* trae origine della lingua araba e significa letteralmente condivisione⁵⁴ e nella prassi bancaria islamica odierna identifica un contratto in cui due o più parti mettono in comune il capitale con il diritto di partecipazione alla gestione di un piano imprenditoriale⁵⁵. Più nel dettaglio, nel contratto di *mushàraka*, il finanziatore, solitamente l'intermediario bancario, detto *rabb al-maal*, conclude il contratto con un cliente, detto *mudarib*, acquisendo una parte del capitale sociale, divenendo proprietario, o meglio socio, di una quota dell'impresa finanziata. In tal modo al finanziatore è riconosciuto un diritto a intervenire nelle modalità di gestione e nelle scelte di impresa⁵⁶.

In origine, tale fattispecie era stata impiegata come strumento di condivisione del rischio di un'attività di impresa con un conferimento condiviso di capitale con il fine primario di dare vita a un progetto d'impresa⁵⁷. Attualmente, tale impianto è stato mantenuto, nonostante qualche adattamento in alcuni casi particolari⁵⁸. È possibile fin da subito sottolineare come tale approccio influenzi non poco l'impianto operativo delle

⁵³ N. SALEH, *Unlawful gain, and legitimate profit in Islamic law*, Graham & Trotman, London, 1992, p. 93. L'Autore sostiene che la dottrina classica ha classificato la *sirkat al-'inan* sulla base dell'oggetto del conferimento: beni mobili, beni immobili e lavoro da cui i giurisperiti islamici contemporanei hanno ricavato le regole per la *mushàraka* attualmente in uso nella finanza islamica.

⁵⁴ La fattispecie contrattuale della *mushàraka* viene spesso sovrapposta al *Shirkat* (società). Con tale termine si indica il contratto di società, mentre la *mushàraka* è un contratto di finanziamento per la costituzione di una società. Nonostante ciò, il contratto partecipativo in esame attinge dalla disciplina societaria classica così come voluto dai giurisperiti islamici.

Come si vedrà nel corpo del testo, la *mushàraka* pur essendo usata principalmente per finanziamenti societari, è impiegata anche per forme di microcredito (vedi *infra*). Sul punto, per un'analisi più dettagliata si veda M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 24.

⁵⁵ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87; R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 89 s.; F. MARTALO', *L'Islam entra in banca. Economia e finanza islamica da Maometto fino ai giorni nostri*, Greco&Greco editori, Milano, 2012, p. 194 e ss.; M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a european perspective*, Giappicchelli, Torino, 2019, p. 29 s.; B.S. CHONG, M. LIU, *Islamic banking: interest-free or interest-based?*, *Pacific-basin Finance Journal*, 17, n. 1, 2009, pp. 125-144.

⁵⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87 s.

⁵⁷ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 120 s.; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 41; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87.

⁵⁸ Vedi *infra*.

banche islamiche⁵⁹, rimarcando una differenza con le banche convenzionali, che rifuggono da forme di partecipazione al rischio di impresa⁶⁰.

Oltre alla banca e al cliente possono partecipare in qualità di soci altre parti, stipulando anch'essi il contratto di *mushàraka*, risentendo dell'andamento economico dell'impresa e, in caso di perdita, partecipando pro quota alla condivisione delle perdite⁶¹. Il capitale sociale che ogni contraente deve apportare all'interno della compagine societaria deve essere in denaro, evitando perizie o stime su beni al fine di circoscrivere la portata dell'incertezza⁶². Nonostante tale regola, è ammesso il conferimento di beni immobili da parte di un socio laddove vi sia il consenso di tutte le parti; tali beni rimangono di godimento dell'impresa, ma in caso di vendita l'introito ricavato è devoluto al socio-proprietario⁶³.

In questa sede, si delineano le caratteristiche di un contratto standard di *mushàraka*, il quale viene modulato secondo due schemi. Nella declinazione della *mushàraka-mufadawah* tutti i soci attribuiscono la medesima quantità di capitale per il finanziamento della società, condividendo i medesimi obblighi e doveri contrattuali e ricavando un uguale ripartizione degli utili e delle perdite⁶⁴. Nella formula *mushàraka-inan* invece si profila una situazione giuridica opposta rispetto alla precedente: i contraenti si accordano su una variazione di capitale rispetto a quello conferito *ab initio* e da ciò conseguono diversi diritti e doveri in base al diverso apporto patrimoniale⁶⁵. Quindi, per entrambe le forme, la proprietà dei beni del progetto imprenditoriale spetta a tutti i *partner* pro quota in proporzione all'apporto iniziale e tutti i soci risultano

⁵⁹ Per un'analisi più dettagliata si rimanda al capitolo 4 del presente lavoro.

⁶⁰ In materia di funzionamento della banca convenzionale la letteratura è copiosa, *ex multis* F. VELLA, G. BOSI, *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019; G.B. BARILLA', *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2017, I, p. 583 ss.; M. VALIGNANI, *Manuale di diritto della banca*, Cedam, Padova, 2006; A. URBANI (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, Padova, 2020; F. GIORGIANNI, C.M. TARDIVO, *Diritto bancario - Banche, contratti e titoli bancari*, Giuffrè, Milano, 2006.

⁶¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 88.

⁶² G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 121; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 88.

⁶³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 88.

⁶⁴ F. MARTALO', *L'Islam entra in banca. Economia e finanza islamica da Maometto fino ai giorni nostri*, cit., p. 195; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 32 s.

⁶⁵ F. MARTALO', *L'Islam entra in banca. Economia e finanza islamica da Maometto fino ai giorni nostri*, cit., p. 195; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 32 s.

proprietari dell'attività finanziata e godono a pieno titolo di ogni forma di rivalutazione dell'attività e dei beni⁶⁶.

Nel momento della conclusione del contratto, i contraenti devono apportare capitale, pur essendo ammessa la possibilità di una percentuale differente di conferimento⁶⁷.

Osservando la gestione del progetto oggetto del contratto vale la regola generale in cui tutte le parti possono partecipare alla gestione dell'impresa finanziata e (potenzialmente) possono prestare attività lavorativa secondo le proprie conoscenze, abilità e competenze⁶⁸.

Nella fase di conclusione del contratto le parti hanno facoltà di accordarsi sulla percentuale di ripartizione dei profitti. In caso di mancato accordo, i profitti devono essere divisi in base alla percentuale dei conferimenti⁶⁹. È riconosciuta ampia autonomia privata: le parti non sono obbligate a ripartire gli utili in relazione alla quota di finanziamento, purché tale ripartizione venga fissata in sede di stipula del contratto.

La ripartizione degli utili e dei profitti è stata oggetto di diversi dibattiti in dottrina, spesso in contrasto tra loro⁷⁰. Successivamente, le diverse correnti dottrinali si sono accordate su alcune regole. In particolare, la partecipazione agli utili deve essere indicata senza alcuna forma di ambiguità all'interno della *mushàraka* e sottoscritta da tutte le parti. Inoltre, gli utili devono essere distribuiti al netto dei costi operativi e ciò comporta il divieto di distribuzione di somme forfettarie. La *ratio* di tale prescrizione è la conservazione dell'attività di impresa, evitando il fallimento per mancanza di copertura delle spese societarie⁷¹.

⁶⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 92; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 41; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 35.

⁶⁷ Vedi *infra*.

⁶⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 88 e p. 92; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 41; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 34 e ss.; G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 120 e ss.; R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 89 e s.

⁶⁹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 89 e s.; T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 64; si veda pure M. BAKKAR; F. MIGLIETTA, *Finanza islamica per il sistema bancario*, in *Fondi sovrani arabi e finanza islamica*, (a cura di) Degli Atti e Miglietta, Milano, 2009, p. 104; M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, cit., p. 23; Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic Finance, Theory and Practice*, cit., p. 137.

⁷⁰ Per maggiori approfondimenti si veda sul punto l'attenta disamina offerta da M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, cit., p. 23.

⁷¹ Si veda il capitolo II del presente elaborato.

Anche nel sistema commerciale islamico è possibile che vi sia un socio dormiente, detto *sleeping partner*, che non apporta (e non apporterà) lavoro⁷². In tal caso, non è possibile che venga riconosciuta una percentuale di profitto superiore alla quota di capitale conferito⁷³. Laddove le parti si accordassero diversamente, tale disposizione sarebbe nulla con conseguente inserzione automatica di clausola in favore della regola su menzionata⁷⁴. Quest'ultima ipotesi, comune anche alla tradizione civilistica italiana, è un meccanismo che mira alla conservazione del contratto; infatti, la nullità opera in modo circoscritto alla clausola contraria alla norma, facendo salve le altre parti dell'accordo e gli effetti giuridici eventualmente già prodotti⁷⁵.

La clausola sulla ripartizione degli utili è modificabile nel corso del tempo, purché i sottoscrittori del contratto originario siano informati, laddove venga deciso che a un socio venga ridotta la quota di utili, supponiamo per riduzione del carico di lavoro, la parte eccedente può essere devoluta a un socio in particolare o ridistribuita in egual misura fra tutti gli altri soci.

In ultima battuta, si può affermare che il momento di ripartizioni degli utili non può essere condizionato da una previsione futura perché si configurerebbe un'alea di incertezza incompatibile con le regole della finanza islamica.

L'ampia autonomia privata, delineata in ambito di distribuzione degli utili, non è riconosciuta però nel caso di ripartizione delle (eventuali) perdite. Queste sono ripartite tra i *partner* in modo proporzionato ai conferimenti effettuati⁷⁶ e ogni accordo diverso sarà nullo. È invalido l'accordo con cui una delle parti voglia sottrarsi (totalmente) alla ripartizione delle perdite, salvo l'accordo *ex post* in cui una parte decida di accollarsi la perdita in misura maggiore rispetto alla percentuale posseduta⁷⁷.

Il contratto di *mushàraka* è considerato il migliore contratto per il finanziamento di progetti di una certa portata economica, ma è impiegato anche per finanziamenti di capitale circolante di un'impresa⁷⁸. Nel corso del tempo, è stato utilizzato anche per

⁷² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90.

⁷³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90.

⁷⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90.

⁷⁵ Per un'analisi approfondita sulla inserzione automatica di clausole nell'ordinamento giuridico italiano si veda il capitolo XXIX "Il contratto: formazione ed effetti" in P. TRIMARCHI, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, ult. ed., pp. 31-59.

⁷⁶ Cfr., sul punto, B. KETTEL, *Introduction to Islamic Banking*, WileyFinance, Singapore, 2011, p. 142.

⁷⁷ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 89-90.

⁷⁸ M. MARIANI, *Impresa e Finanza islamica*, Egea, Milano, p. 98 e ss.

finanziamenti di progetti di portata ridotta come l'acquisto di un'immobile ad uso abitativo⁷⁹. Ciò porta ad asserire che tale fattispecie ben si presta tanto ad operazioni bancarie di macrocredito, quanto a operazioni di microcredito perché l'oggetto non compromette in nessun modo il funzionamento della *mushàraka*⁸⁰.

Per quanto riguarda invece la scadenza e di conseguenza le cause estintive del contratto, si è ritenuto che esso debba produrre effetti fino alla realizzazione del progetto⁸¹. Tuttavia, tale impostazione presenta alcuni profili di criticità riguardo la libertà di contrarre riconosciuta al cliente a causa della rigidità di recedere. Per questa ragione, alcuni giuristi ritengono che una parte possa recedere unilateralmente dal vincolo contrattuale purché sia in buona fede e non voglia volontariamente recare un danno⁸². Indubbiamente, riconoscere la facoltà di recesso unilaterale può creare problemi sul riparto degli utili e sul calcolo di sopportazione delle perdite, provocando una situazione di particolare difficoltà per quanto riguarda la stabilità economica e di gestione del progetto. Sul punto, la prassi finanziaria ha raggiunto un compromesso: riconoscere la possibilità per ciascun contraente di recedere nei periodi di liquidazione degli utili⁸³. Più specificamente, il contratto di *mushàraka* prevede *ab initio* una clausola di liquidazione periodica, per prassi più breve dell'anno solare, e in quell'occasione riconosce la facoltà di recesso⁸⁴.

A seguito del recesso, si configura un fenomeno di estinzione del rapporto contrattuale e gli altri *partner* possono decidere di assorbire la quota del *partner* uscente, proseguendo così l'attività di impresa. In capo al recedente è dunque riconosciuto un diritto alla liquidazione della quota e degli utili maturati; in caso di rifiuto, esso può obbligare gli altri contraenti alla redistribuzione pro quota dei propri *assets*⁸⁵. La dottrina consiglia ai sottoscrittori della *mushàraka* di accordarsi nel momento della conclusione

⁷⁹ Sul punto si rimanda al prossimo paragrafo.

⁸⁰ Si veda il paragrafo 5.1 del capitolo II.

⁸¹ Si rimanda al paragrafo 3.3 intitolato *Mushàraka: scadenza del contratto e altri aspetti contrattuali* in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90. Inoltre, sempre in materia di cause estintive si rimanda a T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 66; M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, p. 28 s.

⁸² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90. Inoltre, sempre in materia di cause estintive si rimanda a T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 66; M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, p. 29 s.

⁸³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 90.

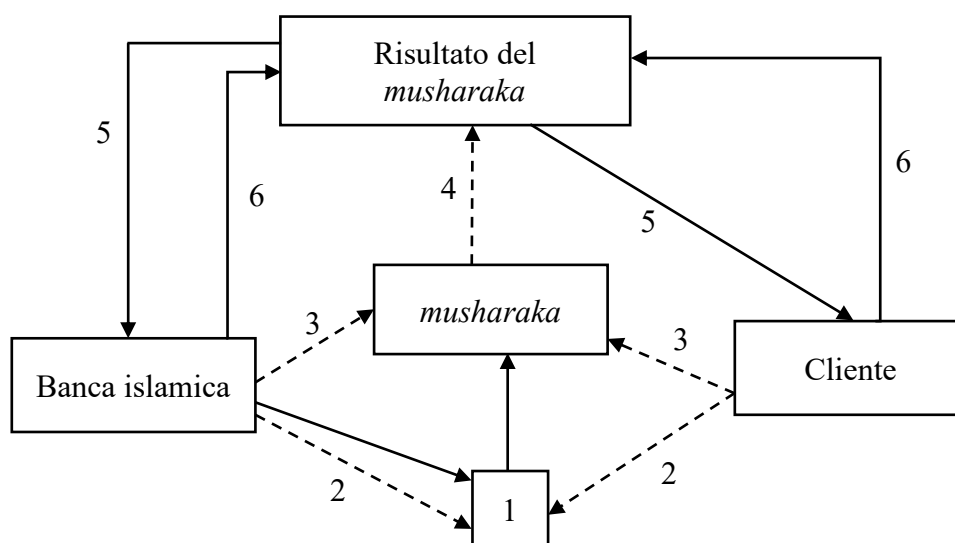
⁸⁴ M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, p. 29.

⁸⁵ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 66.

del contratto sulla modalità di liquidazione in caso di recesso unilaterale in modo da modulare le tempistiche di attribuzione della quota, evitando la privazione delle risorse utili alla realizzazione dell'oggetto sociale.

Il contratto di *mushàraka* si può estinguere anche a causa dell'evento morte di uno dei partecipanti della società. In questa ipotesi è riconosciuta la facoltà da parte degli eredi di subentrare nel sinallagma contrattuale al posto del *de cuius*, assumendo i medesimi diritti, doveri e obblighi⁸⁶. È altresì possibile che gli eredi preferiscano la liquidazione della quota e appare convincente la corrente dottrinale che caldeggia l'inserimento di una clausola che disciplini l'evento morte di uno dei contraenti per evitare squilibri economici⁸⁷.

Figura n. 1 - Contratto di *mushàraka*



Fonte: elaborazione personale dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente e la banca creano una società regolata dal contratto di *musharaka*
2. Il cliente e la banca conferiscono capitale in base alle percentuali previste dal *musharaka*
3. Le parti gestiscono il progetto imprenditoriale secondo l'accordo contenuto nel contratto
4. La società costituita è regolata dal contratto di *musharaka* e produce utili ovvero perdite
5. In caso di profitto, le parti incasseranno una quantità di utili pari alla percentuale accordata *ab initio*
6. In caso di perdite, invece, le parti dovranno pagare pro-quota sulla base del conferimento di capitale

⁸⁶ Sul punto si veda M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, cit., p. 28.

⁸⁷ Cfr. M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, cit., p. 28 s.

2.1.1. Il finanziamento immobiliare tramite il contratto di *mushàraka mutanaqisa*

È emerso che il contratto di *musharàka* è uno strumento partecipativo di finanziamento che si presta a forme di microcredito. È il caso della *mushàraka mutanaqisa*, anche detto *diminishing mushàraka*, che è impiegato per finanziare l'acquisto di beni immobili⁸⁸.

Il *mushàraka mutanaqisa* è utilizzato per il finanziamento della prima casa, permettendo al singolo fedele di rispettare le prescrizioni religiose e al contempo di acquistare un immobile. È dunque una declinazione di *mushàraka* in cui il cliente, socio di minoranza, si impegna ad acquistare in modo graduale, solitamente attraverso il pagamento di rate periodiche, le quote di capitale della controparte, sino al pagamento dell'intera somma⁸⁹.

Procedendo per ordine, la banca islamica e il cliente stipulano un contratto di *mushàraka mutanaqisa* in cui la banca finanzia una quota, per prassi una percentuale elevata, del capitale necessario all'acquisto di un immobile, mentre il cliente, futuro proprietario dell'immobile, fornisce una quota ridotta di capitale⁹⁰. Attraverso la conclusione del contratto, la banca e il cliente instaurano un rapporto di natura societaria, divenendo formalmente entrambi titolari di un diritto di proprietà pro quota sul bene immobile oggetto della *mushàraka mutanaqisah*⁹¹. Il cliente si obbliga al pagamento di un canone mensile attraverso il quale progressivamente acquista la proprietà, mentre la quota della banca si riduce sino ad estinguersi. Si profila una vendita in cui ad accrescere è la percentuale della proprietà e del capitale del cliente⁹².

Il *mushàraka mutanaqisah* è un esempio di contratto che trova la sua genesi da un meccanismo di ibridazione di contratti classici, al fine di trovare una soluzione operativa ai divieti del sistema islamico. Infatti, una vendita futura è una fattispecie espressamente vietata dal diritto islamico a causa della presenza di *ghàrar*. La soluzione si sostanzia

⁸⁸ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 67.

⁸⁹ Si veda sul punto M.T. USMANI, *An introduction to Islamic Finance*, p. 57 e ss.; Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic Finance, Theory and Practice*, cit., p. 138; Z.A. RAHMAN, *Contracts and the products of Islamic banking*, Kuala Lumpur, 2010, p. 187 e ss.

⁹⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91.

⁹¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91.

⁹² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91.

nella stipula di un contratto societario in cui il cliente, attraverso una clausola ivi contenuta, si impegna a riscattare la quota di titolarità della banca⁹³.

È necessario sottolineare che il cliente, sin da subito, gode dell'utilizzo del bene. Ciò permette alla banca di pretendere, oltre alla rata periodica del capitale, un *quantum*, in forma onnicomprensiva, per il godimento del bene da parte del socio-cliente. Il canone così composto prevede un ritorno economico che retribuisce l'intermediario per il servizio offerto⁹⁴. In relazione invece alla proprietà del bene la corresponsione periodica di quote di capitale da parte del cliente permette la diminuzione della percentuale di proprietà della banca in proporzione allo stato di avanzamento del piano di ammortamento. Con il versamento dell'ultima rata ad opera del cliente il prestito si estingue e questo acquista la piena proprietà del bene⁹⁵.

Potrebbero delinearci alcuni profili di criticità circa la liceità della transazione in quanto tale forma di ritorno economico può essere assimilata all'applicazione di un tasso di interesse "camuffato". Però, come già emerso, il tasso di interesse è una forma di incremento fissato a priori senza alcun tipo di assunzione di rischio, mentre la retribuzione per il godimento dell'immobile è un diritto spettante al comproprietario (la banca)⁹⁶.

È bene sottolineare come l'accesso all'acquisto del bene immobile da parte di un musulmano permette di ricavare il grado di integrazione di un fedele⁹⁷. La maggior parte dei musulmani presenti in Italia sono migranti e il tema dell'acquisto della prima casa è un problema non poco marginale⁹⁸.

L'acquisto dell'immobile per un migrante-musulmano rappresenta un esempio di una doppia difficoltà: la prima, è legata al superamento delle barriere di accesso al credito, profilo comune a tutti i migranti economici⁹⁹; la seconda, il rispetto delle regole sciaraitiche¹⁰⁰. Infatti, in Italia per un musulmano che voglia acquistare un immobile

⁹³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91.

⁹⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91.

⁹⁵ M.T. USMANI, *An Introduction*, cit., p. 57 ss.

⁹⁶ Si veda i paragrafi in materia di *ribà* del precedente capitolo.

⁹⁷ P. REBUGHINI, E. COLOMBO, L. LEONINI, *Giovani dentro la crisi*, Guerini Associati, Milano, 2017, pp. 65-99.

⁹⁸ R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 115 s.

⁹⁹ I. PONZO, *La casa lontano da casa*, Carocci, Roma, 2008; P. CINGOLANI, R. RICUCCI (a cura di), *Transmediterranei*, Accademia University Press, Torino, 2014.

¹⁰⁰ R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 115 s.

accedendo al credito attraverso un contratto di mutuo conforme all'Islam non troverebbe sul mercato bancario alcun tipo di strumento¹⁰¹.

L'acquisto della prima casa è indubbiamente una tematica fondamentale in quanto ha come effetto la creazione di sentimenti di alienazione da parte dei migranti rispetto al contesto in cui si trovano¹⁰². Il dibattito dottrinale e istituzionale, sia passato che presente, ha rimarcato la possibilità di svincolare i musulmani dal rispetto dei principi economici rivelati soprattutto quando sul luogo di residenza non vi è un intermediario che offra servizi e prodotti conformi alla *Shari'ah*. Il tema del mutuo, data la rilevanza concreta nella vita quotidiana dei fedeli, ha smosso accesi dibattiti: in tal senso i musulmani residenti in contesti a maggioranza non islamica hanno richiesto alle infrastrutture islamiche pareri in modo da sentirsi rassicurati in caso di accesso a forme di credito convenzionale¹⁰³.

Appare in questa sede interessante riportare una recente posizione ufficiale che rassicura i fedeli islamici che non hanno la possibilità di accesso al credito conforme alle disposizioni islamiche: è lecito l'acquisto della prima unità abitativa, attraverso un contratto di mutuo convenzionale quando l'acquirente non sia il proprietario di un'altra abitazione¹⁰⁴. Dunque, un fedele musulmano può derogare ai principi rilevati in materia economica quando si tratti di una compravendita avente ad oggetto un bene immobile ad uso abitativo purché si tratti di prima casa.

Osservando l'Islam della diaspora, si rileva che i migranti di fede musulmana cadano inevitabilmente in un conflitto identitario tra l'appartenenza religiosa e il riscatto sociale in particolare per le seconde generazioni¹⁰⁵.

¹⁰¹ R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 115 s.; L. SANTOVITO, *Il mutuo islamico*, studio consultabile al seguente sito web: www.lafinanzaislamica.it.

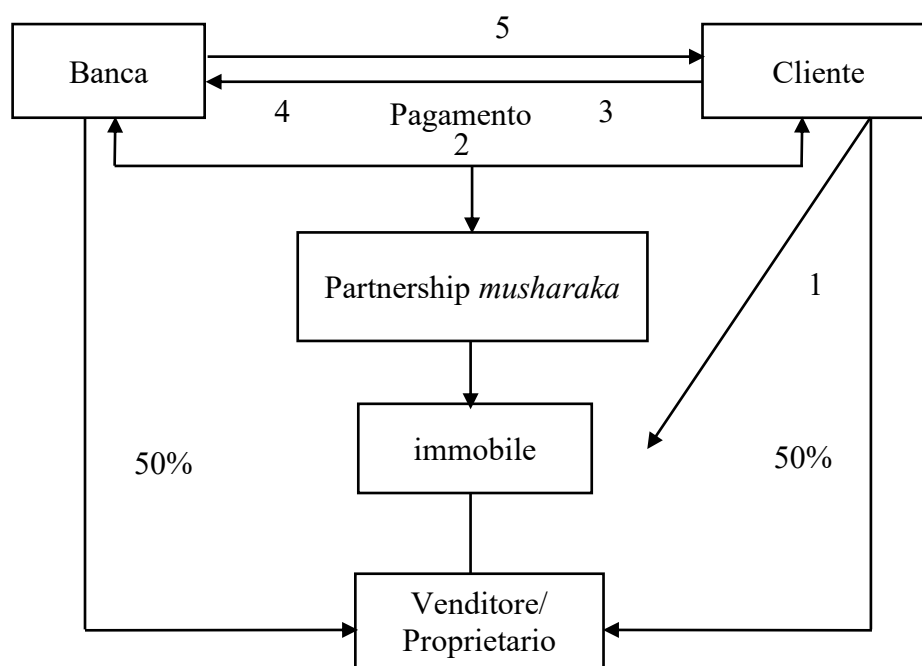
¹⁰² R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 116.

¹⁰³ R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 116.

¹⁰⁴ R. RICUCCI, V. MOISO, *La banca e il minareto*, cit., p. 116.

¹⁰⁵ Così sembra che molti fedeli si comportino in modo secolare quando si tratti di accedere al mutuo pur rimanendo viva la disposizione che recita «Nessuno passa il giorno del giudizio prima di rispondere [...] sulla propria ricchezza da dove se l'è procurata». Cfr., sul punto, Haditha t-Tirmidhi in R. RICUCCI, *La banca e il minareto*, cit., p. 120.

Figura n. 2 - Contratto di *musharaka mutanaqisa*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente sulla base delle proprie preferenze sceglie un immobile a uso abitativo. Successivamente, corrisponde un acconto e si accorda con la banca per richiedere la corresponsione del capitale mancante.
2. La banca stipula un contratto di *musharaka* con il cliente.
3. Il cliente di fatto affitta dalla banca la sua quota di proprietà
4. Il cliente pagherà una somma di denaro per l'utilizzo della quota di proprietà della banca con l'aggiunta di una percentuale di capitale per acquistare progressivamente la quota della banca
5. Il contratto di *musharaka* si estingue quando il cliente diviene proprietario dell'immobile al 100%

2.2. Mudàraba

Il contratto di *mudàraba* è ampiamente utilizzato nel sistema finanziario *compliant*, incontrando il pieno consenso delle scuole giuridiche islamiche¹⁰⁶.

La *mudàraba* è un contratto in cui un soggetto, un intermediario islamico (*rabb al-maal*), partecipa a un'attività di impresa mediante conferimento di capitale, mentre la controparte contrattuale, detta *mudarib*, apporta lavoro e capacità manageriali¹⁰⁷. In

¹⁰⁶ Per una percentuale dei finanziamenti erogati sulla base del *mudàraba* si veda la tabella 3 in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 107.

¹⁰⁷ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 86. Inoltre, tale fattispecie è stata definita anche dall'*Accounting and Auditing*

particolare, quest'ultimo agisce in nome e per conto di tutte le parti coinvolte, condividendo, con l'intermediario islamico, una percentuale predeterminata di utili¹⁰⁸.

Osservando l'ordinamento civile italiano, la fattispecie in esame è accostabile alla società in accomandita semplice¹⁰⁹: infatti, nella *mudàraba* il *rabb al-maal* non possiede diritti di conduzione dell'impresa¹¹⁰. In particolare, il capitale e gli utili non possono essere garantiti dalla parte finanziata, potendo questa però utilizzare i fondi al fine di realizzare l'oggetto del contratto di *mudàraba*¹¹¹. Dunque, la parte agente del contratto dispone del capitale societario della controparte, rispettando però i limiti previsti al momento della conclusione del contratto.

Organization for Islamic Financial Institutions, nello standard 13 in cui la «*Mudarabah* is a partnership in profit whereby one party provides capital (*rab al-Mal*), and the other party provides labour (*mudarib*)».

¹⁰⁸ Si veda la nota 20 di T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 68 in cui l'Autore riporta un facsimile di clausola in materia di ripartizione di utili.

Accennando una similitudine con altri contratti civilistici in uso in epoca medievale, è possibile accostare il *mudàraba* alla commenda in cui una parte investe il proprio lavoro e l'altra invece conferisce mero capitale nell'attività di impresa. La commenda è stata utilizzata nelle città mercantili italiane a partire dal XII secolo, riscontrando un certo grado di successo nell'operatività commerciale.

Tale istituto prevedeva la presenza, nella compagine contrattuale, di almeno due soci, in cui uno definibile come dormiente, mentre l'altro pienamente operativo. In particolare, un socio era concretamente sedentario e rimaneva stabile nella città, mentre l'altro socio impiegava il proprio tempo viaggiando. Fu riconosciuto, anche da parte degli storici del diritto, il merito di aver favorito gli scambi commerciali e quindi di aver cooperato alla prosperità economica. Più nel dettaglio si può affermare che la commenda soddisfaceva una doppia finalità: in primo luogo, un detentore di somme di danaro inutilizzate poteva, senza rischiare in proprio, investire capitale in una determinata attività in cui un mercante metteva a disposizione lavoro e tipologia di impresa. Una volta raggiunto l'obbiettivo del contratto, contenuto all'interno dell'oggetto della commenda, il capitale veniva restituito al socio investitore, mentre i profitti prodotti venivano divisi tra i soci.

In materia di commenda medievale la letteratura è vasta, si rimanda *ex multis* a J.H. PRYOR, *The Origins of the Commenda Contract*, in *Speculum*, Vol. 52, n. 1, 1977, pp. 5-37; C.M. Cipolla, *Storia economica dell'Europa Pre-industriale*, Bologna, Il Mulino, 1974 edizione del 2003, p. 228.

Volgendo lo sguardo al mondo islamico, il *mudaraba* trova espressa previsione all'interno della *Sunna* del Profeta: infatti, Maometto aveva agito come *mudarib*, agente di un'attività di spedizioni commerciali, per conto di sua moglie. Trovando piena previsione in un comportamento del Profeta, la dottrina islamica, ne ha sancito una piena legittimità, sottolineando inoltre come tale fattispecie fosse impiegata in antichità.

Cfr., sul punto, la nota 22 di T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 68.

¹⁰⁹ Cfr. il dispositivo dell'articolo 2313 del Codice civile (italiano), il quale afferma che «Nella società in accomandita semplice i soci accomandatari rispondo solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali e i soci accomandanti rispondono limitatamente alla quota conferita. Le quote di partecipazione dei soci non possono essere rappresentate da azioni». Per un'analisi dettagliata in materia di accomandita semplice si richiama C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, Giuffrè, Milano, 2005; A. ARCANGELI, *La società in accomandita semplice: studio di diritto commerciale*, Bocca, Torino, 1903.

¹¹⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 82.

¹¹¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 82.

Volgendo lo sguardo al capitale conferito è possibile ricavare una serie di regole condivise dalle scuole giuridiche islamiche. Infatti, la banca deve conferire capitale in denaro ed è preferibile che non venga effettuato nessun conferimento attraverso altri beni o servizi perché ciò creerebbe una situazione di incertezza nella transazione¹¹². Laddove però tutte le parti coinvolte fossero d'accordo nel conferire capitale sotto forma di beni o servizi, è necessario che sia espressamente prevista una clausola contrattuale in cui si attribuisca a questi un valore (reale), sulla base dei prezzi di mercato calmierati¹¹³.

Come si è detto, nella *mudàraba standard* il conferimento di capitale spetta all'intermediario finanziario; tuttavia, vi sono dei casi in cui il *mudarib* (il cliente) vuole apportare una ridotta percentuale di capitale¹¹⁴. Limitatamente a quest'ultimo profilo, si configura un accostamento alla *mushàraka* e secondo gli esperti islamici, data la (parziale) sovrapposizione delle fattispecie, è necessario un attento lavoro di *drafting* nello stilare le clausole contrattuali, cercando di prevenire future controversie sulla natura del contratto. In questo caso, opererebbero le regole generali del *mudàraba* e limitatamente alla parte di capitale conferita dal cliente trovano applicazione le regole della *mushàraka*, ciò crea una commistione dei due contratti partecipativi sulla medesima transazione¹¹⁵.

Approfondendo la disamina della ripartizione degli utili, si può affermare che ai sottoscrittori è riconosciuta ampia autonomia contrattuale, potendo decidere liberamente la divisione degli utili, purché ciò venga espressamente stabilito di comune accordo nel momento della conclusione del contratto¹¹⁶. Non è quindi necessario che i profitti debbano corrispondere all'apporto di capitale o all'apporto di forza lavoro¹¹⁷. È prevista anche la possibilità di apporti di profitto modulati nel tempo predisposti per diversi obiettivi raggiungibili in corso d'opera¹¹⁸. In tal caso, questi devono essere previsti all'interno di clausole contrattuali sin dalla stipula; in caso contrario, opereranno le regole generali di ripartizione¹¹⁹.

¹¹² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 82 e s.

¹¹³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

¹¹⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

¹¹⁵ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

¹¹⁶ Cfr., sul punto, la disamina condotta in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70.

¹¹⁷ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84 e 85.

¹¹⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

¹¹⁹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

Sotto il profilo invece della proprietà dei beni dell'impresa, la titolarità spetta unicamente al finanziatore in quanto è stato il solo che ha conferito capitale, mentre al *mudarib* è riconosciuto il diritto di godimento dei beni nei limiti della gestione¹²⁰.

La ripartizione delle perdite è un tema, come osservato già con riguardo alla *mushàraka*¹²¹, in cui il diritto islamico limita i poteri di scelta dei contraenti. Le perdite sono a carico del solo finanziatore nei limiti del capitale conferito; in caso di deroga, l'accordo sarebbe nullo con l'inserzione automatica di una clausola di questo tipo. Opererebbe quindi una nullità relativa che fa salve le altre parti del contratto, travolgendo gli effetti della sola parte patologica dell'accordo. Tale soluzione mira alla tutela dell'affidamento del terzo per gli effetti già prodotti dal sinallagma. In caso di nullità assoluta, infatti, i terzi in buona fede vedrebbero lesa la propria sfera giuridica. Per questa ragione il diritto islamico, alla stregua degli ordinamenti secolari, predilige questa forma di soluzione contrattuale che non travolge *tout court* l'esistenza della transazione. Ma vi è di più: la tutela dei mercati e del benessere economico.

È bene ricordare però che la regola della ripartizione delle perdite conosce un'eccezione espressamente prevista dal diritto islamico: infatti, laddove il finanziato abbia agito con negligenza, imprudenza ovvero imperizia nella gestione dell'attività supporterà l'intero ammontare delle perdite, liberando così il finanziatore¹²². L'onere della prova è in capo al finanziatore, che deve dimostrare che il finanziato abbia adottato una condotta contraria alla diligenza media; in tal caso questo risponderà con il patrimonio personale coprendo le perdite per intero.

In tema di eventuali perdite la dottrina ha messo in luce una criticità, che prende il nome di problema di agenzia¹²³: il cliente potrebbe non sentirsi incentivato a lavorare dato che a rispondere sarà la banca; inoltre, l'onere probatorio volto a dimostrare la negligenza del cliente è difficilmente assolvibile per la banca¹²⁴.

Appare utile mettere in luce la modalità di gestione del progetto. La banca, apportando il capitale, non ha diritto di partecipare alla gestione del progetto dell'attività, rimanendo questa una prerogativa del solo soggetto finanziato. Però, la banca ha un potere

¹²⁰ F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 41.

¹²¹ Si prenda in esame il paragrafo 3.1 del presente capitolo.

¹²² Tale regola non si applica nel contratto di *mushàraka* perché la conduzione dell'impresa non avviene a opera di un'unica parte. Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹²³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹²⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

di controllo sull'attività svolta dal *mudarib* e ciò riequilibra gli assetti contrattuali delle parti¹²⁵. Più nel dettaglio, la prassi commerciale islamica ha messo in evidenza due diverse modalità di esercizio dei poteri di gestione del *mudarib* che dipendono dai vincoli prescritti dal finanziatore¹²⁶. Se quest'ultimo ha concluso il contratto di *mudàraba* destinando il proprio capitale a uno affare circoscritto, al *mudarib* verrà riconosciuto un potere di gestione limitato a quello specifico affare, si parlerà di *restricted mudàraba* (in lingua araba *al-mudàraba al muqayyadah*)¹²⁷. Di converso, se le parti si accordano per realizzare un progetto senza particolari vincoli, al *mudarib* è riconosciuto ampio potere gestionale, in tal caso si tratterà invece di *unrestricted mudàraba* (*al-mudàraba al-mutlaqah*). Tale fattispecie non trova però pieno accoglimento da parte delle scuole giuridiche in quanto si intravede la presenza di un'alea di incertezza troppo elevata che sarebbe contraria al divieto di *ghàrar*¹²⁸.

Per quanto riguarda invece la scadenza e le cause estintive del contratto di *mudàraba*, è riconosciuta la libertà di accordo delle parti, eccetto quando il finanziato abbia già intrapreso l'attività ovvero quando all'interno del contratto sia previsto espressamente un termine¹²⁹. Rimane ferma la possibilità di un accordo in cui le parti possano stabilire un termine più breve o più dilatato. In ogni caso è sempre valida la regola per cui una parte può recedere unilateralmente, previa comunicazione all'altro contraente, con divisione degli utili secondo le quote pattuite¹³⁰.

Figura n. 3 - Contratto di *mudaraba*

¹²⁵ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 69.

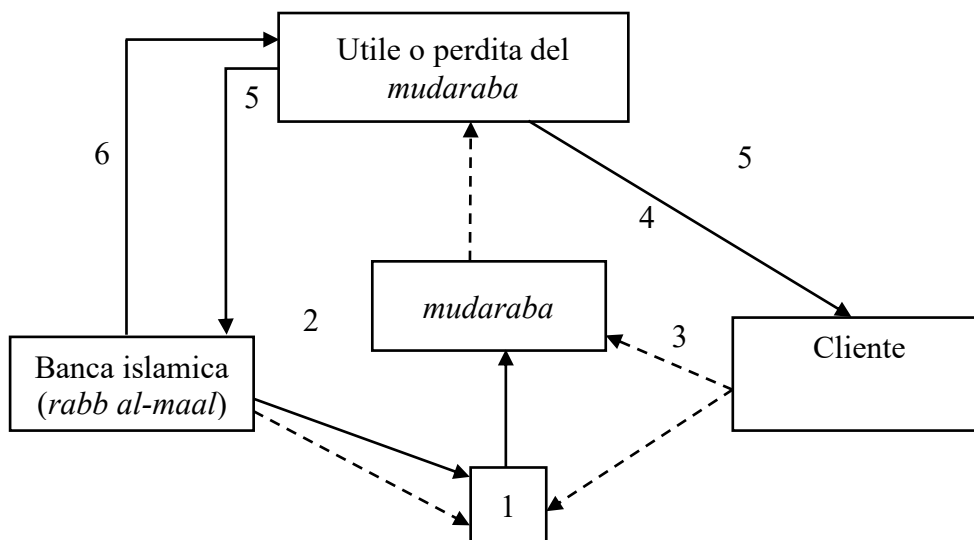
¹²⁶ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 69.

¹²⁷ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 69 s.

¹²⁸ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70.

¹²⁹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 84.

¹³⁰ In materia di recesso dal contratto di *mudàraba* le scuole giuridiche non hanno una posizione unanime, sul punto si rimanda a T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70 s.



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente e la banca stipulano il contratto di *mudaraba*
2. La banca conferisce il capitale per intero, finanziando così un progetto accettato da ambedue le parti nel contratto di *mudaraba*
3. Il cliente gestisce il progetto, apportando le sue competenze e abilità
4. Il contratto di *mudaraba* produce utili ovvero perdite
5. In caso di profitto, le parti incasseranno una quantità di utili pari alla percentuale accordata *ab initio*
6. In caso di perdite, invece, la banca si accolla l'intero ammontare

2.2.1. La mudàraba come deposito bancario: l'investment account

Le infrastrutture islamiche hanno dato vita a varie forme di deposito cosiddetto a termine, ampliando così l'offerta *Shari'ah compliant*.

Un ruolo di primaria importanza è dato dal deposito bancario che utilizza lo schema contrattuale della *mudàraba*, perseguendo però uno scopo di investimento¹³¹.

Il meccanismo adottato da questa declinazione di *mudàraba* è il medesimo impiegato nella forma standard, con la differenza che si assiste a un ribaltamento dei ruoli dei contraenti. La banca islamica non ricopre più il ruolo di finanziatore, divenendo soggetto finanziato (*mudarib*), mentre il cliente assume le vesti di finanziatore (*rabb al-*

¹³¹ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

mal)¹³². Ciò permette all'intermediario islamico di svolgere una delle sue principali attività¹³³: la raccolta dei depositi.

Il guadagno del titolare del deposito si sostanzia in una percentuale di partecipazione agli utili della banca predeterminati nel momento della conclusione del contratto¹³⁴. Tale clausola deve essere chiaramente prevista nel momento dell'apertura del conto di investimento, a pena di nullità dell'intera transazione¹³⁵.

Anche in questo ambito, la *mudàraba* può essere *muqayyada* o *mutlaqa*¹³⁶.

Nella prima fattispecie, l'attività di investimento è delimitata in modo specifico e la banca può allocare le risorse del deposito nei limiti del contratto. Nella seconda fattispecie, invece, non vi sono restrizioni: quindi la banca può investire i soldi del depositante in qualsiasi attività di investimento¹³⁷.

La banca islamica, dunque, raccoglie denaro dai conti correnti dei clienti, stipulando un contratto di *mudàraba*. Inoltre, riconosce ai singoli intestatari del deposito una quota di utili, permettendo così da un lato di remunerare il denaro e dall'altro di scongiurare il rischio di *ribà*. In ottica macroeconomica, ciò permette la circolazione di ricchezza e inoltre evita che il capitale dei clienti rimanga escluso da meccanismi che mirino all'aumento di benessere collettivo. Infatti, l'intermediario finanziario islamico utilizza il danaro raccolto, mediante il deposito a termine *mudàraba*, per investire in progetti imprenditoriali di terzi, garantendo il perpetuarsi del ciclo economico.

Osservando con maggior attenzione la fattispecie in esame, il valore nominale del deposito non viene garantito dal depositante e ciò significa che il valore dei depositi può essere compromesso in caso di perdite della banca islamica¹³⁸. In caso di avvenuta perdita, a rispondere sarà il titolare del deposito bancario, cioè il cliente che funge da *rabb al-mal*.

¹³² R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 88 e p. 89.

¹³³ Per maggiori approfondimenti sulle attività e funzioni svolte della banca islamica si rimanda al capitolo IV. È possibile però richiamare in questa sede la disamina condotta in A. CUPRI, *La banca islamica: un'analisi tra struttura e profili di operatività*, in *Rivista di Diritto Bancario*, (IV), 2022, pp. 237-268.

¹³⁴ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70; R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 88 e p. 89.

¹³⁵ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹³⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 122.

¹³⁷ Si veda P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 123.

¹³⁸ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 89.

Ciò è il prodotto dell'inversione delle parti tipiche del contratto di deposito *mudàraba*¹³⁹ in forza della quale si riconosce al cliente il diritto a non sopportare le perdite nel momento in cui la banca islamica abbia tenuto una condotta negligente ovvero abbia violato i termini dell'accordo originario¹⁴⁰. È interessante notare che, nella generalità dei casi, la prevista inversione dell'onere della prova solo apparentemente garantisce il cliente finale poiché questo sarà nei fatti eccessivamente gravato dall'onere di dimostrare la negligenza dell'istituto creditizio partendo da una posizione di sfavore stante la propria minima forza contrattuale.

Volgendo l'attenzione al funzionamento del deposito a termine *mudàraba*, si può osservare che il depositante decide liberamente di aprire un conto di investimento obbligatoriamente vincolato alla realizzazione di un progetto¹⁴¹. La banca è garante che i soldi investiti dal depositante rispettino i principi economici del diritto islamico, in caso contrario, il depositante può recedere unilateralmente dall'accordo. È prassi che la banca islamica sottoscriva con un soggetto terzo un altro contratto di *mudàraba* mediante il quale impiegherà i soldi raccolti dal contratto di deposito a termine, permettendo così che un cliente, totalmente estraneo al contratto di deposito, possa realizzare un progetto, ottenendo copertura finanziaria¹⁴². Alla scadenza del contratto di *mudàraba* stipulato con un terzo, la banca riceverà la quota prefissata di profitti ottenuti dal progetto finanziato e verserà al depositante gli utili previsti nel contratto di deposito.

Gli organismi interni alla banca islamica decidono scrupolosamente la percentuale di utili tenendo conto del ritorno economico per il servizio offerto dalla banca stessa¹⁴³.

Qualora il progetto del *mudàraba* (tra banca e terzo) produca delle perdite, il capitale della banca è ridotto. Grazie alla combinazione di più contratti, però, la banca trasferisce la perdita al depositante, che sopporterà l'intera perdita del capitale depositato, evitando così l'insolvenza¹⁴⁴.

Appare utile effettuare un'analisi comparata tra il deposito bancario a termine islamico e il deposito bancario convenzionale.

Il discrimine tra i due istituti è l'impiego, come forma di remunerazione, del tasso di interesse da parte della banca nel deposito convenzionale; di converso, il deposito

¹³⁹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹⁴⁰ Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 120 e s.

¹⁴¹ Sul punto P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹⁴² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 85.

¹⁴³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 85-86.

¹⁴⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 85-86.

bancario basato sul *mudàraba* utilizza la ripartizione degli utili come forma di remunerazione degli introiti depositati su un conto di investimento¹⁴⁵. Il depositante convenzionale riceve il tasso di interesse pattuito a fronte del solo capitale versato indipendentemente dall'andamento del progetto imprenditoriale¹⁴⁶. Tale profilo è in contrasto con il diritto islamico poiché svincolato dalla riuscita del progetto finanziato poiché, al contrario, il contratto *Shari'ah compliant*, non prevede alcuna remunerazione a priori del capitale.

Per quanto riguarda la remunerazione, all'intermediario convenzionale è sempre garantito un rendimento pari al differenziale d'interesse. Ad esempio, se un depositante di una banca convenzionale investe il proprio capitale con una remunerazione pari al 6%, la banca concederà un finanziamento in cui oltre al capitale (pari alla somma del deposito) applica un tasso di interesse, si supponga pari al 9%. Il guadagno della banca convenzionale risiede nel differenziale dei due tassi di interesse; quindi, nel caso di specie, pari al 3%¹⁴⁷.

In conclusione, i depositi di investimento islamici appaiono particolarmente efficienti sotto la lente dello sviluppo e della stabilità: infatti, il finanziatore valuta i progetti in modo attento, non limitandosi alla mera valutazione della capacità di solvibilità del cliente, ne effettua una attenta analisi prognostica sugli andamenti di mercato, svolgendo una funzione di garanzia della fondatezza del progetto del debitore¹⁴⁸.

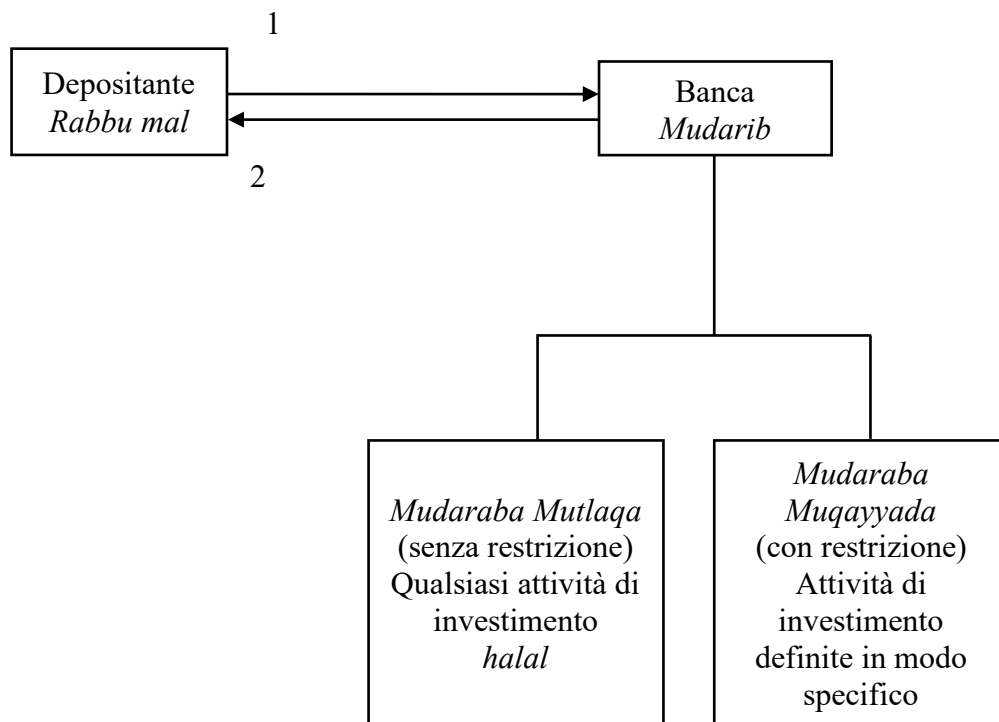
¹⁴⁵ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87. Inoltre, si prenda in esame anche la figura 4 in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 86 in cui l'Autore mette in luce, in modo dettagliato, le differenze tra deposito convenzionale e deposito c.d. islamico anche sotto il profilo rappresentativo.

¹⁴⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87.

¹⁴⁷ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87.

¹⁴⁸ A una conclusione simile è giunto anche P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 87.

Figura n. 4 - Deposito *Mudàraba*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il denaro è depositato sulla base di un deposito *mudaraba*
2. L'eventuale profitto è diviso tra le parti sulla base di una percentuale predeterminata. In caso contrario le perdite verranno assorbite dal depositante

2.2.2. *Takaful e il modello mudàraba*

Il contratto di *mudàraba* può essere posto alla base del funzionamento anche della *takaful*, l'assicurazione *Shari'ah compliant*.

Negli ultimi tre decenni si assiste alla crescente attenzione da parte degli studiosi del diritto islamico nei confronti di questo strumento dovuto anzitutto alla risoluzione n. 9

del 1985¹⁴⁹, che ha dichiarato la *takaful* conforme alla Legge islamica¹⁵⁰, rimarcandone il legittimo uso da parte del musulmano¹⁵¹.

L'assicurazione islamica nasce come forma di mutua assicurazione e cooperazione, strutturandosi come un'unione di individui basata sull'interesse collettivo alla condivisione del rischio assicurato¹⁵². I contratti islamici compatibili con il ramo della *takaful* sono diversi e vengono impiegati sulla base dei bisogni dei clienti; è necessario però che gli operatori facciano un bilanciamento attento tra i vari interessi in gioco: l'esigenza dei singoli contraenti, la finalità della *takaful* e la conformità alle regole dell'Islam¹⁵³. La copertura dell'assicurazione islamica si basa su due principi cardine: il principio solidaristico-mutualistico e l'utilizzo dell'istituto della donazione per i conferimenti di capitale. Quando si richiama il principio solidaristico-mutualistico declinato sull'assicurazione islamica, si fa chiaro riferimento al conseguimento del bene collettivo. Infatti, tutti i soggetti assicurati corrispondono un *quantum* in denaro, cosiddetto premio, con l'obiettivo di far fronte a contingenze future degli assicurati. Infatti, il fine primario della *takaful* è la cooperazione comune di tutti gli assicurati. Ciò avviene tramite donazione: infatti, l'assicurato *takaful* conferisce il premio attraverso il contratto di *tabarru*, ossia attraverso una donazione. Quest'ultimo profilo è una importante differenza con il contratto di assicurazione tradizionale, il quale è un negozio

¹⁴⁹ La risoluzione n. 9 del 1985 rappresenta il prodotto dei lavori dei giurisperiti della *Islamic Fiqh Academy* riuniti a *Jeddah* al fine di vagliare la possibilità di uno strumento di gestione del rischio conforme alla Rivelazione islamica. Inoltre, sul punto, cfr. l'*European Council for Fatwa and Research*, che sostiene che «l'assicurazione commerciale è da considerarsi *haram*, così afferma la maggioranza degli studiosi islamici contemporanei. È risaputo che nella maggior parte dei paesi non Islamici esistano compagnie assicurative basate sulla cooperazione e sulla mutua assistenza. Non c'è danno dal punto di vista della *Shari'ah* a partecipare a questi servizi. Di conseguenza, è vietato per un musulmano che viva dove ci siano compagnie assicurative cooperative stipulare contratti con compagnie assicurative commerciali. Ma, in mancanza di compagnia *halal*, chiunque può sottoscrivere un contratto con compagnie assicurative commerciali purché spinto dalla necessità e purché faccia in misura minima».

¹⁵⁰ Il termine *takaful* deriva dal verbo *kafala* che in questa sede si può rendere in lingua italiana come garantire insieme. Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 199 s.

¹⁵¹ Per maggiori approfondimenti si rimanda *ex multis* a IFSB, IAIS, *Issue in regulation and supervision of Takaful* (Islamic insurance), *issues paper*, 2006; S.A. NAZIM, N. SHARIQ, *Takaful and Islamic Cooperative Finance: Challenges and Opportunities*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016; O.G. SERAP, *Takaful and mutual Insurance: Alternative Approaches to Managing Risk*, World Bank, 2013; H. SHEILA, A. MOHAMED, S. YOUNES, R.Z. HANNA, S. IBRAHIM, *Accounting Auditing and Governance for Takaful Operations*, Wiley, Hoboken, New Jersey, 2012; H. THANASEGARAN, *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia. A comparative perspective*, Springer, New York, 2016.

¹⁵² Cfr. la definizione offerta da ISRA, *Islamic Financial System, Principles&Operations*, Kuala Lumpur, 2013.

¹⁵³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 209 s.

giuridico aleatorio a prestazioni corrispettive. Quindi, ciò che rende lecita l'esistenza della *takaful* è l'assenza di un contratto a prestazioni corrispettive che fa venir meno l'alea di rischio che contrasterebbe con il *ghàrar*. Le scuole giuridiche islamiche, in particolare quella malikita, ritengono che non vi possa essere rischio o incertezza in un contratto a titolo gratuito quale è il *tabarru*. Una corresponsione patrimoniale sotto forma di liberalità non prevede una controprestazione e quindi la *takaful* risulta conforme ai principi economici islamici.

Non essendo questa la sede per un'attenta disamina in materia di assicurazione islamica, ci si concentrerà unicamente sull'applicazione del contratto di *mudàraba* in ambito assicurativo.

La fattispecie contrattuale che sta alla base della *takaful* influenza il modo di gestione e la modalità di remunerazione del gestore. Quattro sono i modelli di *takaful* presenti nel segmento assicurativo islamico¹⁵⁴ e quello maggiormente impiegato è proprio quello che si basa sulla *takaful mudàraba*, caratterizzato da una condivisione e una ripartizione del profitto. In base ai principi che animano il funzionamento del contratto di *mudàraba*, l'operatore *takaful* ha il diritto a una quota di utili del fondo, inoltre, esso ha diritto a una quota predeterminata di profitto derivante dall'attività di investimento. Ne consegue che l'operatore *takaful* si comporta giuridicamente come un imprenditore – *mudarib* – ricevendo un gettito in denaro: i contributi *takaful*¹⁵⁵.

Nel modello *mudàraba*, i partecipanti al fondo rappresentano i finanziatori e conferiscono il capitale, sopportando il rischio che ne deriva¹⁵⁶. Il gestore è l'unico deputato alla conduzione degli affari e non investe nulla in termini di capitale. Il contratto specifica come deve essere diviso il profitto risultato dell'operazione degli investimenti tra il fondo e il cliente¹⁵⁷. Le perdite che il fondo sopporta rimangono di titolarità di ogni partecipante al fondo, salvo colpa grave ovvero *ultra vires* rispetto al mandato¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 212 ss.

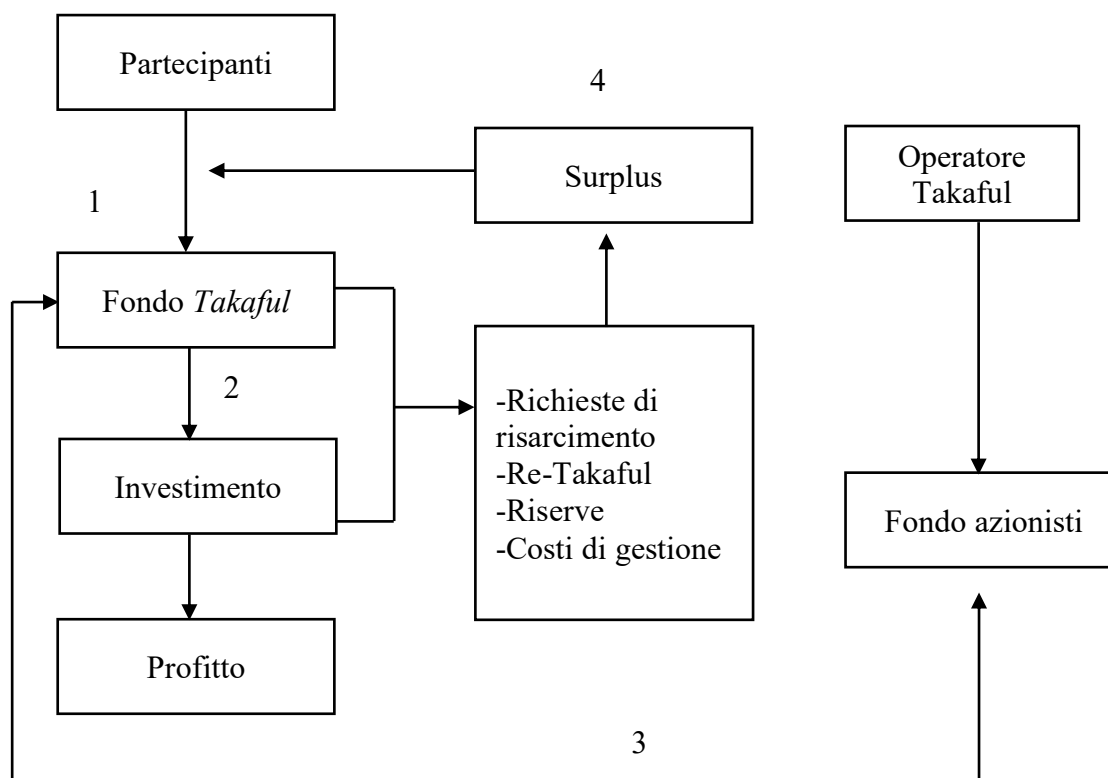
¹⁵⁵ Anche detti premi nella prassi assicurativa occidentale.

¹⁵⁶ F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 44.

¹⁵⁷ F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 44.

¹⁵⁸ F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 44. In aggiunta, in merito alla divisione del profitto ottenuto si richiama la teorizzazione contenuta in A. MORTUZA, *Basis and models of Takaful: the need for Ijtihad*, ICMIF series of Takaful articles, n. 3, January 2006.

Figura n. 5 - *Takaful* modello *mudàraba*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Le parti corrispondono dei conferimenti in capitale al fondo *takaful*
2. Il fondo verrà impiegato in attività di investimento conforme alla *Shari'ah*
3. Il profitto verrà suddiviso tra i partecipanti sulla base dell'accordo pattuito
4. Al termine dell'anno solare, l'eventuale capitale in eccesso verrà ripartito tra i partecipanti al fondo *takaful*

3. *Mushàraka* e *mudàraba* a confronto nella prassi operativa

Un'analisi che voglia mettere in risalto le peculiarità proprie dell'ordinamento bancario islamico non può non avvalersi dello strumento della comparazione per mettere in risalto le caratteristiche proprie delle singole fattispecie offerte sul mercato *Shari'ah compliant*. In particolare, la *mushàraka* e la *mudàraba*, analizzati con il metodo della comparazione, permettono di evidenziare similitudini e differenze, mettendo altresì in luce la forma contrattuale maggiormente partecipativa.

Sotto il profilo del conferimento del capitale nella *mushàraka* tutte le parti effettuano conferimenti, mentre nella *mudàraba* il capitale è apportato solamente dalla

banca islamica. La gestione del progetto è prerogativa nella *mushàraka* di tutti gli attori della transazione e tutti possono collaborare, apportando lavoro all'interno della società; di converso, nell'altra fattispecie ciò non è possibile in quanto la banca islamica è estromessa dalla gestione dell'attività oggetto del contratto. Il tema delle perdite è un profilo in cui si intravede uno sbilanciamento tra i contraenti: infatti, nel caso di *mudàraba* la banca sopporta le eventuali perdite per intero, nella *mushàraka* sono condivise pro quota tra tutti i contraenti. Ne consegue che tra i due contratti la *mushàraka* è il più partecipativo perché vi è il maggior impiego di condivisione di perdite e di profitti.

Tabella n. 1 - Comparazione tra il contratto di *mushàraka* e il contratto di *mudàraba*

| | MUSHARAKA | MUDARABA |
|--|---|---|
| Titolarità della gestione | Ogni parte del contratto ha diritto di partecipazione alla gestione dell'impresa e il diritto a prestare attività lavorativa | Solo il soggetto ideatore del progetto d'impresa ha il diritto di gestire l'attività, rimanendo così esclusa la parte che conferisce il capitale (la banca) |
| Conferimento di capitale | Ogni contraente ha l'obbligo di versare una quota di capitale sociale per la realizzazione dell'oggetto del contratto sottoscritto | La banca islamica è l'unico soggetto che apporta il capitale sociale per la realizzazione del progetto d'impresa |
| Divisione degli utili | I profitti e gli utili prodotto dell'attività di impresa devono essere ripartiti (anche) periodicamente | I profitti e gli utili generati dall'attività di impresa devono essere (ri)distribuiti unicamente alla scadenza |
| Distribuzione delle perdite | Le perdite devono essere ripartite sulla base dei conferimenti pro quota | Le perdite sono a carico del soggetto finanziatore, salvo colpa grave della parte finanziata |
| Titolarità della proprietà dei beni oggetto del contratto | Tutti i contraenti sono proprietari dei beni oggetto del contratto in proporzione alla quota di capitale conferita. Inoltre, ogni <i>partner</i> economico risente di (eventuali) rivalutazioni sui beni prodotte dai flussi di mercato | Solo la banca islamica o più in generale il soggetto finanziatore ha la titolarità della proprietà dei beni oggetto della transazione |

| | | |
|---|--|------------------------------------|
| Forma societaria similare nel sistema giuridico italiano | Società semplice ovvero <i>Joint Venture</i> | Società in accomandita semplice |
|---|--|------------------------------------|

Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

Al netto delle considerazioni svolte, si può affermare che il contratto partecipativo della *mudàraba* rappresenta un istituto che presenta molti più rischi per la banca islamica rispetto alla *mushàraka*, poiché nel primo caso l'intermediario consegna una porzione del proprio capitale affinché il cliente possa intraprendere un'attività e ne sarà responsabile in caso di perdita nel solo caso di colpa grave. Si è in presenza di un rischio asimmetrico e sbilanciato in sfavore dell'intermediario finanziario¹⁵⁹.

4. I contratti non partecipativi

I contratti non partecipativi sono caratterizzati da una struttura che non impiega il principio del *Profit and Loss Sharing*, rimanendo comunque parimenti assente il ricorso al tasso di interesse.

Al fine di comprendere appieno le funzioni di un intermediario islamico e al fine di inquadrare al meglio le singole fattispecie contrattuali non partecipative è possibile sottolineare come nei contratti non partecipativi la banca islamica abbia un ruolo di fornitore di beni (o servizi) più che di operatore finanziario teso alla gestione di prodotti finanziari. La banca, dunque, ricopre un ruolo strumentale alle necessità del cliente con il fine primario di soddisfare il suo bisogno creditizio.

Si è soliti suddividere la categoria dei contratti non partecipativi in due categorie strettamente connesse al tipo di finanziamento: infatti, laddove tale finanziamento è legato al capitale circolante si impiegheranno il *muraba* e il *salam*, mentre se il finanziamento è legato al capitale fisso si utilizzeranno i contratti di *ijara* e *istisna*.

4.1. (Segue) Il muraba e il salam quali strumenti per il finanziamento del capitale circolante

¹⁵⁹ Un confronto tra i due contratti partecipativi presi in esame in corpo del testo è stato svolto anche da P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 91 s.

Il contratto di *muraba* è la fattispecie utilizzata nelle operazioni bancarie per il finanziamento del capitale circolante¹⁶⁰.

Il nome completo in lingua araba è *bay al-murabaha li- 'l-amir bi- 'll-sira* che letteralmente significa «vendita a profitto fisso a colui che ha ordinato l'acquisto», racchiudendo così la sua stessa definizione. Infatti, il contratto di *muraba* prevede la rivendita di un bene acquistato per volontà di un terzo con patto di *ribh*, un accordo di profitto per il venditore (la banca) aumentato rispetto al prezzo iniziale. Tale profitto può essere corrisposto attraverso il differimento del pagamento in un'unica soluzione oppure a rate periodiche¹⁶¹. La modalità di pagamento permette di distinguere il contratto di *muraba* in due diverse sottocategorie: quando il cliente versa il corrispettivo in un'unica soluzione si parla di *bay al-murabaha*, mentre se il corrispettivo è rateizzato, il contratto prende il nome di *bay al-mu'aggal*¹⁶².

Il contratto di *muraba* è impiegato per operazioni assimilabili a forme convenzionali come il credito di fornitura e il credito al consumo. Il cliente solitamente ricorre alla *muraba* per necessità di provvista di magazzino, di materie prime, di semilavorati¹⁶³. Tale fattispecie è impiegata per operazioni a medio termine come l'acquisto di un immobile ovvero per l'acquisto di attrezzature. Tale fattispecie contrattuale non si presta però per operazioni finanziarie più complesse come per progetti in corso d'opera¹⁶⁴.

In particolare, le parti giuridicamente coinvolte nel contratto di *muraba* sono il cliente, il venditore del bene ed infine la banca islamica. L'operazione contrattuale necessita inevitabilmente di tre parti ove il cliente è il compratore finale del bene, il

¹⁶⁰ Il contratto del *muraba* è lo strumento più utilizzato nel comparto del sistema finanziario islamico soprattutto come negozio giuridico per erogare credito alle imprese. Si rinvia, oltre ai contributi già citati, a G.M. PICCINELLI, *La convenzione di credito per il commercio estero della Banca Islamica per lo Sviluppo*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1990, p. 913 e ss.; S.A. MEENAI, *The Islamic Development Bank*, cit., p. 97 e ss.; Y. AL-QIRDAWI, *Bay al-murabahah li-l-amir bi-l-sira' kama tagrihi al-masarif al-islamiyya*, Abidin, 1987.

¹⁶¹ In aggiunta a quanto detto nel testo è possibile sottolineare come il contratto di *muraba* dal punto di vista etimologico possieda la medesima radice (*r b h*) del termine *ribh* il quale solitamente indica, nella prassi commerciale islamica, l'aumento del prezzo di un bene rispetto al costo iniziale a opera di un venditore. Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 144; J. SCHACHT, *Introduzione*, cit., p. 160 s.; A. D'EMILIA, *Elementi costitutivi della compravendita secondo i vigenti codici di alcuni paesi arabi*, in *Annuario di Diritto comparato e Studi Legislativi*, 1956, pp. 1-38.

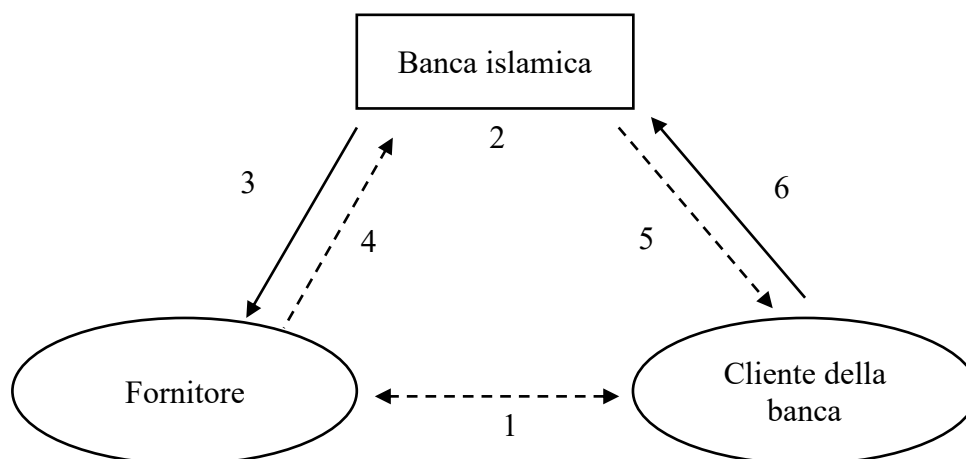
¹⁶² G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 146.

¹⁶³ Cfr., sul punto, S. TIMEWELL, *The pragmatists unite*, in *The Banker*, 1992, p. 60 e ss.; M. PARKER, *Why western banks are interested in morabahas*, in *Arab Banker*, 1995, p. 24 s.

¹⁶⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 94.

venditore è colui che aliena il bene alla banca, la quale assume una doppia veste: quella di acquirente nei confronti del fornitore e allo stesso tempo di alienante nei confronti del suo cliente¹⁶⁵.

Figura n. 6 - Contratto di *muraba*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente si accorda con il fornitore per comperare un determinato bene definendo il prezzo
2. Il cliente e la banca islamica stipulano un contratto di *muraba* in cui sono stabiliti il prezzo per l'acquisto del bene dal fornitore e il *mark up* della banca

È possibile quindi osservare che il contratto di *muraba* prevede una doppia operazione contrattuale, in particolare una doppia vendita: la prima tra fornitore del bene e banca islamica e la seconda tra banca e cliente. La banca però cede a quest'ultimo il potere di trattativa, concordando il prezzo con il fornitore, a cui verrà corrisposto il prezzo dalla banca.

La parte che richiede l'acquisto del bene riceve un mandato scritto da parte della banca per adoperarsi nella scelta del bene, nonostante la titolarità della proprietà sarà riconosciuta, in un primo momento, alla banca¹⁶⁶. Successivamente, una volta che il bene

¹⁶⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 148. L'Autore definisce il contratto di *muraba* come «una struttura trilaterale attraverso la quale il tradizionale mutuo è sostituito da due contratti di vendita».

¹⁶⁶ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 145.

sarà di proprietà dell'intermediario bancario verrà trasferito al cliente sulla base di un prezzo maggiorato, cosiddetto *mark-up* oppure *cost-plus*, preventivamente determinato nel contratto originario in modo da rifuggire da potenziali controversie tra le parti e per evitare inoltre gli effetti giuridici del *ghàrar*¹⁶⁷.

In aggiunta a quanto detto, sotto il profilo della titolarità della proprietà del bene, il cliente diviene proprietario nel momento del versamento dell'ultima rata pattuita nel contratto di *muraba* e sino ad allora il titolare del bene rimane la banca islamica, nonostante il cliente sia il possessore del medesimo bene¹⁶⁸.

In un'ottica di teoria generale del diritto, tale operazione si sostanzia in una doppia vendita, garantendo la soddisfazione degli interessi delle parti non da ultimo quello religioso. Infatti, nel contratto di *muraba* non viene impiegata nessuna forma di tasso di interesse per remunerare l'intermediario: il profitto è generato dal prezzo marginale pagato dal cliente¹⁶⁹.

Ciò è pienamente conforme ai principi previsti dal diritto islamico dei contratti nonostante non siano mancate voci di segno opposto. Le argomentazioni sulla contrarietà alla legge islamica fanno leva non tanto sulla struttura utilizzata, bensì sul ritorno economico della banca, *i.e.* il margine di profitto¹⁷⁰. Tale situazione di *impasse* è stata superata da alcuni giuristi islamici, i quali hanno affermato che non si è in presenza di un tasso di interesse che comporterebbe la nullità dell'intera transazione contrattuale¹⁷¹, dal momento che l'intermediario non riceve il margine di profitto indipendentemente dall'acquisto del bene oggetto del contratto di *muraba*. Infatti, il *muraba* si sostanzia nella vendita di un bene reale a un prezzo maggiore rispetto a quello corrente rappresentante una somma fissa di profitto per l'operato svolto dalla banca.

È possibile sostenere la liceità del contratto in esame anche cambiando punto di osservazione, richiamando la concezione islamica di ricchezza. In base a questa, ogni persona fisica (ovvero giuridica) può ricevere un ritorno in denaro purché sia il prodotto di un'attività lavorativa¹⁷². In specie, nel caso del *muraba*, la banca svolge un'attività di

¹⁶⁷ Cfr., sul punto, il paragrafo 3 in materia di *ghàrar*, mentre per cogliere come tale principio operi in materia di contratti islamici partecipativi si rimanda ai paragrafi 2 e ss. di questo capitolo.

¹⁶⁸ Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 145.

¹⁶⁹ Come si evince anche dalla figura n. 6.

¹⁷⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 95; M. AYUB, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley, Chichester, 2007, p. 20 ss.

¹⁷¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 95.

¹⁷² Sul punto si rimanda al paragrafo 1 e al sottoparagrafo 1.1. del capitolo II di questo contributo.

vero e proprio intermediario, mettendo a disposizione una serie di servizi e permettendo altresì il soddisfacimento di un bisogno creditizio del cliente.

È possibile spostare l'attenzione sulle principali condizioni di validità di un contratto di *muraba*. In prima battuta, il prezzo di acquisto da parte della banca deve essere inserito in un'apposita clausola stilata in modo chiaro, preciso e inequivocabile¹⁷³, aggiungendo, se necessario, i costi di trasporto, i costi di imballaggio, i costi di deposito, i dazi doganali, etc. Tali spese sono considerate aggiuntive e sul punto la dottrina islamica non è concorde nel ritenere che qualsiasi spesa possa essere aggiunta al prezzo finale che pagherà il cliente perché alcuni costi dovrebbero essere già inclusi all'interno del margine di profitto che incasserà la banca. Più nel dettaglio, la scuola giuridica malichita individua all'interno della voce spese due differenti profili¹⁷⁴. Una prima categoria riguarda le spese strettamente legate al bene richiesto dal cliente, che devono confluire nel calcolo del *mark-up*¹⁷⁵. I costi che la banca sostiene non adoperandosi personalmente, ma mediante mezzi aggiuntivi, non possono rientrare nel calcolo del profitto e di conseguenza non sono costi imputabili al cliente¹⁷⁶. Appare dunque chiara la *ratio*: il cliente non può farsi carico di costi cosiddetti intermedi perché la banca, per ragioni proprie, non si è adoperata affinché le operazioni non diventassero più onerose di quanto strettamente necessario¹⁷⁷. L'impostazione della scuola giuridica malichita appena descritta non trova pieno accoglimento presso le altre scuole islamiche: infatti, per le scuole sciafiita, hanafita e hanbalita tutte le spese possono essere inserite nel conteggio purché siano specificamente accettate dall'acquirente¹⁷⁸.

¹⁷³ P. BIANCONI, *La banca islamica*, cit., p. 96. L'Autore ritiene che i contraenti debbano dichiarare che «questo articolo mi è costato x» e non «io ho acquistato questo articolo al prezzo x» in modo da scongiurare pericoli di affermazioni non veritiere che non tengano conto delle spese aggiuntive. Tale impostazione è così voluta nel rispetto del principio del *ghàrar* volto a evitare una forma, seppur in buona fede, di asimmetria informativa delle parti che porterebbe il cliente a sopportare il pagamento più alto di quello che si sarebbe aspettato. In altri termini, il *drafting* della clausola avente a oggetto il prezzo del bene svolge un'utilità con riguardo alla tutela del contraente debole, *i.e.* il cliente.

¹⁷⁴ Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 153.

¹⁷⁵ Cfr. G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 153.

¹⁷⁶ Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 153 s.

¹⁷⁷ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo al sistema sciafiita*, cit., p. 158.

¹⁷⁸ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 154.

Con riguardo invece al bene oggetto del contratto di *muraba* valgono le regole sui beni leciti e illeciti¹⁷⁹ con l'aggiunta che il bene deve essere reale, anche se non obbligatoriamente tangibile¹⁸⁰.

Sotto il profilo delle condizioni della validità del contratto, il margine di profitto deve essere pattuito in modo chiaro nel momento della stipula del contratto, in caso contrario il contratto potrà essere rescisso unilateralmente¹⁸¹.

In ultima battuta, nel contratto di *muraba* la banca non ricopre un ruolo partecipativo, alla stregua dei contratti *mushàraka* e *mudàraba*, nella ripartizione delle perdite e dei profitti, nonostante la banca abbia un ruolo di intermediazione di primaria importanza.

Attraverso il meccanismo della doppia vendita, il contratto di *muraba* riesce a superare le difficoltà di compatibilità dei contratti di mutuo impiegati nei sistemi giuridici convenzionali con il diritto islamico. È indubbio che l'adattamento del contratto di vendita con l'aggiunta di un profitto (*muraba*) miri a produrre i medesimi risultati di un tipico contratto di mutuo convenzionale¹⁸². La capacità di tenere insieme le esigenze creditizie contemporanee senza trascurare i principi economici della Rivelazione, tenere insieme il sacro e il profano, è un elemento importante nel contratto di *muraba*.

Volgendo invece l'attenzione al contratto non partecipativo *salam*, noto anche come *bai salam*, è possibile definirlo come una compravendita conclusa tra un acquirente (*rabb al-salam*) e un venditore (*al-muslim ilaih*)¹⁸³ che prevede una vendita immediata di una quantità determinata di beni fungibili con pagamento immediato del prezzo ma con consegna differita nel tempo¹⁸⁴. In particolare, per quanto riguarda il tempo di consegna del bene rispetto alla conclusione del contratto le scuole giuridiche islamiche hanno opinioni contrastanti tra loro. È bene sottolineare che il Profeta Maometto avrebbe detto «Chiunque desidera concludere un contratto *salam* deve specificare la misura, il peso e la data di consegna». La scuola hambalita e la scuola hanafita ritengono che il termine di

¹⁷⁹ Si rimanda alla disamina sul binomio *halal vs haram* del precedente capitolo.

¹⁸⁰ Esempi di beni intangibili sono la *royalty*, il brevetto ovvero il diritto d'autore. Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 96.

¹⁸¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 96.

¹⁸² G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto giuridico non islamico*, cit., p. 151.

¹⁸³ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80. L'Autore sottolinea come le parti contrattuali della fattispecie in esame possono essere anche chiamate *salam short* riferito al venditore e *salam long* riferito invece all'acquirente.

¹⁸⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 97; T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79 s.

consegna del bene oggetto del contratto non debba essere mai inferiore a un mese, mentre la scuola malikita fissa il termine a quindici giorni. Invece, la scuola shafita sostiene che non vi sia un termine previsto in nessuna prescrizione religiosa ed è dunque compito delle parti stabilire *ex ante* un termine appropriato per la consegna dei beni. Minimo comune denominatore delle varie posizioni assunte dalle scuole islamiche è il ragionevole tempo di produzione riconosciuto in capo all'impresa, che non può essere troppo stringente al punto da indurre l'impresa all'inadempimento contrattuale, in contrasto con il principio di solidarietà tra musulmani¹⁸⁵.

All'interno del sistema finanziario islamico, manca un contratto di vendita di cosa futura a causa delle prescrizioni religiose che vietano l'alea contrattuale. Per questa ragione è stato ideato il contratto di *salam* in cui la banca islamica ricopre il ruolo di mero acquirente di prodotti inesistenti al momento della stipula dell'accordo ma che verranno prodotti in un lasso di tempo determinato¹⁸⁶.

È necessario sottolineare come tale forma di contratto assuma un ruolo di primo piano nell'economia locale di una determinata zona poiché le imprese di piccole dimensioni spesso non dispongono di ingenti capitali da impiegare per la produzione di beni¹⁸⁷. Per questa ragione, il sistema finanziario islamico permette alla banca islamica di intervenire offrendo all'impresa i fondi necessari per la realizzazione di beni standardizzati, accettando una dilazione della consegna.

Le fattispecie contrattuali non partecipative *Shari'ah compliant* sono incentrate sul ruolo della banca, la quale offrendo un servizio vanta una legittima pretesa di profitto¹⁸⁸. Nel caso di specie, il profitto della banca è pari alla differenza tra il prezzo di acquisto e quello di vendita del bene oggetto del contratto¹⁸⁹. Più nel dettaglio, la banca islamica mette a disposizione dei fondi immediatamente a chi agisce in nome e per conto di un'impresa, quest'ultima però vende i beni (futuri) a un prezzo più basso rispetto a quello corrente sul mercato, garantendo così il profitto della banca¹⁹⁰.

¹⁸⁵ Sul punto, cfr., nota 51 in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁸⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 97.

¹⁸⁷ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 97.

¹⁸⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 98.

¹⁸⁹ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁹⁰ Sul punto si rimanda al Capitolo II del presente elaborato.

Il contratto di *salam* può apparire a prima vista contrario ai principi del sistema finanziario islamico in quanto potrebbe apparire in contrasto con il principio di *ghàrar*¹⁹¹. L'oggetto del *salam*, infatti, è un bene fungibile non ancora esistente sul mercato e ciò potrebbe configurare un'alea di incertezza¹⁹². La dottrina islamica ha quindi enucleato e predisposto una serie di criteri che i contraenti sono obbligati a adottare stipulando il *salam*. Anzitutto, la banca islamica deve pagare il prezzo dei beni nel preciso momento della conclusione del contratto¹⁹³. Sul punto, si è profilato il problema di un accordo di *salam* in cui la banca volesse corrispondere il pagamento con rate periodiche. Si è ritenuto che i contraenti debbano concludere tanti contratti di *salam* quante sarebbero le singole rate di pagamento, al fine di circoscrivere quanto più possibile il potenziale rischio di decremento dei prezzi dei beni oggetto del contratto di *salam*¹⁹⁴.

Oggetto del contratto devono essere beni fungibili, standardizzati, in modo che siano facilmente vendibili¹⁹⁵. Ne consegue che il contratto di *salam* non si presta a compravendite aventi a oggetto beni di consumo come macchinari, terreni ovvero locali commerciali proprio perché il bene deve essere di facile diffusione sul mercato¹⁹⁶.

Con riguardo sempre ai beni che possono essere oggetto di *salam*, è questione controversa se il bene fungibile debba già esistere sul mercato. La prassi bancaria evidenzia come oggetto di *salam* non possano essere nuovi beni, invenzioni, oggetti innovativi, etc. in quanto ciò contrasterebbe con la funzione stessa del contratto. Le scuole giuridiche però sul punto non hanno un parere unanime: in particolare, la scuola hanafita sostiene che il bene deve essere già presente sul mercato e tale condizione è necessaria come condizione di validità del contratto¹⁹⁷. Di converso, le altre scuole giuridiche non

¹⁹¹ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁹² Sono esclusi dal novero dei beni fungibili, alcuni beni specifici come alberi e pietre preziose. Inoltre, non possono costituire oggetto di *salam* l'oro, l'argento e la moneta (anche cartacea). Si veda sul punto P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 99.

¹⁹³ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁹⁴ M.T. USMANI, *An Introduction*, cit., p. 134.

¹⁹⁵ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁹⁶ D. VICARY ABDULLAH; K. CHEE, *Islamic Finance. Why it makes sense*, Singapore, 2010, pp. 192-193.

¹⁹⁷ Cfr. la nota 53 in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

ritengono che la regola hanafita debba avere rilievo al punto da essere considerata *condicio sine qua non* per la validità del sinallagma contrattuale¹⁹⁸.

Per quanto riguarda invece la conformità del contratto di *salam* alla *Shari'ah* è possibile affermare che nessuna scuola giuridica ha mai messo in dubbio la sua validità contrattuale¹⁹⁹; le criticità ruotano attorno alle condizioni circa l'esercizio e la modulazione dell'autonomia privata delle parti²⁰⁰.

Un altro profilo che merita di essere approfondito riguarda il profitto che la banca realizza per il servizio offerto: esso è dato dalla differenza tra il prezzo pagato al venditore e quello richiesto sul mercato²⁰¹. La prassi finanziaria islamica ha escogitato un meccanismo al fine di circoscrivere, quanto più possibile, il rischio di un mancato profitto della banca dovuto a possibili diminuzioni di prezzo determinate da flussi di mercato sfavorevoli²⁰². Il meccanismo, sostenuto anche da alcune *fatawa*²⁰³, si sostanzia in operazioni di *salam* cosiddetto parallelo, anche noto come *salam muwazi*: nel momento della conclusione del contratto con il cliente la banca può vendere a terzi il bene futuro che verrà prodotto con un altro contratto di *salam*.

Si è messo in luce come le scuole giuridiche islamiche preferiscano che la banca alieni i beni a terzi dopo l'avvenuta consegna da parte dell'impresa finanziata²⁰⁴. Dal punto di vista operativo, la procedura del *salam* parallelo si sostanzia come segue: la

¹⁹⁸ Cfr. la nota 53 in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 80.

¹⁹⁹ Riprova di ciò è il tentativo, a opera di alcuni giuristi, di ideare nuove forme di strumenti finanziari sulla base del contratto di *salam*. Così P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 99.

²⁰⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 99. Più nel dettaglio, il Profeta Maometto, di fronte all'usanza da parte dei musulmani di pagare in anticipo il prezzo dei datteri che sarebbero venuti ad esistenza in uno o due anni, così si era espresso «Chi versa denaro in anticipo per i frutti deve pagare per una qualità conosciuta, per una misura e peso specifico». È lo stesso Profeta a legittimare il contratto di *salam* a più riprese in diversi *hadith*. Cfr. W. ZUHAYLI, *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, Dar al Fikr, Damasco, 2003.

²⁰¹ Vedi *supra*.

²⁰² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 98; T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 81.

²⁰³ Sul punto si veda la *fatwa* emessa dallo *Shari'ah board* di Al-Rajhi Investement Corporation. Inoltre, si veda anche T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 81. Non sono mancate voci però di segno contrario: alcuni *Shari'ah boards* sostengono che tale pratica, seppur non considerata invalida, non deve rappresentare uno strumento abituale in uso nel commercio. Sul punto, si veda T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 81.

²⁰⁴ Lo scollamento tra teoria e prassi è emerso già in materia di principi giuridico-economici in relazione alle regole coraniche e la loro effettiva portata applicativa nella prassi commerciale. Si veda il Capitolo II del presente elaborato.

banca acquirente conclude un contratto di *salam* con il venditore-cliente corrispondendo il prezzo pattuito; nello stesso momento la banca assume il ruolo di venditore sottoscrivendo un altro contratto di *salam* con un terzo, c.d. acquirente finale, che paga alla banca il prezzo finale. Nel momento in cui il venditore riceve il bene lo consegna all'acquirente finale²⁰⁵. Tale operazione necessita che i due contratti di *salam* rimangano distinti e autonomi, al fine di evitare che possibili profili patologici di una transazione si riversino sull'altra²⁰⁶.

Di fatto, l'utilizzo del contratto di *salam* è in forte diminuzione in favore del contratto di *muraba*, il quale soddisfa le medesime esigenze, evitando però una serie di criticità con specifico riguardo la consegna del bene.

Nonostante la domanda decrescente, tale contratto è spesso inserito all'interno dell'offerta delle banche islamiche, anche se per aumentare il margine di profitto, l'intermediario dovrebbe avere risorse umane esperte di *commodity*. Ciò permetterebbe soprattutto alle piccole imprese di aver accesso al mercato delle esportazioni in quanto avrebbero un anticipo di tesoreria senza il quale le esportazioni sono loro precluse²⁰⁷.

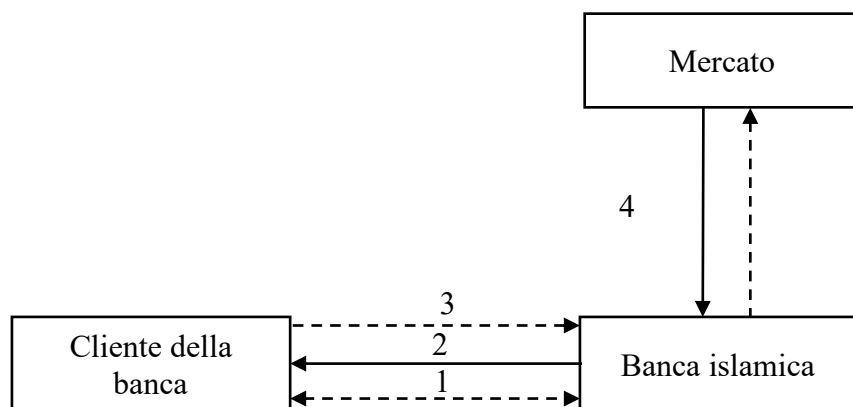
In ultima battuta, il contratto di *salam* permette di disgiungere l'oggetto del contratto e il bene che funge da rimborso, permettendo di realizzare gli stessi fini di un contratto di finanziamento convenzionale. Anche questa fattispecie contrattuale, in un'ottica di comparazione, persegue finalità analoghe a quelle previste dal sistema convenzionale nonostante il meccanismo elaborato alla luce del diritto religioso presenti delle caratteristiche uniche nel panorama bancario globale.

²⁰⁵ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 81; M.T. USMANI, *An Introduction*, cit., p. 134.

²⁰⁶ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 81.

²⁰⁷ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 100.

Figura n. 7 - Contratto di *salam*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente e la banca islamica stipulano un contratto di *salam* in cui il primo vende delle merci con consegna differita
2. La banca islamica corrisponde subito il prezzo della merce
3. Il cliente consegna la merce nel termine previsto
4. La banca islamica vende sul mercato la merce e la differenza di prezzo rappresenta il suo margine di profitto per il servizio offerto

4.2. L'*ijara* quale strumento per il mercato di finanziamento del capitale fisso

Nel novero dei contratti non partecipativi trova spazio l'*ijara* che rappresenta un contratto traslativo non già del diritto di proprietà, bensì del diritto alla fruizione di un determinato bene. Tale fattispecie è stata assimilata a forme contrattuali convenzionali come il contratto di costituzione di usufrutto oppure il *leasing* operativo. In particolare, tale fattispecie contrattuale è impiegata affinché un soggetto possa entrare in possesso di un bene per un tempo circoscritto al fine di trarne legittimamente un profitto²⁰⁸. Già la stessa etimologia della parola *ijara* permette di intravederne la portata applicativa: infatti, il termine deriva dal lemma *al-ajr* che indica il corrispettivo per il godimento di uno specifico bene²⁰⁹.

Nel contratto di *ijara*, il concedente, detto in lingua araba *mu'jir*, offre un bene in godimento a un soggetto detto utilizzatore, *musta'jir*, che paga un canone periodico detto

²⁰⁸ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 77 s.

²⁰⁹ Cfr., sul punto, la nota 44 in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 77.

*ujrah*²¹⁰. Esso deve obbligatoriamente essere concordato dalle parti nel momento della conclusione della transazione e può anche essere accordata una modulazione nel tempo del canone, secondo dei periodi espressamente indicati. Laddove non fosse stabilito in modo chiaro un canone ovvero non fosse possibile ricavarlo attraverso un rimando a listini di prezzi (o calmieri), l'intera transazione è da ritenersi nulla per contrarietà al principio di *ghàrar*²¹¹.

Ancora una volta l'ordinamento islamico predilige la chiarezza delle clausole contrattuali in un più ampio disegno di trasparenza nelle transazioni al fine di prevenire controversie. Più nel dettaglio, gli aspetti marcatamente economici possono potenzialmente creare delle tensioni tra i consociati al punto da indurre a inutili conflitti tra gli appartenenti alla comunità islamica, minando così di fatto la fratellanza tra fedeli²¹². Per queste ragioni, in materia di canone le banche sono ricorse a vere e proprie tabelle²¹³, che tengono in considerazione la capacità di resa economica dell'imprenditore (l'utilizzatore del bene) in base al settore in cui opera²¹⁴. Però, il diritto islamico, allo stesso modo del diritto civile italiano²¹⁵, in caso di inadempimento nel pagamento del canone, prevede una soluzione che libera il concedente da ogni obbligo nei confronti dell'utilizzatore. È prevista, infatti, la facoltà di recesso del concedente da cui deriva altresì l'obbligo dell'utilizzatore inadempiente di restituzione del bene²¹⁶, in ossequio al principio generale per cui il sinallagma contrattuale viene meno quando una delle parti

²¹⁰ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 78.

²¹¹ Si veda il capitolo 2 di questo elaborato.

²¹² Cfr., sul punto, il paragrafo 1 del Capitolo II.

²¹³ È bene sottolineare come i singoli intermediari islamici non operino senza tenere conto degli altri istituti; infatti, il segmento finanziario islamico tiene in considerazione gli orientamenti presi dalle infrastrutture islamiche al fine di garantire un certo grado di omogeneità sul segmento di mercato *Shari'ah compliant*. Per una trattazione maggiormente dettagliata in materia di infrastruttura islamica si rimanda al capitolo 4 sezione II del presente elaborato.

²¹⁴ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 156.

²¹⁵ In materia di inadempimento contrattuale nel diritto italiano la dottrina è vastissima. *Ex multis* si veda M. AMBROSOLI, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 2012; B. SIRGIOVANNI, *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, Milano, CEDAM, 2019; M. PALADINI, *L'atto unilaterale e di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013; P. TRIMARCHI, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè, 2010; M. ROSSETTI, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 2012.

²¹⁶ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

non rispetta i patti assunti²¹⁷. In sintesi, il canone è il corrispettivo che il proprietario del bene riceve per offrire una opportunità di vantaggio economico a un altro fedele, privandosi per un determinato periodo dell'utilizzazione sostanziale di un proprio bene. Il diritto islamico però è attento affinché una delle parti non possa abusare giuridicamente dell'opportunità offerta e questo comporta che al concedente vengano riconosciuti strumenti giurisdizionali volti a mantenere e salvaguardare l'equilibrio fra i contraenti.

Per quanto riguarda invece il bene oggetto dell'*ijara*, si può sottolineare come lo stesso bene possa essere oggetto del medesimo contratto per più volte dalle stesse parti contraenti e debba avere un valore d'uso²¹⁸. Inoltre, il bene non deve essere deperibile²¹⁹, quindi sono esclusi gli alimenti, i carburanti e lo stesso denaro²²⁰.

Il contratto di *ijara* è stato affiancato ad altre forme contrattuali al fine di soddisfare al meglio gli interessi delle parti. Infatti, volgendo lo sguardo alla prassi contrattuale attuale, è possibile osservare una forma di declinazione di *ijara* denominata *ijara wa iqtinà*²²¹. Tale declinazione è assimilabile per forma, sostanza e finalità al *leasing* convenzionale²²². Più specificamente, tale forma contrattuale permette all'utilizzatore del bene di divenirne proprietario alla scadenza a un prezzo pattuito nel momento della conclusione del contratto. In aggiunta, tale fattispecie permette alla parte che utilizza il bene di goderne in modo temporaneo senza privarsene alla scadenza, divenendone proprietario previo pagamento di un corrispettivo espressamente stabilito alla stipula del contratto.

Anche l'*ijara* potrebbe sembrare in contrasto con i principi e le regole del diritto islamico, poiché potrebbe creare una situazione di incertezza legata alla vendita futura di

²¹⁷ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²¹⁸ Con valore d'uso si è soliti indicare la capacità di un determinato bene di essere quantificabile in valore di scambio nonché la capacità del bene di soddisfare un bisogno di un soggetto economico attraverso il suo utilizzo. In aggiunta, è possibile dire che il valore d'uso rappresenta la quantità di moneta che un soggetto è disposto a pagare per il diretto utilizzo del bene.

²¹⁹ M.T. USMANI, *An Introduction*, cit., p. 129; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 32; T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79; G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 156.

²²⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 100-101.

²²¹ La denominazione può cambiare in base al territorio e alla banca islamica. Cfr., sul punto, nota 47 T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²²² T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 155 e ss.

un bene²²³. Per evitare che tale negozio giuridico fosse dichiarato illecito, vari studiosi si sono interrogati sulle necessarie condizioni di validità²²⁴. Il contratto di *ijara*, perciò, non deve avere come *ratio* la vendita del bene alla scadenza del periodo di godimento; è preferibile optare per una promessa espressa fatta unilateralmente dall'utilizzatore affiancando al contratto un'opzione²²⁵. Affinché la fattispecie qui in esame sia conforme alla religione islamica, si deve subordinare il perfezionamento della transazione a una promessa di acquisto obbligatoriamente unilaterale contenuta in un documento scritto e separato²²⁶.

È possibile mettere in luce come il contratto di *ijara* con opzione di vendita presenti delle profonde similitudini con la disciplina contrattuale del *muraba* da cui trae ispirazione per la predisposizione delle singole clausole²²⁷. È corretto affermare che i due contratti si differenziano unicamente nel momento del trasferimento della titolarità della proprietà²²⁸, quindi nel momento traslativo del diritto di proprietà.

Osservando le due fattispecie da una angolatura comparata, si evince che nei contratti di vendita, in particolare nel contratto di *muraba*, la titolarità del bene è tralata dall'intermediario islamico al cliente quando quest'ultimo ha preso in consegna il bene dal fornitore²²⁹. Dunque, la proprietà è trasferita con la consegna e quindi il *muraba* è un contratto a effetti reali. Al contrario, il contratto di *ijara wa iqtinà* ' permette al cliente di assumere la proprietà unicamente dopo il periodo di godimento pattuito con la conseguenza di rendere l'*ijara* un contratto a effetti obbligatori²³⁰.

Il maggior utilizzo del *muraba* rispetto all'*ijara* (e alle sue forme composte) è dovuta proprio alla maggior celerità nel trasferimento del bene al proprietario, bene che assume così la veste di garanzia dell'intera operazione²³¹. In relazione invece al caso di

²²³ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²²⁴ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²²⁵ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²²⁶ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 79.

²²⁷ Si richiama la disamina svolta nel paragrafo 5.1 del Capitolo III.

²²⁸ Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 158.

²²⁹ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158 e ss.

²³⁰ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158 e ss.

²³¹ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158.

inadempimento contrattuale da parte del cliente, la banca non perde la titolarità del bene, però non può predisporre nessuna misura sanzionatoria, quali penali oppure l'applicazione di interessi moratori. È però riconosciuto il diritto in capo all'intermediario di richiedere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento della controparte²³².

Per quanto concerne la garanzia dei vizi dell'oggetto del contratto, di questi risponderà il venditore, mentre la banca – non attuando nessuna decisione sulla scelta del bene – è esente da responsabilità. In altri termini, la garanzia per i vizi del bene è una questione giuridica tra il cliente e il terzo e, in caso di prova piena in sede giudiziaria della presenza di difformità del bene rispetto a quanto pattuito, sarà il venditore che dovrà provvedere al risarcimento in forma specifica oppure con un equo indennizzo²³³.

Oltre ai profili di garanzia, vi sono anche delle ragioni di taglio più pratico per la maggior diffusione del *muraba*, ove il cliente attua direttamente le scelte sull'oggetto della transazione al fine di soddisfare i propri bisogni ed è proprio il cliente che intrattiene le trattative con il venditore²³⁴. Quest'ultimo si accorda con il cliente dell'intermediario islamico pattuendo il prezzo e le qualità del bene: la banca, dunque, non è in alcun modo responsabile di (potenziali) inidoneità del bene stesso²³⁵. La banca è, quindi, sempre libera da ogni forma di responsabilità contrattuale che riguarda l'oggetto della transazione. Di converso, nell'*ijara wa iqtinà* la banca islamica sopporta il rischio e il potenziale pericolo del mancato esercizio dell'opzione da parte del cliente e ciò sul piano giuridico ha una rilevante conseguenza: la banca deve sopportare i costi e la gestione del bene nel caso in cui il cliente non sia più interessato ad acquistarne la titolarità²³⁶.

²³² Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An Introduction*, cit., p. 133.

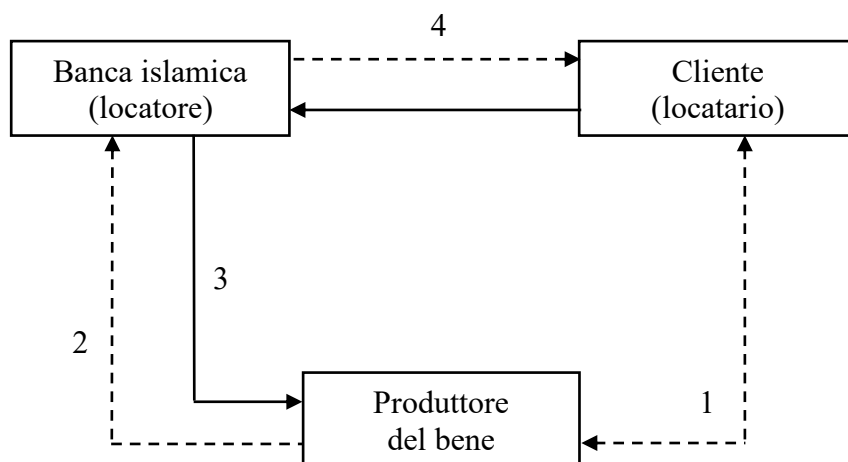
²³³ Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *An Introduction*, cit., p. 134.

²³⁴ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158 e ss.

²³⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158 e ss.

²³⁶ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 158 e ss.

Figura n. 8 - Contratto di *ijara*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente sceglie il bene che deve essere comprato dal produttore
2. La banca acquista il bene dal produttore e cede al cliente la proprietà
3. La banca acquista il bene dal produttore e cede al cliente la proprietà
4. La banca concede l'utilizzo del bene a un *quantum* che comprende anche un *mark up* come margine di profitto

4.2.1. I *déjà vu*: *ijara* vs *leasing* finanziario convenzionale

Nel corso del precedente paragrafo è emersa una similitudine tra il meccanismo di funzionamento di *ijara* e *leasing* finanziario convenzionale, che merita di essere approfondita.

L'*ijara* ha una struttura simile, seppur non analoga, al corrispondente strumento utilizzato dal mercato convenzionale, nonostante tale somiglianza non sia sufficiente per poter operare una vera e propria sovrapposizione.

Il consenso delle scuole giuridiche islamiche è unanime nel ritenere che la struttura di *leasing* finanziario sia conforme alla *Shari'ah* poiché la vendita di usufrutto è prevista dal diritto islamico dei contratti²³⁷. Solo la struttura del *leasing*, però, è compatibile con il diritto islamico dei contratti, mentre l'utilizzo del tasso di interesse rimane aspramente censurata²³⁸. Più nel dettaglio, entrambe le forme di *leasing*, quella

²³⁷ Sul punto si veda P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 102.

²³⁸ S.S. BINTAWIM, *Performance Analysis of Islamic Banking Some Evidence from Saudi Arabian Banking Sector*, Diss. Doctoral dissertation, Ritsumeikan Asia Pacific University, 2011.

islamica e quella convenzionale, prevedono un ritorno economico che si sostanzia nel pagamento di un canone, rimanendo però diversa la loro natura e la *ratio* di fondo²³⁹.

Nel comparto bancario finanziario convenzionale, il canone di *leasing* deve essere calcolato sul costo del bene lecitamente maggiorato dalle spese eventualmente sostenute dal concedente, oltre alla percentuale di tasso di interesse²⁴⁰. Diversamente nel caso di *ijara*, i canoni che l'utilizzatore si impegna a corrispondere al concedente tengono conto del servizio offerto per la concessione del bene e la copertura dei rischi derivanti dall'operazione contrattuale posta in essere dalle parti. Dunque, seppur entrambe le forme contrattuali in esame prevedano un obbligo di pagamento sotto forma di canone in capo al concedente, diversa è la motivazione che legittima l'esborso²⁴¹. Appare utile sottolineare che le banche islamiche possono confrontare i canoni dell'*ijara* e quelli offerti dalle banche convenzionali purché non inglobino all'interno del corrispettivo alcuna forma di tasso di interesse anche in caso di ritardo nel pagamento da parte dell'utilizzatore²⁴². Continuando lungo questa traiettoria, il *leasing* convenzionale non trova preclusioni per quanto riguarda il bene oggetto del contratto, mentre per quanto riguarda l'*ijara* valgono le proibizioni già trattate nel corso del precedente capitolo²⁴³. Quindi, non è valida alcuna transazione di *ijara* che utilizzi un bene proibito dalla religione islamica²⁴⁴. Inoltre, a differenza di quanto previsto nel contratto di *leasing* convenzionale, non è consentito che la locazione avvenga prima che la banca islamica entri in possesso del bene²⁴⁵. In altri termini, laddove la data del possesso non sia in un nessun modo ricavabile, l'operazione rimane sospesa. Inoltre, nell'*ijara* non è considerato lecito riunire in un unico contratto l'utilizzo del bene e l'eventuale patto di acquisto del bene stesso²⁴⁶. Nel sistema finanziario convenzionale nulla vieta, invece, di agire in senso contrario, riunendo l'usufrutto e l'acquisto al termine del primo²⁴⁷.

²³⁹ M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, cit., p. 35.

²⁴⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 102; M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, cit., pp. 35-36.

²⁴¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 102.

²⁴² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 102.

²⁴³ In materia di proibizioni con riflessi sulle operazioni economiche e bancarie islamiche ci si permette di rinviare alla trattazione condotta nel capitolo II, paragrafo 5.1.

²⁴⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

²⁴⁵ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

²⁴⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

²⁴⁷ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

Infine, i profili che riguardano il tema della rescissione unilaterale e il riconoscimento di eventuali risarcimenti del danno sono oggetto di accesi dibattiti tra i giurisperiti musulmani, mentre tali profili non presentano nessun tipo di criticità nel sistema bancario convenzionale²⁴⁸.

Osservando attentamente il quadro delineato, è possibile constatare che lo sforzo richiesto alle banche convenzionali per adottare un '*leasing* islamico' sarebbe minimo poiché minime sarebbero le accortezze che un intermediario convenzionale dovrebbe adottare per inserire tale strumento nella propria offerta bancaria, riuscendo così a perseguire una politica finanziaria inclusiva attraverso l'inserimento di alcuni servizi *Shari'ah compliant*.

Tabella n. 2 - Differenze tra l'*ijara* e il *leasing* convenzionale

| | IJARA | LEASING convenzionale |
|--|---|---|
| Corrispettivo | Il canone di <i>ijara</i> è calcolato sulla base del servizio offerto | Il canone del <i>leasing</i> è calcolato sulla base del costo originale del bene con aggiunta una percentuale di tasso di interesse |
| Tipologia di bene | Qualsiasi tipologia di bene mobile o immobile purché non proibita | Qualsiasi tipologia di bene mobile ovvero immobile |
| Rescissione | La rescissione non trova il consenso unanime da parte delle scuole giuridiche | La rescissione è consentita |
| Forma contrattuale | Due contratti separati, a pena la nullità della transazione | Un unico contratto contenente la clausola finale di acquisto del bene di godimento |
| Risarcimento del danno in caso di inadempimento | Il riconoscimento del risarcimento del danno è | È riconosciuto il risarcimento del danno in caso di inadempimento |

²⁴⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

| | | |
|----------------------------|---|---|
| | oggetto di discussione tra i giurisperiti islamici | |
| Settori di utilizzo | Beni di consumo, immobili, impianti, attrezzature, computer, veicoli a motore | Beni di consumo, immobili, impianti, attrezzature, computer, veicoli a motore |

Fonte: elaborazione dell'Autore.

4.3. (Segue) *L'istisna*

Altra forma di contratto non partecipativo impiegato nel settore del finanziamento del capitale fisso è *l'istisna*.

L'istisna è un contratto avente a oggetto, alla stregua del *salam*²⁴⁹, un bene futuro: infatti, si tratta di una fattispecie impiegata per il finanziamento di infrastrutture oppure per il finanziamento di impianti produttivi²⁵⁰, che vengono commissionati a un costruttore²⁵¹.

Tale strumento è impiegato nel mercato islamico per finanziare la costruzione oppure la produzione di beni di grandi dimensioni²⁵², ove l'oggetto del contratto è un

²⁴⁹ In materia di contratto di *salam* si richiama la disamina condotta al paragrafo 5.2 di questo capitolo.

²⁵⁰ *L'istisna* rappresenta una vera e propria eccezione alla regola dell'esistenza del bene oggetto del contratto: infatti, è considerato ammissibile il ricorso a tale fattispecie solo per beni da costruire e che quindi richiedono un procedimento di lavorazione precisa. Rimangono dunque esclusi tutti i beni in cui l'uomo non ha un ruolo centrale nella lavorazione. Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

²⁵¹ Parte della dottrina ritiene che il contratto di *istisna* abbia una somiglianza con il contratto di vendita di beni in corso d'opera previsto dall'ordinamento civile italiano all'articolo 2222, il quale prevede che «quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV».

Inoltre, la struttura del contratto in esame prevede che sia il costruttore, ovvero la parte che si impegna a fabbricare il bene (finale), a cercare il materiale e la manodopera utile alla realizzazione dell'opera. In caso contrario, si profilerebbe un errore di qualificazione giuridica del contratto: infatti, nel caso in esame, la fattispecie sarebbe un'*ijara*. Cfr. T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82.

Più in generale, con riguardo alla definizione del contratto islamico *istisna* è possibile qui richiamare T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 75; F. MARTALO', *L'Islam entra in banca. Economia e finanza islamica da Maometto fino ai giorni nostri*, cit., p. 205; F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 32 e ss.

²⁵² Tale impostazione si è affermata unicamente nell'epoca moderna al fine di rendere possibile la creazione di progetti industriali di grandi dimensioni, però, storicamente, come ha messo in luce il giurista Zuhayli, *l'istisna* era sorto per permettere l'acquisto di materie essenziali, ad esempio la pelle, nel settore artigianale. Cfr., sul punto, M. AYUB, *Understanding Islamic Finance*, cit., p. 20 ss.

bene non ancora esistente avente caratteristiche precise e che verrà a esistenza entro una data prevista in una clausola all'interno dell'accordo di *istisna*²⁵³.

Per quanto concerne il pagamento dei costi e del servizio offerto per il lavoro commissionato, è ammissibile che esso venga corrisposto periodicamente sulla base dell'avanzamento dei lavori sotto forma di rate oppure che il debitore liquidi interamente il corrispettivo una volta che la prestazione sarà ultimata²⁵⁴. Data la dimensione dell'opera commissionata, potrebbe accadere che il prezzo richieda di essere rivisto nel periodo di svolgimento dell'attività: per questo motivo, infatti, non tutte le scuole giuridiche islamiche sono concordi nel ritenere l'*istisna* conforme ai principi della Rivelazione²⁵⁵. Secondo le regole in uso nel diritto islamico dei contratti, è una costante che qualsiasi modifica concernente un aspetto del contratto debba avvenire nel pieno accordo delle parti. È indubbio però che tale impostazione sotto il profilo dei costi appare più gravosa per il costruttore²⁵⁶. È però prevalente l'impostazione che una volta che il bene venga ad esistenza, la parte che ha commissionato l'opera, laddove siano state rispettate tutte le indicazioni contenute nel contratto, ha l'obbligo giuridico (e morale) di accettare il bene senza potersi sottrarre²⁵⁷.

Volgendo l'attenzione alla struttura del contratto, è possibile affermare che il bene è un'opera di grandi dimensioni e il più delle volte interviene nell'accordo anche una banca islamica. Di conseguenza, il cliente si rivolge alla banca islamica per ottenere un finanziamento e, se quest'ultima accetta, si sostituisce all'acquirente, interfacciandosi con il produttore²⁵⁸. Il cliente e la banca stipulano un contratto parallelo in cui l'intermediario

²⁵³ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 75; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103. Cfr., sul punto, la disamina condotta da T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82

²⁵⁴ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 103.

²⁵⁵ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 75. L'Autore sostiene che «le esigenze del mondo degli affari impongono di tener conto di possibili 'adattamenti' degli archetipi contrattuali previsti dalla religione del Profeta. Questi adattamenti fanno sì che non tutte le scuole di pensiero accettino pacificamente l'*istisna*».

²⁵⁶ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 77.

²⁵⁷ Tale regola è il prodotto del concetto di affidamento e fraternità che caratterizza (anche) il diritto islamico dei contratti. Le scuole giuridiche sono concordi nel ritenere fondata questa regola, eccezion fatta per la scuola giuridica islamica Hanafita, che sostiene che il compratore finale potrebbe rifiutare, c.d. *option of seeing*, il bene poiché egli non ha mai potuto visionarlo prima della consegna. Cfr., su questo specifico profilo, la nota 58 in T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82.

²⁵⁸ Quando la banca islamica assume un ruolo all'interno di una transazione di *istisna* si profila la sottoscrizione di forme *parallel*: negozi giuridici accompagnati da un identico negozio sottostante al fine di garantire il maggior grado di soddisfazione al cliente. Cfr., in materia di forme contrattuali *parallel*,

si impegna a vendere al cliente l'opera finita²⁵⁹. In altri termini, il primo contratto è sottoscritto tra la banca e il cliente, che rappresenta l'acquirente finale. La prima si impegna a consegnare entro una data predefinita il bene voluto dal compratore. Il secondo contratto invece è sottoscritto dalla banca e dall'impresa che si assume l'obbligo materiale e giuridico di portare a compimento l'opera entro un certo termine²⁶⁰. La scadenza di ambedue i contratti deve essere la medesima al fine di permettere alla banca di rispettare l'accordo con il compratore finale²⁶¹. Non v'è alcun tipo di rapporto giuridico tra il compratore finale e il fornitore: è la banca che ricopre il ruolo di intermediario, assumendosi la responsabilità sia nei confronti dell'acquirente sia dell'impresa²⁶². Anche in questo caso, alla stregua del contratto di *salam*, il bene è garanzia della banca per la somma versata alla controparte, però, come sottolineato da parte di alcuni giurisperiti detrattori dell'*istisna*, nel caso del *salam* il bene può essere facilmente sostituito, mentre il bene oggetto del contratto in esame è un bene infungibile perché possiede specifiche caratteristiche volute dal compratore finale²⁶³.

l'analisi puntuale condotta da C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., pp. 76-77 con particolare attenzione alla nota 31.

²⁵⁹ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

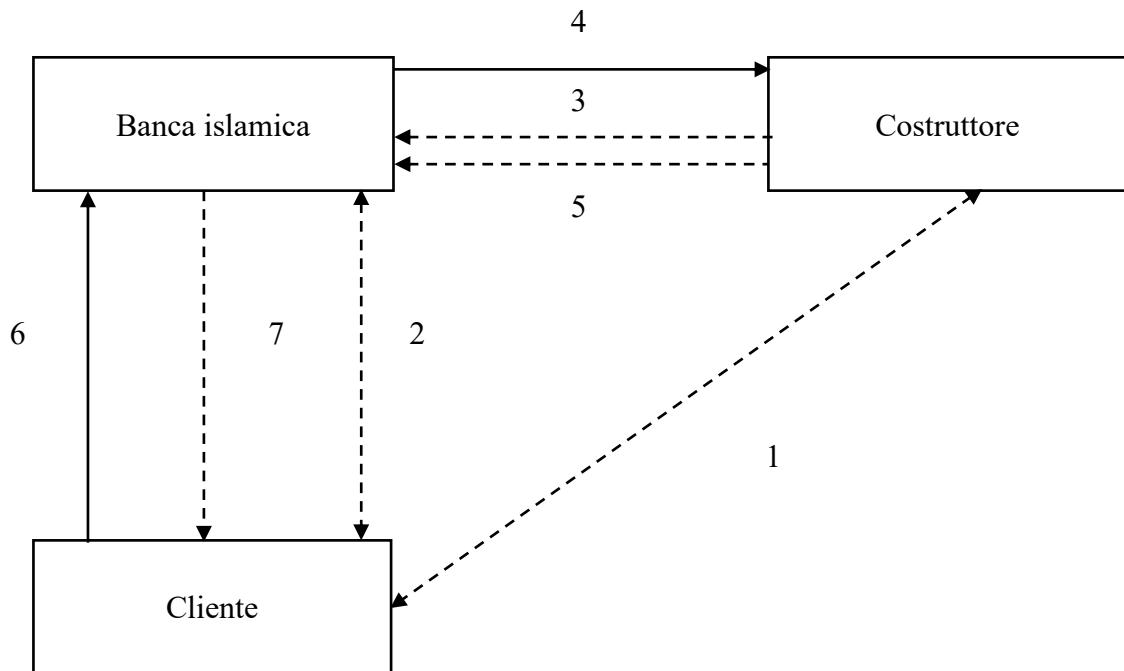
²⁶⁰ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

²⁶¹ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

²⁶² Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

²⁶³ Cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 104.

Figura n. 9 – Contratto di *istisna*



Fonte: elaborazione dell'Autore su schemi di P. Biancone, 2017.

1. Il cliente e il costruttore si accordano per la costruzione di un bene, a un prezzo stabilito, entro una data
2. Il cliente stipula con la banca *compliant* un contratto di acquisto del bene con pagamento del prezzo a scadenze definite
3. La banca successivamente conclude un contratto con il costruttore corrispondendo un prezzo periodico in base all'avanzamento dei lavori
4. La banca corrisponde capitale secondo quanto preventivamente accordato
5. Il costruttore cede la titolarità della proprietà alla banca
6. Il cliente versa il capitale alla banca nel termine contenuto nel contratto
7. La banca trasmette al cliente la proprietà del bene

CAPITOLO QUARTO
LA BANCA *SHARI'AH COMPLIANT* E IL RUOLO
DELL'INFRASTRUTTURA ISLAMICA

SEZIONE I

SOMMARIO: 1. Origini del sistema bancari islamico 2. Una possibile nozione di banca islamica 3. Modelli di banche islamiche 3.1 Le peculiarità dell'attività di raccolta e di impiego di denaro 3.1.1 (*Segue*) L'erogazione del credito 4. La *governance* della banca islamica: lo *Shari'ah Supervisory Board* 5. Il bilancio della banca islamica 6. La banca islamica e la risoluzione delle controversie tramite il ricorso alla procedura arbitrale 7. La banca islamica come strumento di integrazione per l'Islam della diaspora

1. Origini del sistema bancari islamico

Le banche islamiche sono imprese che hanno come fine primario lo svolgimento di attività di raccolta del risparmio e di erogazione del credito e rappresentano il luogo fisico in cui in cui i principi giuridico-economici dell'Islam e la contrattualistica *Shari'ah compliant* operano e si interfacciano con il mercato bancario globale¹.

La storia delle operazioni finanziarie conformi ai principi della finanza islamica comincia ad avere una propria identità nel periodo della Rivelazione, seppur non si assiste a una forma organizzativa organica simile a un intermediario bancario. Bisogna quindi specificare che una forma embrionale di finanza islamica è sempre esistita se la si osserva dal punto di vista di un complesso di norme organizzate capace di imporsi nel commercio di un determinato luogo e sentito obbligatorio da un determinato gruppo. È sempre esistita un'economia conforme alla *Shari'ah*, sin dai tempi della Rivelazione islamica, ma ciò non ha trovato, per lunghi secoli, una organicità di sistema.

Tenendo conto di questa premessa, è convenzione sancire la nascita della finanza islamica in senso moderno nel 1963 in Egitto². La dottrina maggioritaria ritiene che tale data indichi il momento di passaggio da una mera economia islamica a un vero e proprio tentativo di creazione di una istituzione bancaria organizzata volta a offrire servizi e prodotti che intercettano la domanda finanziaria dei musulmani. In aggiunta, il primo

¹ BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010, p. 9 e ss.; S. FARHI, *La banca islamica e i suoi fondamenti teorici*, Rubbettino, Roma, 2010, p. 16 e ss.

² S. FARHI, *La banca islamica e i suoi fondamenti teorici*, cit., p. 11.

tentativo di fondare una banca islamica in Egitto, come si vedrà nel corso della trattazione, è stato propulsivo per la fondazione di altri intermediari finanziari di stampo islamico. In altri termini, la banca islamica d'Egitto assume, nella storia dell'Islam, un significato simbolico volto a preparare il terreno alla finanza islamica contemporanea.

Il primo istituto di credito islamico fu fondato in Egitto nel 1963 nel villaggio di *Mit Ghamr* e la paternità della sua creazione è attribuita all'economista *Al-Najjar*, il quale inaugurò la prima Cassa Rurale di Risparmio utilizzando alcuni fondi pubblici dello Stato egiziano combinati con finanziamenti di un gruppo finanziario tedesco³.

Formatosi presso istituti tedeschi, *Al-Najjar* concentrò il suo campo di attenzione verso l'economia sociale, in particolare quella di matrice filosofico-socialista e cristiana⁴. Tornato in patria, tentò di ricreare in Egitto il sistema delle casse agricole tedesche ponendo però attenzione ai precetti economici della *Shari'ah*. Ne consegue che la finanza islamica in senso moderno⁵ nasce dall'incontro tra l'esperienza delle banche cooperative europee e le tradizioni religiose della popolazione stanziata nei pressi del delta del Nilo. Al fine di garantire tale conformità, *Al-Najjar* istituì un organismo di supervisione religioso formato da esperti di religione islamica⁶. Tale organismo, il quale può essere considerato il nucleo primitivo degli odierni *Shari'ah board*⁷, originariamente ha svolto un ruolo essenziale per la creazione di servizi e di prodotti offerti dalle banche islamiche. Il primo gruppo impiegato, infatti, da *Al-Najjar* elaborò schemi contrattuali conformi ai principi economici islamici, vigilando al contempo affinché l'operatività di quella che sarebbe diventata poi la banca islamica fosse conforme alla *Shari'ah*.

³ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, Bologna, 2009, p. 51; AA.VV., *Banca e finanza islamica, autonomia e cooperazione*, Roma, 2003, p. 16.

⁴ N. GEOFF, *How much is enough? The love of money and the case for the good live*, Leisure Studies, 35, 4, pp. 505-506; L. NEGRI, *Per un umanesimo del terzo millennio. Il Magistero sociale della Chiesa*, Ares, Milano, 2011; G. DALLA TORRE, *Dottrina sociale della Chiesa e diritto*, in *Iustitia*, 58, 1, 2005, p. 34 ss.; G. CAMPANINI, *La dottrina sociale della Chiesa: le acquisizioni e le nuove sfide*, EDB, Bologna, 2007; P. BARUCCI, A. MAGLIULO, *L'insegnamento economico e sociale della Chiesa (1891-1991)*, Mondadori, Milano, 1996.

⁵ La dottrina ha rimarcato come vi siano stati precedenti tentativi di istituire enti di questo tipo, ma furono tutti esperimenti infruttuosi. Sul punto, cfr. P. BIANCONE, *La banca islamica*, Torino, 2017, p. 5.

⁶ Sul punto si rimanda a P. BIANCONE, S. SECINARO, M. RADWAN, *Compatibilità della finanza islamica alla normativa italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, n. 9, 2020, pp. 3-4; M. RADWAN, *Adoption of Unconventional Financial Institutions: A European Perspective*, Giappicchelli, Torino, 2019, p. 18; R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 98.

⁷ Vedi *infra*.

Il progetto riscontrò un certo grado di consensi da parte della popolazione locale in quanto ebbe un duplice ruolo sociale: divenne punto di riferimento per la redistribuzione della ricchezza, infatti, la Cassa Rurale di Risparmio incassava la *zakat*⁸ – elemosina obbligatoria – per investirla in opere che riequilibrassero il *deficit* economico e sociale della zona. Tale Istituto, inoltre, concedeva microcredito a potenziali imprenditori, grazie al quale nacque una classe media di imprenditori che svolsero un ruolo trainante nell'economia rurale, permettendo l'abbassamento della percentuale dei tassi di disoccupazione di quell'area geografica⁹.

La domanda dei clienti registrò cifre considerevoli, infatti, nel primo anno di attività la Cassa Rurale di Risparmio ebbe 17.560 correntisti, giungendo nell'anno 1967 a un numero pari a 258.151. Anche i depositi crebbero enormemente da 47.944 a 1.828.375 di sterline egiziane¹⁰. Tuttavia, la vita della Cassa Rurale di Risparmio fu breve. Il governo egiziano, infatti, ne impose la chiusura nel 1967¹¹. La ragione è da rintracciarsi nella diffidenza che l'autorità centrale sviluppò nei confronti della Cassa Rurale di Risparmio in quanto rappresentava un potenziale nemico politico¹². L'operatività di questo ente fu di circa cinque anni ed ebbe un impatto più che positivo sul tessuto sociale dell'area.

L'esperienza della Cassa Rurale di Risparmio non fu vana, anzi la sua istituzione rappresenta una tappa fondamentale nella storia economica della finanza islamica e la sua

⁸ Nella religione islamica è fondamentale il concetto di solidarietà. Tale solidarietà è garantita nel diritto islamico dall'imposizione della *zakat*, la quale costituisce una vera e propria obbligazione imposta a tutti i fedeli. Ogni *buon* musulmano deve devolvere una porzione del proprio patrimonio attraverso cui purifica la propria ricchezza collaborando all'implementazione di una giustizia sociale all'interno della *Ummah* (comunità islamica). Attualmente, il calcolo della *zakat* è pari a due punti e mezzo percentuali del capitale. Sul punto, cfr. D. PRANAM, *Zakat as a Measure of Social Justice in Islamic Finance: An Accountant's Overview*, West Bengal, 2013. Inoltre, sul tema della *zakat* come meccanismo per l'eliminazione della povertà ci si permette di rinviare a H. AHMED, *Role of Zakah and Awqaf in Poverty Alleviation*, Islamic Research and Training Institute, Jeddah, 2004; R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 26 ss.; D. ATZORI, *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, cit., p. 21 ss.; G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 220-221.

⁹ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 51.

¹⁰ R. WILSON, *Islamic Financial Markets*, Routledge, New York, 1960, p. 61.

¹¹ Secondo vari autori l'esperimento si conclude l'anno successivo, il 1968. Cfr. I. WARDE, *Islamic Finance in the global Economy*, Edinburgh University Press, Edinburgo, p. 73.

¹² In realtà le ragioni della chiusura della Cassa Rurale di Risparmio non sono chiare: secondo alcuni le cause furono politiche a causa della diffidenza da parte del governo; secondo altri, invece, la banca fallì per motivi finanziari.

architettura fu ripresa anni più tardi soprattutto per la funzione sociale che aveva svolto nell'area in cui operò¹³.

Dall'esperienza della Cassa Rurale di Risparmio, l'evoluzione della storia bancaria islamica ha seguito direzioni diverse a causa di più fattori: la posizione geografica e dunque il Paese islamico preso in considerazione; le opportunità operative; l'appoggio finanziario da parte delle finanze pubbliche dei governi di uno Stato ed infine le ragioni politico-legislative¹⁴. Ad esempio, è stato più agevole l'attecchimento di un intermediario *Shari'ah compliant* in Iran e Sudan in quanto la legislazione è (quasi) interamente islamizzata; in altri Paesi come la Giordania, il Bahrain ed infine lo Yemen, la banca islamica si è fatta strada convivendo con le banche convenzionali. In altri termini, la banca islamica si è affermata in un regime dualista assieme alle banche *interest based*. Si può rilevare che tale dualismo si è sostanziato in una modalità di agire delle banche contraddistinte da una netta separazione.

È interessante osservare un caso ben riuscito di cooperazione governativa che ha coadiuvato l'ingresso del sistema islamico nel comparto bancario: la Malesia¹⁵. Tale Stato è un esempio virtuoso di collaborazione attiva dell'apparato pubblico a progetti religiosamente orientati, permettendo la fondazione di una banca nazionale islamica con forze economiche e finanziarie pubbliche in grado di garantire un attecchimento sul mercato nazionale interno, nonché una rete solida che ha permesso alla banca islamica della Malesia di dialogare con altri intermediari e infrastrutture islamiche¹⁶. Altri Paesi invece hanno preferito mantenere un sistema finanziario convenzionale offrendo solo taluni servizi conformi ai principi economici della *Shari'ah* ovvero creare degli sportelli islamici all'interno di intermediari convenzionali¹⁷.

Allargando la lente prospettiva, continuando a seguire però la linea diacronica, è possibile mettere in luce l'evoluzione della finanza islamica moderna al netto delle

¹³ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 51.

¹⁴ M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a european perspective*, cit., p. 13 e ss.

¹⁵ Cfr., sul punto, la ricerca condotta da M. KAHF, T. KHAN, *Principles of Islamic Financing*, in *Research Paper*, n. 16, 1992, p. 19 e ss.

¹⁶ M. KAHF, T. KHAN, *Principles of Islamic Financing*, cit., p. 19 e ss.

¹⁷ M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, cit., p. 14 e ss.

esperienze delle singole nazioni, evidenziando le caratteristiche di cui la finanza islamica si è arricchita con il passare del tempo¹⁸.

Procedendo lungo tale direttrice, si sono ricavati, da molteplici studi in materia, le fasi del mercato *Shari'ah compliant* dalla fine degli anni '50 del secolo scorso alla prima decade degli anni 2000 da un punto di vista delle caratteristiche progressive che la finanza islamica ha fatto proprie.

Il momento propulsivo si ebbe intorno agli anni '50 in cui alcuni giurisperiti hanno iniziato a progettare una serie di modelli bancari che fossero compatibili con la *Shari'ah* da ogni punto di vista, quindi contrattuale, economico, progettuale, etc. Dunque, è possibile asserire che i primi dibattiti sul tema ruotassero intorno all'ideazione di un modello bancario alternativo a quello convenzionale. Non solo, l'alternatività non fu l'unico profilo indagato; infatti, gli esperti islamici si interrogavano sulla possibilità di autonomia di una banca islamica sotto ogni aspetto, non dovendo così in alcun modo e sotto nessun profilo dipendere da un intermediario bancario che aderisse al modello convenzionale. A quel tempo, tale progetto apparve velleitario e destinato a non raggiungere i risultati attesi¹⁹.

Però, seppur con un inizio in sordina, il progetto di un modello di *Islamic banking* proseguì con studi e analisi sempre più approfondite ad opera dei giurisperiti islamici e attorno agli anni '60 viene fondata la prima vera e propria banca islamica in Egitto²⁰. Come detto, nonostante il fallimento della Cassa Rurale di Risparmio, questa comincia a rappresentare una nuova era per la finanza islamica e dagli anni di vita di tale intermediario la dottrina affina le regole operative e cominciano a circolare i primi scritti accademici sulla finanza islamica e vengono organizzate le primissime attività di dibattito universitario²¹. È possibile definire questa fase come una tappa di riflessione che ha permesso di accendere i riflettori sul modello bancario islamico anche se il momento di svolta sul piano operativo corrisponde indicativamente agli anni '80, in questo periodo si assiste a studi, da parte di molti governi, in particolare di quelli musulmani, volti a cercare

¹⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 6-7.

¹⁹ M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, cit., p. 14.

²⁰ Vedi *supra*.

²¹ Cfr. Tabella n. 1 in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 6. In aggiunta, si veda anche lo scritto di A. M. ALI, *Islamic Financing, working paper*, Fifth Forum on Islamic Finance, 2002, Harvard University, USA.

di promuovere l'inclusione finanziaria dei fedeli attraverso l'implementazione di un modello conforme alla loro religione²².

L'attenzione accademica non rimane circoscritta solamente al mondo islamico ma entra nel dibattito scientifico occidentale da molteplici punti di vista: sul piano operativo, sul piano sociologico ed infine fa ingresso, seppur a timidi passi, nelle scelte di politica ecclesiastica di molti Stati. In altri termini, cresce l'attenzione sulle opportunità che l'implementazione di tale mercato potrebbe offrire sia sull'economia globale sia in quella locale. La finanza islamica appare per la prima volta capace di calamitare studiosi di tutto il mondo e soprattutto di smuovere il potere pubblico e la forza di grandi investitori privati. Proprio quest'ultimo punto permettere di evidenziare come proprio negli anni '80 alcune banche convenzionali decidono di aprire le prime finestre islamiche che offrivano i primi prodotti considerati conformi alle regole economiche dell'Islam²³.

Importante, come si vedrà meglio nel corso del presente capitolo, è il ruolo ricoperto dalle prime infrastrutture islamiche. In questa sede, è sufficiente sapere che tali organismi hanno creato una serie di regole islamiche omogenee che, partendo dal dettato rivelato, hanno storicizzato rendendo operative molte banche islamiche.

Proprio sul punto viene ricavato attraverso un'interpretazione di sistema il pilastro della finanza islamica moderna: il principio della condivisione dei profitti e delle perdite²⁴. Tale principio, già analizzato nel corso dei capitoli precedenti sia nella sua dimensione statica sia nella sua dimensione dinamica attraverso l'impiego nella struttura dei contratti islamici partecipativi, ha rappresentato la chiave di volta attorno cui i giurisperiti islamici hanno cominciato a edificare il sistema bancario islamico poiché esso è stato in grado di dare una risposta concreta e operativa agli ostacoli imposti dal principio di *ribà*. Tale impulso espansivo è stato sostenuto dall'azione del Fondo monetario Internazionale, il quale ha partecipato attivamente agli studi e progetti sulla finanza islamica, garantendone anche un certo grado di diffusione nel panorama mondiale.

Intorno al 1990, si fotografa una curva in salita per quanto riguarda la percentuale di sportelli islamici nelle banche con una diffusione capillare in molti Paesi. È la nascita dell'infrastruttura islamica, in particolare, che ha permesso l'affermazione di regole giuridiche che normassero il mercato *Shari'ah compliant: l'Accounting and Auditing*

²² È possibile richiamare Pakistan, Sudan, Iran, Malesia che tentano di creare un comparto finanziario islamico. Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 7.

²³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 7.

²⁴ Tale principio è stato analizzato nel corso del Capitolo II e III (vedi *supra*).

*Organization for Islamic Financial Institution*²⁵. Un nodo di difficile risoluzione riguardava i profili contabili e di bilancio di un intermediario islamico e il ruolo di questa infrastruttura islamica è stato determinante per cristallizzare in modo chiaro e uniforme tali principi, che ad oggi sono ampiamente utilizzati dai gestori di sportelli o di intermediari *Shari'ah compliant*²⁶.

In piena concomitanza con la risoluzione del profilo della gestione della contabilità, negli anni '90 viene introdotto l'*Islamic Index*, che ha rappresentato il primo indice per gli investitori islamici che servisse da *benchmark* globale conforme alla *Shari'ah*²⁷. Tale indice ha permesso di escludere come potenziali attività oggetto di investimento aziende che fossero coinvolte, direttamente o indirettamente, nel settore dell'alcol, della carne di maiale, nei servizi speculativi, nelle armi, tabacco e difesa, ed infine all'intrattenimento *haram* come casinò e gioco d'azzardo. Le imprese che superavano tale *screening* venivano incluse nell'*Islamic Index* per cui l'investitore non aveva dubbi sulla liceità della sua operazione²⁸.

Pochi anni dopo, a partire dagli anni 2000, si assiste al completamento dell'intera architettura islamica con un maggior controllo ai profili di gestione del rischio. È un mercato che si solidifica creando fondamenta capaci di resistere anche ad attività di fusione tra banche islamiche e di affermarsi anche sul mercato finanziario di debito, detto secondario, attraverso lo strumento dei *sukuk*²⁹. Su questa onda espansionistica nel 2008 le banche islamiche hanno raggiunto le 300 unità nel mondo con incrementi annui che oscillano tra 11% e il 16%.

Uno sviluppo tumultuoso che ha permesso in pochissimi anni il diffondersi di una serie di intermediari bancari islamici che hanno consentito una crescita considerevole di questo comparto nel panorama della finanza globale³⁰.

²⁵ Tale importante infrastruttura islamica verrà analizzata nel dettaglio nella sezione II del presente Capitolo.

²⁶ Vedi *infra*.

²⁷ M. RADWAN, *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, cit., p. 13 e ss.

²⁸ L'*Islamic Index* è consultabile al seguente indirizzo web:

<https://www.spglobal.com/spdji/en/indices/equity/dow-jones-islamic-market-world-index/#overview>.

²⁹ In materia di mercato secondario si veda il recente contributo di A. CUPRI, *Le operazioni sul mercato di debito nel sistema finanziario islamico: il caso dei sukuk*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, n. 7, 2023, pp. 35-62.

³⁰ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 6.

Il completamento dell'architettura della finanza islamica si configurò intorno agli anni duemila e divenne poi dal 2010 un segmento finanziario in forte espansione anche in contesti non a maggioranza islamica come Regno Unito, Germania e Lussemburgo³¹.

La finanza islamica, e più in particolare la banca islamica, ha indubbiamente attirato l'attenzione della letteratura scientifica. Il fenomeno oggetto di questo studio ha avuto anche un impatto sull'integrazione economica, si pensi appunto al caso della Cassa Rurale di Risparmio, che ha giocato un ruolo da protagonista nel tessuto sociale ed economico della popolazione egiziana permettendo l'arginarsi della povertà.

La banca islamica rappresenta, però, non solo uno strumento finanziario ed economico bensì anche un potenziale volano per l'integrazione finanziaria delle comunità islamiche in contesti di immigrazione a maggioranza non islamica³². Si assiste quindi ad un cambiamento: da istituti che operano in Paesi a tradizione musulmana si passa a banche islamiche che offrono prodotti anche nel contesto occidentale, divenendo strumento di integrazione pur rimanendone (quasi) inalterata la funzione di assicurare la disponibilità di prodotti finanziari conformi alla *Shari'ah*.

2. Una possibile nozione di banca islamica

Prima di addentrarsi in una descrizione delle caratteristiche tipiche della banca islamica³³, occorre comprenderne la portata concettuale.

Alla base del sistema bancario islamico v'è un'esigenza di affermazione di valori che si riflette sul sistema economico³⁴. Conseguenza diretta dell'assioma valoriale islamico è stata la definizione di banca islamica offerta dall'Organizzazione della Cooperazione Islamica (O.C.I.)³⁵:

«Una banca islamica è un istituto finanziario le cui leggi, statuti e regolamenti stabiliscono espressamente sia l'impegno a operare secondo i principi della *Shari'ah*, sia l'eliminazione degli interessi, ricevuti o pagati, in qualunque sua operazione»³⁶.

³¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 25 ss.

³² Sul punto si rimanda al Capitolo I del presente elaborato.

³³ Si rinvia a L. ANDERLONI (a cura di), *Il social banking in Italia, un fenomeno da esplorare*, Giuffrè, Milano, 2003.

³⁴ Vedi *supra*.

³⁵ Cfr. <https://www.oic-oci.org/home/?lan=en>.

³⁶ La definizione è stata approvata dall'Organizzazione della Conferenza Islamica e reinserita nell'art. 5 dello Statuto dell'Associazione internazionale delle banche islamiche. Cfr. G.M. PICCINELLI, *Banche*

È indubbio che la banca islamica è un luogo in cui vengono offerti servizi e prodotti a cui non si applica il tasso di interesse e quindi essa viene comunemente intesa come «banca senza interessi», ma questa definizione mette in luce un aspetto di una realtà più complessa.

Porre l'accento su un aspetto di un fenomeno in negativo rimarca una mancanza rispetto al modello bancario convenzionale. Proprio su tale aspetto è necessario sollevare un nodo di criticità: la visione in negativo della nozione di banca islamica è strettamente connessa alla visione occidentale che sembrerebbe essere, non solo imperante, ma anche culturalmente dominante nell'osservare il fenomeno bancario.

È necessario rimarcare che l'assenza degli interessi è solo una caratteristica di un quadro più composito e articolato. Sarebbe preferibile, quindi, nella ricerca di una definizione di banca islamica mettere in risalto (anche) elementi positivi. Su questa lunghezza d'onda si pone l'offerta *Shari'ah compliant*³⁷ la quale è l'elemento marcatamente positivo della banca islamica. Ne derivano una serie di profili estremamente interessanti che permettono allo studioso di comprendere le ragioni della costruzione di modelli contrattuali alternativi³⁸ rispetto a quelli della prassi finanziaria e bancaria occidentale.

Su questo piano di senso si muove la pratica bancaria islamica, la quale si sostanzia in una vera e propria attività di *igtihad* – sforzo – sia per la ricerca di alternative contrattuali conformi alla *Shari'ah* sia per cercare di rendere più competitivi, sotto il profilo finanziario e religioso, gli strumenti già esistenti nel comparto³⁹.

3. Il modello bancario islamico

islamiche in contesto non islamico, cit., p. 69 ss. Tale Organizzazione è anche nota come *United Nations of Islam*, che rappresenta uno dei principali organismi internazionali nel mondo musulmano. Per ulteriori approfondimenti sul punto ci si permette di rinviare R. BIANCHI, *The revolution in Islamic finance*, in *Chicago Journal of International Law*, n. 2, 2007, p. 569 e ss.

³⁷ Tra i vari, ci si permette di rinviare al testo di T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 61 ss., il quale conduce un'analisi puntuale sulle forme di contratto impiegate dalle banche islamiche ove emerge l'etica sociale islamica.

³⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 79-106.

³⁹ Su questo punto si veda G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 70. Cfr., sul punto, M. MIRAGLIA, *Banca islamica: struttura societaria e principali tipologie contrattuali*, in *Rivista di diritto societario*, n. 2, 2014, pp. 110-123.

La banca islamica⁴⁰ è il luogo fisico in cui la finanza islamica si interfaccia col mercato finanziario.

Si è soliti individuare, sulla base di un criterio di diffusione, tre diversi modelli di funzionamento della banca islamica⁴¹.

Il primo modello di intermediario bancario islamico è quello cosiddetto *exclusive Islamic bank*, i.e. una banca totalmente islamica⁴². Un intermediario in cui la totalità dei servizi e prodotti offerti sono interamente *Shari'ah compliant*. Non solo l'offerta è conforme al dettato rivelato islamico ma anche le scritture contabili sono conformi ai principi economici della Rivelazione⁴³. Tale forma, tuttavia, è ancora limitatamente diffusa⁴⁴.

Altro modello gestionale è quello noto con il nome di *Islamic windows* (finestre islamiche). Si tratta di un vero e proprio sportello bancario presente all'interno di una banca convenzionale, il quale ha lo scopo di intercettare la domanda di prodotti *Shari'ah compliant*. Nella prassi, tale modello è stato ideato da alcuni intermediari finanziari convenzionali al fine di offrire servizi e prodotti a (potenziali) clienti musulmani⁴⁵.

È necessario, però, porre l'accento su un profilo particolarmente rilevante che riguarda quest'ultima fattispecie: le operazioni *Shari'ah compliant* e gli introiti derivanti sono completamente tenuti separati rispetto alla gestione dei capitali della banca

⁴⁰ Giova ricordare che gli intermediari finanziari islamici nel mondo sono (circa) 450. Indubbiamente, rappresentano una costola circoscritta dell'economia mondiale ma che possiede forti potenzialità. Per ulteriori approfondimenti, si richiama MACMILLEN, *Islamic Banking: Shari'ah Governance*, in <http://ssrn.com>, 2013; KHAKI-SANGMI, *Islamic Banking: Concept and Methodology*, University of Kashmir – Department of Business and Financial – Studies working paper series, 2011; R. BIANCHI, *The revolution in Islamic finance*, cit. Inoltre, P. BIANCONE, *Il bilancio delle banche islamiche: la contabilizzazione dei contratti tipici*, in *Scritti in onore del Professore Pellegrino Capaldo*, Milano, 2014.

⁴¹ Si rinvia sul punto a M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche*, cit., p. 41 ss.

⁴² In contesti europei una *exclusive Islamic bank* è l'*Al Rayan Bank*, che ha la propria sede a Londra. Basti pensare che la *Al Rayan Bank* (<https://www.alrayanbank.co.uk/>) nel 2018 registrava un cliente su tre non musulmano contro l'uno su otto nel 2010. La borsa londinese quota circa 70 obbligazioni *sukuk* per un valore di oltre 700 milioni di sterline. In Irlanda, Lussemburgo e Svizzera i principi della finanza islamica sono abbracciati da tempo. Cfr., P. BIANCONE, *Il bilancio delle banche islamiche: la contabilizzazione dei contratti tipici*, cit., p. 25.

⁴³ Cfr. paragrafo 3 del presente capitolo.

⁴⁴ In aggiunta a quanto detto nel corpo del testo, vi è la necessità di rimarcare come anche per le banche islamiche esista un'ulteriore distinzione, ossia tra banche commerciali e banche di sviluppo. Su questo profilo si rimanda alla legislazione comunitaria, in specie alla direttiva 2007/18/CE della Commissione, del 27 marzo 2007, G.U.U.E. n. L 87/9 del 28 marzo del 2007.

⁴⁵ Per un panorama dell'espansione geografica delle attività finanziarie islamiche nel mondo si rimanda a P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 13 ss.

⁴⁶ Cfr., sul punto, M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche*, cit., p. 41; S. FARHI, *La banca islamica e i suoi fondamenti teorici*, Catanzaro, 2010, p. 43.

convenzionale. In caso contrario, infatti, i servizi e i prodotti offerti dalla finestra islamica sarebbero considerati *haram* (illeciti) in quanto contaminati dall'attività dell'intermediario convenzionale. Se il danaro destinato alle operazioni *Shari'ah compliant* entra in contatto con il denaro impiegato per le operazioni cosiddette convenzionali, le operazioni *Shari'ah compliant* sarebbero considerate *haram*, *i.e.* illecite. Occorre, dunque, operare una segregazione dei patrimoni e dei relativi profili contabili per garantire la conformità ai principi economici islamici⁴⁶.

Il modello della *finestra islamica* potrebbe essere una strada percorribile per permettere l'ingresso della finanza islamica in Italia⁴⁷ rispetto alla creazione di una banca islamica totalmente *Shari'ah compliant* che sembra al momento un progetto di più difficile realizzazione.

Come emerso, è possibile affermare che il modello dell'*Islamic windows* è nato in seno alle banche convenzionali vista la capacità delle banche islamiche di affermarsi sul mercato internazionale. In risposta a ciò, l'ideazione di finestre islamiche risponde, in prima battuta, ad una scelta delle banche operanti secondo regimi convenzionali di non perdere opportunità e quindi terreno sul mercato. Alcune banche convenzionali si sono aperte (e altre si stanno aprendo) ai prodotti *Shari'ah compliant* seguendo un ragionamento costo-opportunità in materia di *asset* finanziari. Nonostante la riluttanza iniziale, la finanza islamica si è fatta strada guadagnando la fiducia del mercato occidentale.

⁴⁶ Infatti, è necessario che le banche islamiche siano coerenti, nelle loro transazioni, con i principi *shariatici* non solo da un punto di vista contrattuale e di *governance*, ma anche da un punto di vista dei principi contabili nonché delle regole di bilancio. Quindi, l'intermediario finanziario *Shari'ah compliant* è sottoposto a un rigido sistema di rendicontazione contabile che diventa ancor più rigido, data l'elevata probabilità di contaminazione patrimoniale, nel caso di banche convenzionali che offrono anche servizi e prodotti *Shari'ah compliant*. Per approfondimenti maggiori sui principi contabili e sulla disamina in materia di bilancio ci si permette di rinviare a P. BIANCONI, *La banca islamica*, cit., p. 1215 ss.

⁴⁷ In Italia, l'attenzione della dottrina (e non solo) nei confronti della dimensione islamica è via via aumentata. Nonostante ciò, non vi è mai stata una proposta sistematica volta a dare spazio all'ingresso della finanza islamica nel nostro Paese. Le ragioni, già sollevate da una parte autorevole della dottrina, si muovono su due piani: il primo è da rinvenire in un legislatore dormiente; il secondo è la scarsa pressione esercitata dalle comunità islamiche presenti in Italia. Quindi, sembra primaria la necessità di un dialogo tra Islam italiano e Autorità in modo da trovare una strada di integrazione finanziaria conforme al dettato del credo religioso di questa comunità all'interno del quadro legislativo dell'ordinamento italiano. Sul punto, si rinvia a F. MIGLIETTA, P.P. RAMPINO, *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, cit., p. 68 ss.

Ultimo, in ordine di diffusione, è il modello della succursale *halal*⁴⁸ di una banca convenzionale⁴⁹. Un intermediario finanziario che ispira la sua operatività ai principi dell'economia convenzionale crea una sede distaccata fisicamente e gestionalmente all'interno della quale vengono offerti prodotti e servizi *Shari'ah compliant*. Questo modello è stato ideato dal mondo finanziario occidentale, alla stregua delle finestre islamiche, ponendosi a metà via tra la banca islamica *pura* e la *Islamic windows*.

3.1. Le peculiarità dell'attività di raccolta e di impiego di denaro

Le banche islamiche mirano alla ricerca del benessere diffuso attraverso meccanismi orientati dal principio di cooperazione e dal principio di solidarietà. Però, alla stregua delle banche convenzionali, la banca islamica ha un ruolo centrale nell'economia di un determinato luogo, assolvendo il compito di allocare le risorse (o liquidità) da situazioni di *surplus* economico a quelle di *deficit* economico. Le banche islamiche, quindi, svolgono la funzione di raccogliere depositi dalle famiglie e impiegare tale danaro riallocandolo sotto forma di prestito finanziario alle imprese, ottenendo remunerazione dalla differenza tra tassi attivi e tassi passivi⁵⁰. È fuor di dubbio che ciò non sia consentito dalla banca islamica in quanto, come già ricordato, uno dei profili di maggior discontinuità rispetto alla banca convenzionale è il divieto di applicazione del tasso di interesse⁵¹.

In questo paragrafo si cercherà di mettere in luce il sistema di raccolta dell'intermediario finanziario islamico, che in diverso modo è emerso dalla trattazione dei contratti islamici *Shari'ah compliant*.

Osservando quindi il sistema di raccolta è possibile rimarcare come gli strumenti giuridici utilizzati si muovono su due differenti piani: il primo, fa riferimento ai depositi

⁴⁸ Si rinvia sul punto a M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche*, cit., pp. 42-43.

⁴⁹ Tra i vari, in Francia è presente la Chaabi Bank, la quale è una filiale di una banca internazionale marocchina con sede a Parigi che offre alcuni servizi *Shari'ah compliant* (<http://www.chaabibank.fr/chaabi-bank/a-propos/>).

⁵⁰ R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, cit., p. 78 ss.; P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p.79 ss.

⁵¹ Cfr., sul punto, A. CUPRI, *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, n. 20, 2021, p. 36.

non remunerati; i secondi invece sono noti come depositi partecipativi tra cui figurano meri conti di deposito e i fondi di investimento⁵².

Con specifico riguardo ai depositi cosiddetti non remunerati si fa riferimento ai conti correnti dei clienti, anche detti conti correnti a vista, che sono privi di qualsiasi forma di rischio in quanto non è prevista nessuna forma di rendimento. Il capitale depositato è pienamente garantito ed esigibile in qualunque momento da parte del depositante⁵³.

All'interno del sistema bancario islamico i correntisti possono qualificare giuridicamente il rapporto con la banca attraverso la forma del conto corrente semplice – *wadi'ah* – oppure come deposito risparmio con libretto nominativo⁵⁴. Tali forme di raccolta di denaro sono di fatto libere da oneri e spese a carico del depositante; infatti, vengono definiti come meri depositi gratuiti⁵⁵.

Per ragioni di completezza, parte della dottrina sul punto ha sollevato una questione, che attualmente rimane parzialmente aperta, perlomeno sul piano teorico. Si è posto l'accento sul caso di insolvenza da parte della banca islamica e sulle sorti del capitale dei clienti. Inoltre, ci si è domandato se le somme depositate a titolo gratuito sarebbero nella piena ed esclusiva titolarità dell'intermediario al fine di far fronte ai costi derivanti dalla procedura di fallimento. Ad esempio, questo profilo è così regolato dalla banca islamica inglese⁵⁶. Si è detto che tali depositi gratuiti sono scevri da rischio e dall'onere di spese in capo al depositante, però, nel caso si configurasse una situazione di insolvenza, situazione più grave in cui una banca si possa trovare, alcune banche, tra cui quella inglese, intaccano i risparmi dei depositanti. Tale situazione è oggetto di accesi dibattiti in dottrina proprio in relazione alla profonda discontinuità che si viene a creare con i principi del diritto islamico impiegati nella finanza islamica⁵⁷. Tale punto rimane

⁵² G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 72 e s.; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 95 e ss.

⁵³ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 95 e p. 96; BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010, p. 10.

⁵⁴ L. PAULETTO, *Lo sviluppo della pratica finanziaria islamica nel contesto delle istituzioni occidentali*, in *Banca, Impresa e società*, n. 1, 2005, pp. 144-145.

⁵⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 72.

⁵⁶ BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010, p. 10.

⁵⁷ Per quanto riguarda la banca islamica inglese di fronte a casi di insolvenza generale si veda la nota dieci in BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato*,

un profilo al momento senza soluzione ed è oggetto di studio da parte delle infrastrutture islamiche.

Volgendo l'attenzione verso i depositi partecipativi⁵⁸, *hisabat al-mustaraka*, il discorso è completamente differente. Infatti, tale categoria di deposito prevede la sottoscrizione di un accordo tra cliente e banca: a quest'ultima è riconosciuta la piena disponibilità delle somme di denaro presenti nei fondi con un obbligo di restituzione delle stesse al termine pattuito dalle parti. A differenza dei depositi gratuiti, quelli partecipativi garantiscono un diritto a un rendimento in capo al depositante corrisposto alla luce del periodo di cessione del capitale alla banca. La remunerazione avviene mediante il meccanismo della condivisione dei profitti e delle perdite: il depositante, quindi, entra in contatto con una porzione limitata del capitale sociale al fine di ottenere una percentuale predeterminata di utili della banca che rappresentano il corrispettivo per il denaro messo a disposizione⁵⁹.

La categoria dei depositi partecipativi è particolarmente variegata ed è possibile affermare che essi si configurano come conti di investimento, *hisabat al-istitmar*.

È pacifico però operare una distinzione all'interno della categoria dei conti di investimento: esistono depositi destinati alla realizzazione di uno specifico progetto oppure quelli impiegati in modo indistinto per impieghi cosiddetti ordinari della banca⁶⁰. Tale distinzione che di primo acchito può apparire meramente dottrinale, invece, ha delle conseguenze giuridiche pratiche circa la specifica forma di contratto *Shari'ah compliant* che le parti devono adottare. Se la banca utilizza le somme depositate per impieghi ordinari, i depositi partecipativi assumeranno la forma del contratto *unrestricted mudarabah* da cui i clienti riceveranno gli utili pro quota dal rendimento annuale di

profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010, p. 10.

⁵⁸ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 73; BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010, p. 10.

⁵⁹ Fu chiaramente evidenziato da Dell'Amore, che lo definì «collettivizzazione dei rischi dei prestiti». Egli ebbe così ad esprimersi: «Nel credito indiretto [i rischi di insolvenza] vengono collettivizzati. La banca, infatti, si sostituisce ai singoli risparmiatori nella concessione dei prestiti e ripartisce indirettamente gli oneri derivanti dalle insolvenze fra tutti coloro che le hanno fornito i mezzi pecuniari da investire. La ripartizione viene di fatto compiuta con un'adeguata riduzione dell'interesse corrisposto dalla banca sui capitali ricevuti». G. DELL'AMORE, *Economia delle aziende di credito*, Vol. I, *I prestiti bancari*, Milano, Giuffrè, 1965, p. 21.

⁶⁰ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 96.

gestione della banca stessa⁶¹. Di converso, se la banca si impegna al finanziamento di uno specifico progetto (o investimento) tale vincolo di scopo dovrà essere rispettato, salvo stipula di un nuovo accordo accettato bilateralmente. In caso contrario, la banca si pone in una situazione giuridica contraria al vincolo pattuito con la possibilità per il cliente di richiedere il rimborso dell'intera somma depositata. In quest'ultima ipotesi, il conto di investimento assume la forma di *restricted mudarabah* e la remunerazione del depositante si sostanzierà in una percentuale di profitti prodotti dal progetto finanziato⁶².

Appare assumere un ruolo centrale il documento contenente lo specifico mandato che il cliente sottoscrive con la banca islamica da cui deve emergere con chiarezza la destinazione delle risorse depositate. In assenza di uno specifico mandato, l'intermediario potrà decidere come allocare le risorse in piena autonomia: nella gestione ordinaria ovvero in specifici progetti. Tale facoltà riconosciuta alla banca islamica è frutto di una presunzione legale: il silenzio del depositante assume i contorni di un tacito consenso, permettendo alla controparte di decidere come disporre delle risorse di capitale messe a disposizione dal cliente, nei limiti imposti dalle prescrizioni di diritto divino e dalle interpretazioni delle scuole giuridiche islamiche.

È prassi delle banche islamiche però destinare le somme di capitale prive di uno specifico mandato del depositante in fondi comuni di investimento creati *ad hoc*⁶³. Tali fondi permettono un maggior controllo da parte degli organi preposti, aumentando il grado di trasparenza interno ed esterno della banca. In un'ottica comparata, i fondi comuni islamici hanno una forte similitudine, come ricordato da parte di autorevole dottrina, con i fondi comuni delle banche etiche, le quali, anch'esse, sentono la necessità di effettuare controlli sulle destinazioni di somme di denaro al fine di vagliarne la conformità valoriale⁶⁴.

Allargando la lente prospettiva, i depositanti non sono altro che delle forme sostanziali di azionisti, quindi dei soci dell'intermediario, perlomeno nelle singole operazioni. I depositanti risentono dell'andamento dell'impresa e i loro rendimenti dipendono dai risultati raggiunti dall'attività bancaria. È possibile trarre una logica

⁶¹ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 96.

⁶² C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 96.

⁶³ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 73.

⁶⁴ Interessante una storica riflessione sulle esperienze di banca etica in Europa, cfr. A. CATTANEO, M. CINCERA (a cura di), *Capitali coraggiosi. Verso la banca etica*, Alfazeta, Parma, 1996.

conseguenza che si sostanzia nella posizione che assume la banca islamica che risulta essere meno gravosa sul versante della gestione dei rischi di una banca convenzionale.

È bene sottolineare che quando si parla di rischio bisogna indossare necessariamente le lenti della religione islamica: in particolare, con riguardo alla gestione del rischio un ruolo centrale è ricoperto dal principio di *ghàrar*: infatti, è ammissibile la presenza del rischio purché abbia una portata circoscritta.

Spostando lo sguardo al mercato convenzionale, le banche sono solite stipulare contratti di assicurazione sui conti di investimento al fine di limitare i possibili danni derivanti dai rischi; tale profilo però è stato ritenuto contrario alla Legge islamica dalla totalità delle scuole giuridiche islamiche in quanto colliderebbe con il principio della condivisione del rischio assunto dal depositante.

Chiarendo meglio quanto detto, il deposito in conto di investimento, nonostante tale termine venga ampiamente utilizzato nella prassi *Shari'ah compliant*, può apparire fuorviante in quanto, al di là dell'aspetto formale, nella sostanza si concretizza come uno strumento di partecipazione a cui corrisponde in capo al cliente/socio un diritto a una percentuale di utili su eventuali profitti ottenuti.

La dottrina occidentale ritiene che vi sia un punto critico che rende incompatibile la modalità di raccolta di capitale del sistema islamico con quello convenzionale, *i.e.* l'obbligo di rimborso in capo al depositante. Più nello specifico, tale incompatibilità riguarda solamente i depositi partecipativi, mentre quelli gratuiti non presentano questa criticità in quanto i soldi non vengono utilizzati per investimenti di alcun tipo⁶⁵. Al contrario però le forme partecipative di deposito sono esposte agli eventi che influiscono sul rendimento della banca islamica ed è anche vero che l'obbligo di rimborso è circoscritto grazie alle risorse di capitale e di riserva che possiede la banca islamica. In aggiunta, una banca islamica è inserita in un ordinamento giuridico, il quale possiede una normativa in materia di liquidità e riserve al fine di non giungere mai alla totale mancanza di capitale disponibile. Altro profilo volto a circoscrivere la portata degli effetti considerati negativi sul punto riguarda la diversificazione degli investimenti e dei relativi rischi, situazione analoga a ciò che accade in tutte le attività di impresa anche occidentali. Quindi, diversificare il rischio è compito di una 'buona' banca al di là del carattere religioso: infatti, tale profilo avvicina i due modelli, islamico e convenzionale, nella speranza che un sistema mutui dall'altro i punti di forza in modo da avere banche con

⁶⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 73.

scopi e ragioni d'esistere differenti ma allo stesso tempo egualmente solide per il risparmiatore.

3.1.1. (Segue) L'erogazione del credito

Per quanto attiene all'erogazione del credito, il sistema partecipativo assume un ruolo centrale in materia di credito in quanto, come è emerso nel corso della trattazione, è rappresentativo di un sistema alternativo di gestione del capitale⁶⁶. Il fulcro attorno cui ruota il discorso si sostanzia nell'impiego del credito a scopo produttivo: la banca e il cliente attuano un accordo contrattuale, dalla forma diversa a seconda delle contingenze del caso concreto, caratterizzato dalla compartecipazione della banca a uno specifico progetto da cui si predetermina una percentuale di utili volti a retribuire il servizio offerto dalla banca⁶⁷.

Più nel dettaglio, la banca islamica utilizza prevalentemente i contratti partecipativi sotto forma di *mudàraba* e sotto forma di *mushàraka* per l'erogazione del credito, assumendo la forma di *investment bank*. Da tale modello si configurano due diverse ipotesi: la prima, detta *two-tier mudàrabah*, la raccolta avviene mediante fondi che seguono la compartecipazione dei profitti delle parti coinvolte. In questo caso la banca islamica si comporta come *principal* per la banca stessa e per gli imprenditori finanziati, mentre come *agent* per i depositanti. La seconda ipotesi invece prende il nome di *two windows* e si basa anch'essa sul meccanismo della compartecipazione fra le parti con la sola differenza che le passività sono ripartite in depositi monetari oppure in depositi di investimento⁶⁸.

Attorno a tale modello di erogazione del credito sono state sollevate una serie di criticità per quanto riguarda i profili di rischio e di rendimento della raccolta a seguito dell'utilizzo dei contratti islamici: tale modello sembrerebbe collidere con la tradizionale funzione delle banche di controllo e di gestione del rischio⁶⁹. Più specificamente, l'intermediario assolve il compito di raccogliere capitale da soggetti terzi offrendo loro

⁶⁶ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 95 e ss; T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 115 e s.

⁶⁷ Si veda l'analisi condotta in materia di contratti *Shari'ah compliant* al Capitolo III.

⁶⁸ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 73.

⁶⁹ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 95 e ss.

degli strumenti con minor rischio rispetto al prenditore finale, al fine di circoscrivere il più possibile i rischi dell'operazione e le eventuali passività⁷⁰.

In aggiunta, la banca ha lo specifico compito di diversificare i rischi del portafoglio, profilo (quasi) del tutto assente nella banca islamica. Infatti, nel sistema finanziario islamico l'intermediario può scegliere liberamente le migliori modalità di investimento e inoltre (molte) banche *Shari'ah compliant* non sono tenute a mantenere il capitale in gestione separato dal proprio capitale. La separazione di questi patrimoni è richiesta specificamente dalle normative bancarie secolari al fine di evitare o comunque circoscrivere il rischio e le possibili insolvenze.

Osservando più attentamente la finanza islamica contemporanea, il modello di erogazione della raccolta così come descritto ha lasciato il passo a un modello più articolato volto a comprimere il rischio senza travolgere la peculiarità della compartecipazione. La dottrina evidenzia che il modello attuato è il risultato di un'attenta analisi di mercato, che si sostanzia nella raccolta distinta nell'attivo nei contratti partecipativi affiancati – per ridurre il rischio – a contratti di tipo indirettamente partecipativi; mentre sul versante delle passività, seppur si impiega la struttura della *mudarabah*, tale profilo gestionale è caratterizzato da una quota di raccolta a vista a breve termine, permettendo così al cliente di ritirare in qualsiasi momento la somma di danaro depositata. Se è vero che le banche islamiche utilizzano anche questa modalità di gestione della raccolta del denaro, è altrettanto vero che laddove venga riconosciuta tale facoltà al cliente questo rinuncia, in caso di ritiro anticipato, alla quota di utili preventivamente pattuita. Laddove l'intermediario bancario segua tale schema di gestione del rischio, è possibile affermare che – limitatamente a tale profilo – sia assimilabile a una banca convenzionale⁷¹.

In materia di erogazione del credito nel sistema bancario islamico oltre all'utilizzo dei contratti partecipativi e ai contratti indirettamente partecipativi, autorevole dottrina mette in risalto l'istituto giuridico del *qard hasan*, *i.e.* il mutuo senza interessi, anche noto come mutuo di beneficenza⁷².

⁷⁰ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 95 e ss.

⁷¹ D. MULJAWAN, *Risk Management in Islamic Finance. Issues, challenges, and strategies to mitigate the risk*, in *Essential Readings in Islamic Finance*, n. 3, 2008, p. 365.

⁷² A.Z. ABIDIN, N.M. ALWI, N.M. ARIFFIN, *A case study on the implementation of Qardhul hasan concept as a financing product in Islamic banks in Malaysia*, in *International Journal of Economics, Management, and Accounting*, n. 3, 2011, pp. 1-20.

Tale forma di erogazione del credito ricopre una funzione filantropica per finanziare le attività di beneficenza e gli enti non-profit. Per rispondere a tale esigenza di credito, le banche islamiche attingono dal capitale raccolto tramite il tributo della *zakat*. Si può sottolineare come la raccolta tramite l'elemosina cosiddetta obbligatoria venga conservata separatamente dalla raccolta di capitale ordinaria; inoltre, il capitale derivante da *zakat* mira così in concreto ad aumentare il benessere collettivo della *Ummah*.

Nella fattispecie in esame, non sono previste commissioni o forme di rimborso per il debitore, che deve essere comunque uno dei potenziali destinatari coranici della *zakat*⁷³. Data la cornice entro cui si muove la presente forma di erogazione del credito, si è soliti ritenere che il debitore del mutuo senza interessi deve restituire la somma entro un termine preventivamente concordato, e qualora vertesse in condizioni economiche difficili la banca dovrebbe concedere un altro termine in pieno raccordo con la regola del debitore in buona fede inadempiente⁷⁴.

Sul versante delle garanzie del cliente, in dottrina, vi è un acceso dibattito se il richiedente il mutuo debba presentare garanzie per l'inadempimento. La corrente maggioritaria risolve la questione negando la necessità di forme di garanzia di qualsiasi natura, preferendo invece come mera garanzia la parola data dal buon musulmano. Ebbene ricordare però che sul punto non vi è un'omogeneità né dottrinale né nella regolamentazione adottata dagli istituti bancari⁷⁵.

Il minimo comun denominatore in materia di erogazione del credito è senza dubbio il sistema partecipativo, che si sostanzia nella condivisione tra la banca e i suoi clienti dei profitti e delle perdite di una determinata transazione finanziaria. Appare utile sottolineare come il sistema bancario islamico abbia adottato, in primo luogo, questi modelli di raccolta e di erogazione in risposta al divieto di applicazione del tasso di interesse e, in secondo luogo, per affermarsi sul mercato bancario offrendo risultati analoghi a quelli delle banche convenzionali senza trascurare i principi di diritto islamico. Il raggio di azione delle banche si sviluppa in una cornice diversa rispetto al modo di agire delle banche convenzionali: infatti, il perno del sistema non è tanto la capacità di credito del richiedente, ma i potenziali risultati del progetto che il cliente vuole realizzare. In questo contesto, come già emerso dall'analisi dei contratti *Shari'ah compliant*, il rapporto

⁷³ Sul punto ci si permette di rimandare al Capitolo II.

⁷⁴ Si rinvia al Capitolo II del presente elaborato.

⁷⁵ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 74.

tra debitore e creditore e la scelta degli strumenti da utilizzare e gli scopi perseguiti diviene un fine comune delle parti.

In un quadro così composito, vi è un nodo di criticità di non poco conto: le banche islamiche al fine di operare nel modo più efficace ed efficiente devono affrontare il delicato tema della preparazione tecnica delle risorse umane per garantire la piena conformità alla *Shari'ah*.

4. *La governance della banca islamica: lo Shari'ah Supervisory Board*

L'apparato di *corporate governance* costituisce un'altra peculiarità delle banche islamiche: la presenza obbligatoria all'interno degli organismi dell'intermediario dello *Shari'ah Supervisory board*⁷⁶ (SSB). Questo organismo funge da garante della *compliance* dei prodotti e servizi offerti ai clienti, certificando la pienezza di conformità ai precetti della *Shari'ah* e alle interpretazioni offerte dagli organismi internazionali⁷⁷. Lo *Shari'ah Supervisory board* ha un ruolo bicefalo: in primo luogo, esso vaglia la conformità dei prodotti bancari e finanziari al diritto islamico; in secondo luogo, fonda la fiducia dei clienti/risparmiatori nei confronti della banca.

Gli *Shari'ah Supervisory Board* sono organismi composti da *scholars*, ossia giuristi, economisti ed esperti di diritto canonico islamico, i quali hanno il compito di

⁷⁶ Per approfondimenti ulteriori sull'istituto dello *Shari'ah Supervisory Board* si veda SIDDIQUI, *Shari'ah compliance, performance, and conversion: the case of the Dow Jones Islamic Market Index*, Chicago Journal of International Law, 2007, 496, secondo cui “*the role of a Shari'ah supervisory board in a financial institution is to ensure that all the institution's financial undertakings are pure, or in religious terms, free from unlawful (haram) elements. Shari'ah supervisory boards base their advice and opinions, or fatawa, on their readings and interpretations of the Qur'an, which is believed by Muslims to be the revealed word of God (Allah); the Sunnah or practice of the Prophet of Allah, Prophet Muhammad, upon him be peace; the consensus of the scholars (ijma); and the opinions of the classical jurists and their successors*”. Al riguardo, si rinvia anche a DELORENZO, “*Shari'ah Compliance Risk*”, Chicago Journal of International Law, 2007, 399; AA.VV., “*Dow Jones Islamic Market Indexes*”, Quarterly Review, 2008.

⁷⁷ Gli organismi internazionali nel settore bancario islamico hanno un ruolo fondamentale tanto in materie specifiche quanto sulla diffusione di principi e regole uniformi, quali ad esempio standard fiscali, contabili ovvero promuovere accordi tra paesi al fine di creare uno sviluppo armonico del sistema. Le Autorità islamiche che costituiscono l'infrastruttura dell'attività bancaria sono composte da numerosi organismi, è possibile ricordare in questa sede *Islamic Research and Training Institute* con il fine di creare l'ambiente per un mercato secondario, l'*International Islamic Rating Agency* il quale si occupa di rating per gli strumenti finanziari islamici, *International Islamic Financial Market* che mira alla gestione del mercato secondario dei prodotti finanziari islamici, segue *Liquidity Management Centre* che promuove la ricerca e la formazione, etc. Per un'analisi dettagliata sull'infrastruttura islamica è possibile consultare P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 51 ss.

emettere, solitamente seguendo le *best practice* sovranazionali⁷⁸, una certificazione di conformità alla *Shari'ah* dei singoli prodotti finanziari. In buona sostanza, questo organismo possiede la prerogativa di emettere delle *fatawa*⁷⁹ che incidono sulla commercializzazione di un prodotto finanziario. Solitamente lo *Shari'ah Board* è composto da un numero variabile di esperti che mutano a seconda del contesto nazionale in cui opera la banca islamica e in funzione delle dimensioni dell'intermediario. È un numero che varia da un minimo di tre ad un massimo di sette⁸⁰. Gli *scholars* si riuniscono da due a quattro volte all'anno; sono remunerati dalla società che chiede la loro autorevole collaborazione ma tendenzialmente si vuole evitare che questi siano dipendenti interni della società per garantirne imparzialità e terzietà nello svolgimento delle mansioni assegnate. Il profilo di indipendenza di questo organismo risulta essere centrale, infatti, lo *Shari'ah Supervisory Board* agisce in modo separato rispetto agli organismi cosiddetti tradizionali (in quanto presenti anche nelle banche convenzionali) come il consiglio di amministrazione, gli azionisti e il comparto del management.

Questo organismo è costituito da esperti in materia economico-finanziaria ma al contempo, altamente competenti anche in materia di diritto religioso islamico e più in generale di *Shari'ah*. Essi, infatti, garantiscono la conformità dei prodotti finanziari, rappresentando un elemento di attrattività per gli investitori islamici⁸¹.

Indubbio è che il profilo professionale dei componenti dello *Shari'ah Supervisory Board* sia elevato e abbia indiscusse ripercussioni sulla scarsa presenza sul mercato del lavoro di questa irrinunciabile risorsa umana. Ciò comporta che tali esperti offrano la loro attività professionale presso istituti di intermediazione finanziaria spesso concorrenti tra

⁷⁸ Ci si riferisce all'AAOIFI, *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions*, la quale ha prospettato una certificazione tipo consultabile in <https://aaoifi.com>. Oppure, in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 77.

⁷⁹ La *fatwa* è il risultato di due azioni: l'*istifta*, la domanda, e l'*ifta*, la risposta/chiarimento. Sul punto, cfr. F. CASTRO, *Il modello islamico*, cit., 2007, p. 23 s.

⁸⁰ È bene sottolineare come la denominazione e il numero dei membri dello *Shari'ah Supervisory Board* sia differente a seconda del luogo in cui ha sede l'intermediario finanziario. Alcuni esempi sul punto sono riportati dal seguente testo P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 76. L'Autore, tra i vari, riporta la denominazione del *Qatar Islamic Bank* cui nome dello SSB è *Shari'ah Control Board* con un numero di componenti pari a quattro unità. Invece, nel caso della *Dubai Islamic Bank* lo SSB è denominato *Shari'ah and Fatwa Supervisory Panel* con numero di componenti sempre pari a quattro. Ancora, la *Islami Bank Bangladesh* ha un numero di *scholars* di dieci unità.

⁸¹ Lo *Shari'ah Supervisory Board* ha tratti comuni ai comitati etici previsti negli intermediari cosiddetti etici presenti nel mondo economico occidentale. Cfr., sul punto, R. HAMAURI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, cit., p. 58 s.

loro. Ciò ha sollevato le critiche della dottrina⁸² che ha rimarcato come possano intravedersi profili di mancanza di terzietà e di imparzialità degli esperti nel vaglio dei prodotti finanziari offerti da un determinato istituto finanziario *Shari'ah compliant*.

L'indipendenza professionale ed intellettuale, così come quella morale, costituisce una caratteristica essenziale della deontologia professionale di ogni esperto incardinato in uno *Shari'ah Supervisory Board*⁸³.

Altre caratteristiche sono la responsabilità personale e piena per la prestazione lavorativa offerta; la cura e l'onesta dell'integrità del proprio operato; l'interesse alla formazione continua nel comparto della finanza islamica.

Per quanto attiene i profili di nomina dei membri dello *Shari'ah Supervisory Board* sono presenti tre possibili canali: la scelta può avvenire direttamente ad opera degli azionisti, dell'assemblea dei soci o da parte del governo⁸⁴.

Gli esperti degli *Shari'ah Supervisory Board* emettono, vagliati su più fronti i prodotti e i servizi offerti, delle *fatawa* sul lancio di nuovi prodotti in modo da poter certificare, e quindi, garantire agli *stakeholders* cosa si debba ritenere *halal* o *haram*. Più nello specifico, infatti, gli *scholars* certificano la conformità alla *Shari'ah* dei servizi/prodotti offerti dalla banca; effettuano dei veri e propri controlli sul rispetto delle regole religiose ampiamente intese; effettuano altresì attività di *audit* ossia controlli sulla conformità al diritto islamico della correttezza dei dati di bilancio e, laddove richiesto, offrono a favore del management delle vere e proprie consulenze.

In conclusione, lo *Shari'ah Supervisory Board* è un organo essenziale poiché fulcro attorno cui ruota l'intero andamento e l'indirizzo della conformità alla *Shari'ah*.

5. Il bilancio della banca islamica

Come si è messo in evidenza nel corso dei paragrafi precedenti, la banca islamica è un istituto che riceve depositi, che raccoglie risparmi, che eroga credito per finanziare

⁸² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 74.

⁸³ P. BIANCONE, S. SECINARO, *The equity crowdfunding Italy: a model Shari'ah compliant*, in *European Journal of Islamic Finance*, n. 5, 2016, pp. 1-11.

⁸⁴ È il caso, ad esempio, della Malesia in cui la nomina avviene mediante enti governativi indipendenti a cui è subordinata l'accettazione da parte della banca islamica prima di immettersi sul mercato finanziario dell'economia *halal*. Cfr., INSTITUTE OF SOUTHEAST ASIAN STUDIES (a cura di), *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud-est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1992, p. 81 ss.

varie tipologie di progetti⁸⁵. Ha un ruolo fondamentale nella gestione delle risorse economiche di un determinato luogo e, proprio per una ragione di trasparenza nella gestione del capitale, vige un obbligo di redigere un documento di bilancio volto a rendicontare le attività svolte in conformità alla *Shari'ah*⁸⁶.

Le voci di bilancio risentono delle peculiarità della banca islamica che opera essenzialmente attraverso quattro meccanismi: *profit and loss sharing*, servizi gratuiti, margini prefissati ed infine la vendita con riacquisto di beni⁸⁷. Data la specificità dell'operatività della banca islamica e dei diversi tipi di contratto utilizzati, il dibattito fra i giurisperiti islamici è stato particolarmente acceso con specifico riguardo ai metodi di redazione del bilancio⁸⁸. In particolare, i metodi contabili convenzionali servono a cristallizzare la situazione finanziaria, mentre la procedura contabile *Shari'ah compliant* soddisfa una ulteriore richiesta: la certificazione della conformità del comportamento bancario ai principi giuridico-economici islamici⁸⁹. Si è detto che la garanzia di tale conformità è assicurata dallo *Shari'ah Supervisory Board*, il quale vigila sull'adeguatezza di tutte le operazioni e produce un'attestazione che verrà allegata al bilancio⁹⁰. È intuibile che ogni *Shari'ah Board* operi secondo una propria modalità e data la crescente espansione del segmento finanziario islamico è emersa la necessità di un'omogeneità dei profili contabili su scala globale. Tale necessità è stata accolta dall'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* che ha enucleato delle regole contabili che hanno tenuto in considerazione due diverse esigenze: la prima, il recepimento degli *standard* internazionali adattandoli al comparto islamico; la seconda, invece, conformare la contabilità al dinamismo della finanza islamica contemporanea⁹¹.

L'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* ha emanato attualmente diversi documenti con riguardo ai profili contabili⁹², però, non

⁸⁵ P. BIANCONE, *Il bilancio della banca islamica: la contabilizzazione dei contratti tipici*, in *Scritti in onore del Professor Pellegrino Capaldo*, Egea, Milano, 2012, p. 1218.

⁸⁶ Sul punto si veda l'opera di F. GUERANGER, *Finance islamique*, Paris, Dunod, 2009, p. 30.

⁸⁷ Vedi *supra*.

⁸⁸ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 167.

⁸⁹ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 69.

⁹⁰ Vedi *supra*.

⁹¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 168.

⁹² *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* ha emesso precisamente 26 standard di contabilità, inoltre, ha predisposto una serie di facsimile al fine di coadiuvare le varie banche islamiche nella preparazione e nella redazione del documento di bilancio. Si rimanda per maggiori approfondimenti al seguente indirizzo web: www.aaofii.com.

hanno carattere vincolante per tutte le banche islamiche, fatta eccezione per il Qatar, l'Indonesia, il Bahrain e il Bangladesh. Tendenzialmente, tali *standard* vengono adottati da intermediari situati nel Medioriente, mentre, come ricorda parte della dottrina, alcuni Stati obbligano i propri intermediari islamici a seguire le regole contabili predisposte da specifici organismi nazionali interni⁹³. Più nel dettaglio, tale panorama si viene a creare a causa dell'adesione volontaria da parte degli Stati all'infrastruttura islamica; al contrario le banche islamiche non possono sottrarsi alle normative del luogo. È bene comunque sottolineare che, nonostante la base volontaristica, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* è ritenuta dalla dottrina fonte autorevole a cui ispirarsi per la conformità alla *Shari'ah*⁹⁴. I principi contabili da questa predisposti rimangono obbligatori, secondo un criterio sussidiario, in assenza di specifiche discipline nazionali. In ultima battuta, sul punto, appare utile sottolineare come gli organismi nazionali, vincolanti per le banche islamiche interne, si ispirino agli studi, ai documenti e ai pareri emessi dalle principali infrastrutture islamiche, creando comunque un certo grado di omogeneità in materia di bilancio.

Poste tali premesse, è possibile concentrarsi sullo *standard* n. 1 emesso da *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*, noto come *General presentation and disclosure in the financial statements of Islamic banks and financial institution*, che ha come finalità quella di definire la modalità e il contenuto del bilancio di una banca islamica⁹⁵.

Lo *standard* prevede che il bilancio contenga lo stato patrimoniale, il conto economico, il rendiconto finanziario, il prospetto delle variazioni di patrimonio netto, il prospetto delle variazioni in *restricted investment*, il prospetto delle fonti e degli utilizzi di fondi nella *zakat*, note di bilancio ed infine ogni documento utile per la comprensione

⁹³ L'adesione all'*Accounting and Auditing for Islamic Financial Institution* è su base volontaria. Laddove uno specifico Stato abbia predisposto una specifica normativa contabile, la banca è tenuta al rispetto della normativa secolare interna come nel caso delle banche site in Malesia che devono seguire le regole predisposte dalla *Maleysian Accounting Standard Board* oppure come nel caso della Turchia dove le banche si devono conformare a quanto previsto dalla *Turkish Accounting Standards*. Sul punto, per maggiori approfondimenti si veda P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 168.

⁹⁴ Nota 4 in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 168. L'Autore sostiene che, al fine di garantire maggior conformità ai principi contabili predisposti dell'*Accounting and Auditing for Islamic Financial Institution* sarebbe opportuno riflettere su un possibile trasferimento di funzione all'*Islamic Financial Services Board*, che è dotato di maggior autorità in quanto organismo internazionale. Dello stesso pensiero S. HARON, W. AZMI, W. NEUROFIZA, *Islamic finance and banking system. Philosophies, principles and practice*, Pearson, Londra, 2013, p. 23 e ss.

⁹⁵ Cfr., sul punto, AAOIFI, *Conceptual Framework for Financial Reporting by Islamic Financial Institutions*, 2010.

del bilancio stesso⁹⁶. Appare chiaro che molte voci sono identiche a quelle del bilancio di una banca convenzionale, altre invece sono esclusive della banca islamica: si è deciso di porre l'accento su quelle che caratterizzano la redazione del documento di bilancio di un intermediario *Shari'ah compliant*⁹⁷.

Sul punto, meritorio di interesse è lo stato patrimoniale, che è sensibilmente differente dalla medesima voce prevista in un bilancio convenzionale⁹⁸. Lo stato patrimoniale presenta l'attivo, oltre al capitale circolante, prevede partecipazioni della banca negli *assets* delle imprese con conseguente condivisione degli utili e delle perdite. Si vuole essenzialmente mettere in luce in questa voce il capitale derivante dalla sottoscrizione dei contratti partecipativi da parte della banca; tali contratti rappresentano i finanziamenti alla clientela a breve termine e a rischio limitato⁹⁹.

All'interno dello stato patrimoniale è presente anche il passivo in cui trovano spazio i depositi effettuati dai clienti per gli investimenti (*mudaraba* e *wakada*); i depositi garantiti tra cui si annoverano i *wadia* e *jariya*; i conti di risparmio (*wadia al idhdkikhar*) ed infine conti di investimento (*madia al-istithmar*)¹⁰⁰.

Tra l'attivo e il passivo non vige nessun tipo di meccanismo di compensazione, rimanendo questi obbligatoriamente distinti. Il raggruppamento, come mostrato nella tabella che segue, avviene con riferimento alla natura di operazioni di attivo e di operazione di passivo¹⁰¹.

Figura n. 3 – Tabella dello stato patrimoniale di un intermediario bancario islamico

| ATTIVO | PASSIVO |
|---|---|
| <i>Trade financing (salam, murabahah)</i> | Depositi in conto corrente non remunerati |

⁹⁶ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., pp. 70-72.

⁹⁷ P. BIANCONE, *Il bilancio della banca islamica: la contabilizzazione dei contratti tipici*, cit., p. 1219.

⁹⁸ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 73.

⁹⁹ Dr. RUQAIA, *Presentation-Understanding of strictly private and confidential islamic bank's balance sheet*, Malaysia, 2012, p. 30.

¹⁰⁰ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 75.

¹⁰¹ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 172.

| | |
|---|-------------------------------------|
| <i>Jarah e Istisna'</i> <i>Mudarabah</i> | <i>Investment accounts</i> |
| <i>Mushàraka</i> | <i>Special investments accounts</i> |
| Altre attività | Altri debiti Capitale e riserve |

Fonte: P. Biancone, *Il bilancio delle banche islamiche: la contabilizzazione dei contratti tipici*.

Più nel dettaglio, l'attivo di bilancio è stato definito dall'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* come l'insieme di *assets* dello stato patrimoniale capaci di generare in futuro flussi di cassa positivi di per sé o in combinazione con altri beni¹⁰². Da questo punto di vista, le banche islamiche possiedono un numero più elevato di strumenti a loro disposizione che hanno scadenze differenti nel corso del tempo e quindi differenti periodi di ritorno, ciò si profila grazie agli strumenti contrattuali in uso sul mercato finanziario islamico¹⁰³. Uno spazio importante ricopre come contratto di finanziamento a breve termine la *mudàraba* e la *salam*. Per gli investimenti a lungo termine, ben si presta il contratto di *mushàraka* ed infine per quelli a medio termine si annoverano l'*ijarah* e l'*istisnah*¹⁰⁴.

Per quanto attiene alle passività contenute nel documento di bilancio è possibile aggiungere, come emerso dall'analisi dell'erogazione del credito, che i depositi a capitale garantito rientrano nel capitale della banca, che ha un ruolo di mero custode e non è prevista nessuna forma di remunerazione. Diverso è il discorso dei depositi partecipativi che sono a termine in cui la banca ha la piena disponibilità del capitale dei clienti: questi permettono ai clienti di ottenere una remunerazione grazie al principio della partecipazione agli utili e alle perdite. Si è già messo in luce che i depositi partecipativi possono essere vincolati a uno specifico progetto oppure possono essere indirizzati ad attività indistinte¹⁰⁵.

¹⁰² M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 74.

¹⁰³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 171.

¹⁰⁴ P. BIANCONE, *Il bilancio della banca islamica: la contabilizzazione dei contratti tipici*, cit., p. 1219.

¹⁰⁵ Per maggiori approfondimenti in materia di depositi partecipativi nel sistema finanziario islamico ci si permette di rinviare al capitolo 3 del presente elaborato. In aggiunta, si veda la disamina condotta da E.

Analizzando tali depositi in un'ottica di bilancio *Shari'ah compliant*, è intuibile comprendere la ragione per cui questi istituti giuridici rientrino nella voce passività: il capitale dei clienti, al di là della forma giuridica assunta, è utilizzato per forme di finanziamento e di investimento *halal*, tali somme sono nella titolarità dei clienti e quindi rappresentano una percentuale in negativo per l'intermediario¹⁰⁶.

Osservando il patrimonio netto appare essenziale sottolinearne alcune peculiarità tipiche di una banca islamica, con particolare riguardo all'adeguatezza e alla conformità patrimoniale¹⁰⁷. È stato stabilito che all'interno del bilancio è obbligatoriamente necessario che emerga il totale del capitale sottoscritto e versato, il numero di azioni e i movimenti legati alle riserve legali¹⁰⁸. Queste ultime ricoprono un ruolo centrale a garanzia della solidità patrimoniale della banca islamica; tra le varie forme di riserva quella di maggior importanza è senza dubbio l'*investment risk reserve*, noto con l'acronimo IRR. Tale forma di riserva indica gli accantonamenti di utili che derivano dai depositi partecipativi e servono a far fronte a eventuali perdite. Emerge con chiarezza la *ratio* di tale prescrizione: salvaguardare il capitale utilizzato per creare profitto, cercando inoltre di scongiurare il pericolo di fallimento a garanzia dell'intera clientela data l'applicazione del principio partecipativo¹⁰⁹.

Vi è un'altra riserva che assume un ruolo di rilievo nell'analisi che si sta conducendo, ossia la *profit equalization reserve*. Essa è costituita dai ritorni di capitale derivanti dalla sottoscrizione di *mudaraba* al fine di creare una situazione giuridico-economica di livelli di rendimento, perlomeno minimo, nel tempo ai titolari di capitale immesso in transazioni partecipative assieme alla banca. Il tetto massimo di accontamento previsto dagli standard delle infrastrutture islamiche è pari al 15% del reddito lordo

MONTANARO, *La banca islamica: una sfida per le regole di Basilea*, in *Studi e note di economia*, n. 3, 2004, pp. 10-11.

¹⁰⁶ Si richiama la Tabella n. 3 dal titolo *Stato patrimoniale (Passività e patrimonio netto)* in P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 176.

¹⁰⁷ Per la consultazione di tutte le voci che compongono il patrimonio netto si veda P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 178. In particolare, l'Autore riporta come esempio lo stato patrimoniale della *Ithmaar Bank bsc* nell'anno 2016.

¹⁰⁸ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 76 s.

¹⁰⁹ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 77.

mensile. In altri termini, la voce di bilancio *profit equalization reserve* mira a tutelare i depositanti e gli investitori da potenziali eventi negativi di mercato¹¹⁰.

In ultima battuta, tra i profili di maggior rilievo di un bilancio di una banca *Shari'ah compliant* figura il conto economico in quanto mette in risalto, a differenza di un intermediario convenzionale, la competitività della banca islamica, la tipologia dell'offerta ed infine le forme di guadagno. Lo standard dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*, ha previsto che all'interno di tale voce debbano figurare ricavi, costi, oneri e proventi e che questi vengano classificati secondo la loro natura¹¹¹.

È proprio dal conto economico della banca che si evince la posizione di mercato che assume rispetto alle banche concorrenti, la sua capacità di redditività e le politiche gestionali in materia di investimenti. Sul punto, appare ancora una volta di primaria rilevanza sottolineare come il conto economico è utile ai risparmiatori a comprendere come l'intermediario islamico moduli il principio della condivisione dei profitti e delle perdite: infatti, tale voce registra la capacità manageriale utile al cliente nelle scelte bancarie da attuare, mentre nel sistema convenzionale il capitale del risparmiatore è già garantito dal tasso di interesse predeterminato. In sintesi, il conto economico mette il cliente in condizione di scegliere tra le varie banche *Shari'ah compliant* al fine di assicurarsi il miglior risultato economico-patrimoniale in conformità con la *Shari'ah*¹¹².

Le voci che compongono il conto economico devono essere contenute in un prospetto informativo che consenta di comprendere e di cogliere i risultati delle diverse tipologie di transazioni stipulate dalla banca. È prevista quindi l'informazione avente a oggetto gli investimenti finanziati congiuntamente (*jointly financed*) dalla banca e dai titolari dei conti di investimento non vincolati (*self-financed*)¹¹³.

6. *La banca islamica e la risoluzione delle controversie tramite il ricorso alla procedura arbitrale*

¹¹⁰ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche, Inquadramento teorico ed evidenze empiriche*, cit., p. 77.

¹¹¹ Cfr., sul punto, P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 179 s.

¹¹² P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 181 s.

¹¹³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 181 s.

L'arbitrato bancario¹¹⁴ è un istituto centrale per la risoluzione delle controversie che possono interessare i contratti islamici, divenendo ancor più centrale quando l'agire delle banche islamiche avviene in un contesto giuridico non islamico stante la tendenziale assenza di una normativa organica dei contratti *Shari'ah compliant*. A ciò si associa la conseguenza di una conoscenza specifica in materia di diritto islamico da parte del giudice (secolare) per cui si impone il ricorso a un terzo avente specifiche conoscenze e competenze professionali.

Alla luce delle fonti di diritto islamico, l'arbitrato è un istituto a cui le parti in lite ricorrono per devolvere l'oggetto della controversia alla cognizione di un terzo, *hakam*, competente in materia contrattuale bancaria e profondo conoscitore della *Shari'ah*, in modo da giungere a una decisione vincolante per le parti e allo stesso tempo conforme al dettato divino¹¹⁵. Appare sin da subito chiaro perché l'istituto dell'arbitrato in materia bancaria islamica ha un ruolo da protagonista: laddove la controversia venisse presentata ad un giudice nazionale, questo sarebbe obbligato a risolvere la lite applicando la legge secolare e le parti non avrebbero nessuna possibilità di vedere risolto il caso concreto alla luce del diritto islamico e delle elaborazioni dottrinali coerentemente alla natura giuridica del rapporto contrattuale. In altri termini, l'applicazione di un diritto altro per la risoluzione della controversia colliderebbe con le finalità che persegue il sistema finanziario islamico. Tale problematicità è superabile utilizzando l'arbitrato poiché sono le parti a indicare il diritto applicabile al caso concreto, superando l'assenza di una disciplina civilista conforme alla *Shari'ah*.

¹¹⁴ L'arbitrato costituisce una tra le forme più antiche di giudizio esistenti in Arabia ancor prima della Rivelazione islamica. L'Islam lo ha custodito anche se, originariamente, lo ha considerato uno strumento residuale alla giurisdizione ordinaria; successivamente, in un periodo di transizione, si rinviene, all'interno di una *sura* medinese, espresso richiamo a tale strumento di risoluzione delle controversie. Sul punto, Il Corano IV: 53 «Dio vi prescrive di restituire i depositi ai proprietari e di giudicare secondo equità quando arbitrate i vostri simili. Altissima missione alla quale Dio vi chiama. Dio ascolta e vede tutto».

Per maggiori approfondimenti sul tema si richiama M. PAPA, *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, in *Banche islamiche in contesto non islamico*, G.M. PICCINELLI (a cura di), Roma, IPO, 1994, p. 171 s.; E. TYAN, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, II ed., Leiden, 1960, pp. 27-61.

¹¹⁵ Il soggetto terzo a cui è affidata la procedura arbitrale deve possedere specifiche qualità: essere di religione islamica, libero, maschio, pubere, sano di mente, capace intellettualmente ed infine moralmente integro. Le scuole giuridiche islamiche sono concordi in merito all'esclusione delle donne dai processi decisionali e tale impostazione si basa su Il Corano, IV: 34 «Gli uomini sono preposti alle donne a causa della preferenza che Iddio concede agli uni rispetto alle altre». Il termine «preposto» è da intendersi come coloro ai quali è attribuita maggior responsabilità nello svolgimento di compiti con incidenza sociale.

Cfr., sul punto, G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 90 s.

È necessario volgere lo sguardo all'elaborazione del *fiqh* in materia di amministrazione della giustizia per rinvenire la sommarietà con cui veniva trattato l'arbitrato nelle fonti islamiche; esso veniva considerato più che altro strumento sussidiario al meccanismo giurisdizionale ordinario¹¹⁶. È grazie (o a causa) del sistema bancario islamico che l'arbitrato acquista centralità nell'amministrazione della giustizia: infatti, è tipico rinvenire all'interno dei contratti *Shari'ah compliant* la presenza di una clausola compromissoria tra banca e clientela che rimette proprio ad un arbitrato future controversie¹¹⁷. Osservando con attenzione tale fenomeno, è possibile asserire che il comparto finanziario islamico è andato in direzione contraria a quello convenzionale, quest'ultimo non avendo la necessità di ricorrere a un giudizio che tenga conto della natura religiosa dei contratti bancari islamici.

Con riguardo alle clausole compromissorie è possibile rinvenirle all'interno della modulistica data al cliente nel momento della sottoscrizione di un contratto con la banca; la dottrina rileva che la formulazione è assai varia: indicazioni precise, rinvii a regolamenti interni, il richiamo all'arbitrato solo per alcune conseguenze giuridiche oppure per alcune specifiche fattispecie contrattuali¹¹⁸. In aggiunta, le parti contrattuali possono decidere elementi di dettaglio della procedura arbitrale, il numero degli arbitri, qualità aggiuntive e altresì ribadire la forza vincolante del lodo arbitrale. Ciò è il risultato della manifestazione delle parti e rientra appieno nell'autonomia privata dei contraenti, configurando un diritto dei privati alternativo a quello dell'ordinamento giuridico secolare in cui la controversia è sorta¹¹⁹.

Osservando più nel dettaglio il profilo delle clausole compromissorie, la dottrina islamica si è interrogata sulla loro validità, in particolare sulla presenza di aleatorietà della clausola oppure dell'intento speculativo, che contrasterebbero rispettivamente con il

¹¹⁶ M. PAPA, *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, cit., p. 172.

¹¹⁷ M. PAPA, *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, cit., p. 172.

¹¹⁸ G.M. PICCINELLI, *Banche islamiche in contesto non islamico*, cit., p. 90 s.

¹¹⁹ Non è questa la sede per comprendere se un sistema di *Common law* oppure di *Civil law* agevoli il ricorso all'arbitrato islamico in caso di controversie. È possibile accennare Paesi come gli Stati Uniti e il Regno Unito favoriscano l'adozione di tecniche alternative per risolvere i conflitti. Cfr., sul punto, J.S. AUERBACH, *Justice Without Law*, New York, Oxford, 1983; R.A. POSNER, *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Cambridge, 1996; O.G. CHASE, *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in *L'altra giustizia*, V. VARANO (a cura di), Milano, 2007, p. 144 ss.; Id., *Gestire i conflitti. Diritto, cultura, rituali*, Roma-Bari, 2009, p. 112 ss.; C.A. REICH, *The Greening of America: How the Youth Revolution is Trying to Make America Livable*, New York, 1970, p. 228; C.H. CROWNIE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review*, n. 76, 2001, p. 1768.

divieto di *ghàrar* e con il divieto di *ribà*. Le scuole giuridiche islamiche, seguendo l'impostazione di quella hanbalita, non hanno rilevato nessuna forma di interesse né di alea, considerando tali clausole pienamente produttive di effetti giuridici. Inoltre, la *ratio* sottesa a tali clausole è il ristabilimento della giustizia tra le parti attraverso un procedimento indubbiamente più celere e più snello rispetto alla giustizia ordinaria¹²⁰.

Quanto detto sino a questo punto della trattazione sembrerebbe che il ricorso all'arbitrato sia privo di criticità invece alcuni vantaggi sono più teorici che sostanziali.

Innanzitutto, i costi: il processo arbitrale potrebbe comportare un esborso economico molto elevato in capo alle parti coinvolte in quanto vi è una difficoltà oggettiva nella ricerca di arbitri aventi una formazione specifica in diritto islamico dei contratti bancari¹²¹.

Storicamente, tra le maggiori criticità si rileva la mancanza di poteri cautelari in capo all'arbitro con necessità di rivolgersi al giudice secolare ogni qualvolta si presentasse una necessità cautelare¹²². Tale criticità, laddove fosse istituito un arbitrato islamico in Italia, sarebbe superata grazie la novella dell'articolo 818 c.p.c., che ha riconosciuto all'arbitro la possibilità di emettere provvedimenti cautelari, sebbene l'esecuzione ne rimanga affidata al Tribunale del luogo. Però, non tutti gli ordinamenti giuridici hanno una disposizione simile e ciò può comportare un rallentamento dei tempi del procedimento laddove si rendesse necessario l'intervento dell'autorità secolare per l'emissione di eventuali misure cautelari. Tale profilo rimane al momento una questione aperta anche per quanto concerne tutti gli arbitrati commerciali secolari però per quanto riguarda l'arbitrato islamico tale problematica è amplificata in quanto è la legge secolare del luogo a determinare le condizioni di ammissibilità e la procedura da seguire, non essendo garantita la piena conformità della procedura al dettato divino. Sul punto, la dottrina pone l'accento sull'elemento volontaristico delle parti: infatti, queste hanno escluso, attraverso una specifica pattuizione, l'intervento dell'amministrazione della giustizia nazionale per dirimere la controversia, però, al contempo, laddove vi fossero i presupposti l'arbitrato dovrà ricorrere al giudice ordinario per poter dare attuazione ad un lodo equo ed eticamente corretto. Ciò determina un vero e proprio corto circuito

¹²⁰ Su questi aspetti si veda l'attenta analisi condotta da S. SETRAKIAN, *Arbitration under the legal system of middle eastern countries*, in *Middle east executive reports*, 1978, p. 8.

¹²¹ Il tema di una formazione specifica del personale è già emerso (e di difficile risoluzione) con riguardo ai membri esperti dello *Shari'ah Supervisory Board*. Cfr., sul punto, il paragrafo 4 di questo capitolo (v. *supra*).

¹²² M. PAPA, *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, cit., p. 172.

superabile unicamente con una legislazione volta a riconoscere poteri cautelari agli arbitri bancari¹²³.

Tale situazione di *impasse* non è superabile neanche attraverso una clausola compromissoria in cui le parti richiamano, in deroga alla legge del luogo, regolamenti di infrastrutture islamiche. Un accordo in tal senso sarebbe inefficace quanto a quelle misure che richiedono il potere coattivo di cui è investito il giudice. Da ciò discende una conseguenza pratica: le parti potrebbero trovare più conveniente rivolgersi direttamente al giudice ordinario per risolvere una controversia, evitando così di sottoporsi prima al procedimento arbitrale e poi a quello giurisdizionale per l'esecuzione della misura cautelare. Evitare un inutile rallentamento della procedura è comune interesse delle parti coinvolte, che mirano a dirimere la questione; indubbiamente la doppia procedura fa venir meno la celerità tipica del ricorso all'arbitrato.

È possibile osservare che le parti vogliono risolvere la questione alla luce della *Shari'ah* perché ciò vuole significare il rispetto di una decisione dal carattere (anche) morale. Con specifico riguardo al lodo arbitrale, è chiaro che debba essere emesso in pieno raccordo con il diritto islamico: in via generale la decisione dovrà propendere per il riconoscimento di una obbligazione oppure per il disconoscimento di una obbligazione alla luce delle regole che ne legittimano l'esistenza stessa. Appare dunque necessario che gli ordinamenti c.d. secolari riconoscano, alla luce delle disposizioni civili interne, un maggior grado di autonomia privata e, nel caso di specie, riconoscano alle parti la possibilità di utilizzare la giurisdizione arbitrale islamica per risolvere una controversia che ha alla base un rapporto giuridico di natura profondamente diversa rispetto alle logiche di un ordinamento giuridico secolare. Il contesto multiculturale e multireligioso impone allo Stato un arduo compito: la ricerca di un (difficile) equilibrio tra autonomia dei consociati e potere pubblico. Un equilibrio da ricercare anche nel comparto finanziario e di conseguenza nella modalità di risoluzione di possibili profili di litigiosità.

7. La banca islamica come strumento di integrazione per l'Islam della diaspora

La banca islamica è oggetto di studio anche da altri punti di osservazione quale strumento di inclusione finanziaria dei fedeli islamici, rappresentando un potenziale

¹²³ Il riconoscimento di poteri cautelari agli arbitrati è riconosciuto in Paesi come il Regno Unito e il Belgio anche se la maggior parte degli ordinamenti nazionali ha preferito optare per il ricorso al giudice ordinario. Cfr. M. PAPA, *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, cit., p. 185.

volano per l'integrazione delle comunità islamiche. Quest'ultimo profilo diviene oggetto di attenzione a seguito dei fenomeni migratori degli ultimi anni, in particolare la letteratura scientifica ha posto l'accento sul concetto di esclusione finanziaria delle comunità islamiche presenti in Occidente¹²⁴.

Osservare la banca islamica come strumento di integrazione sociale impone allo studioso di comprendere primariamente i contorni del concetto di esclusione finanziaria. Tale termine ha trovato ampio spazio nella discussione a partire dagli anni '90 del secolo scorso, attirando l'interesse accademico e politico, a livello centrale e a livello locale, a causa degli effetti dell'industrializzazione¹²⁵.

Originariamente, il termine esclusione finanziaria è stato inteso sul piano materiale, ossia come mera limitazione fisica di accesso alle banche¹²⁶, e solo successivamente, nel 1999, tale nozione è stata estesa alle barriere di accesso al credito¹²⁷.

In particolare, l'esclusione finanziaria è stata definita come:

«il processo attraverso il quale le persone incontrano difficoltà ad accedere e/o utilizzare prodotti e servizi finanziari disponibili nel mercato *mainstream* adatti alle loro esigenze e che consentono loro di condurre una vita normale nella società a cui appartengono»¹²⁸.

Tale definizione ha una portata ampia che ricomprende diversi profili: l'accesso e l'utilizzo di prodotti o servizi finanziari che, da un lato, può essere intesa come difficoltà di accesso fisico ai luoghi bancari, così come era inteso in origine; dall'altro lato, invece,

¹²⁴ D. FRIGERI (a cura di), *Osservatorio Nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti in Italia*, CeSPI, VI Rapporto, 2017, p. 84.

Sul concetto di esclusione finanziaria si richiama la disamina condotta da L. ANDERLONI, E.M. CARLUCCIO, *Access to Banks Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, M.D. BRAGA, E.M. CARLUCCIO, (a cura di), *New Frontiers in Banking Services Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, 2006, p. 7 e ss.

¹²⁵ S. CARBO, E.P.M GARDENER, P. MOLYNEUX, *Financial Exclusion*, Palgrave Macmillan, New York, 2005, p. 145.

¹²⁶ M. GRADOLI, M.C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, n. 24, 2016, p. 20.

¹²⁷ M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 20.

¹²⁸ L. ANDERLONI, B. BAYOT, P. BLEDOWSKI, M. IWANICZ-DROZDOWSKA, E. KEMPSONO, *Financial services provision and prevention of financial exclusion*, European Commission, Bruxelles, 2008, p. 4 ss.

può essere inteso come difficoltà di natura culturale oppure di natura tecnico-operativa¹²⁹.

Più nel dettaglio, risulta necessario rimarcare come la difficoltà di accesso ai luoghi bancari, apparentemente un fattore marginale, è invece centrale poiché tale situazione è il risultato della chiusura delle banche nei quartieri più svantaggiati¹³⁰. Tale chiusura è il prodotto di uno stereotipo presente nei confronti dei migranti: gli intermediari bancari tendono a chiudere le loro filiali nelle zone ad alta presenza migratoria poiché ritengono che i redditi e, quindi potenziali depositi e investimenti, siano bassi. Ciò conduce a ritenere economicamente poco vantaggiosa la presenza di banche in tali zone.

Ponendo invece l'accento sulle difficoltà di natura culturale, la dottrina sembra riferirsi alla mancanza di alfabetizzazione finanziaria e alle abitudini finanziarie dei migranti di fede musulmana¹³¹, in particolare la mancanza di risparmi che ha inevitabili riflessi sull'attività finanziaria.

Un altro profilo che merita attenzione ruota attorno alle parole «accesso» e «utilizzo»: infatti, seppur apparentemente risultano due termini analoghi, il primo è riferibile a un uso automatico di un prodotto, servizio o contratto bancario, mentre il termine «utilizzo» richiama la consapevolezza razionale nell'uso di un prodotto, servizio o contratto bancario¹³². Ambedue sono il risultato di una forma di esclusione finanziaria cosiddetta involontaria, trascendendo l'elemento volontaristico del singolo individuo, che è costretto a subire gli effetti della politica bancaria anche se si determinerebbe in modo differente. Diverso è invece il caso dell'esclusione finanziaria volontaria che, come già mette in luce lo stesso termine, si configura come un rifiuto del singolo in ragione di diversi ostacoli, tra cui possono ricomprendersi le convinzioni di tipo religioso¹³³.

È possibile affermare che l'esclusione finanziaria per motivi religiosi è un profilo di un quadro certamente più complesso, in cui vi sono diverse variabili, tra cui i costi

¹²⁹ A.A. ADEWALE, *Financial Exclusion and Livelihood Assets Acquisition among Muslim Households in Ilorin, Nigeria: a structural invariance analysis*, in *International Journal of Economics, Management and Accounting*, n. 2, 2014, p. 10 e ss.

¹³⁰ P. SINCLAIR, *Financial Exclusion: An Introductory Survey*. Centre for Research into Socially Inclusive Services, Edinburgh Press, Edinburgh, 2001, p. 31.

¹³¹ N. HOWELL, *Financial Exclusion and Microfinance: An Overview of the Issues*, in *Opportunity Knocks: Microfinance as Pathway to Financial and Social Exclusion*, n. 4, 2008, p. 2.

¹³² M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 21.

¹³³ M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 21.

elevati dei prodotti o servizi bancari, la mancanza di informazioni sufficienti oppure la scarsa presenza di informative in lingua diversa da quella nazionale, etc.¹³⁴.

Per completezza, è necessario mettere in luce come, secondo alcuni studi sul tema, il fattore religioso rappresenta la barriera che ha registrato, su scala globale, la percentuale più bassa come indice di esclusione finanziaria¹³⁵, mentre la mancanza di risorse economiche per accedere a un servizio o a un prodotto economico rimane la barriera che registra maggiori adesioni¹³⁶. È necessario leggere tale dato non solo su scala macroeconomica, ma anche microeconomica: lo scenario muta se l'indice del fattore religioso lo si circoscrive ai Paesi a maggioranza islamica oppure a Paesi in cui la presenza di una comunità islamica è molto alta come il Regno Unito¹³⁷.

Il Regno Unito rappresenta un punto di osservazione privilegiato nel contesto occidentale, non solo per la presenza elevata di musulmani, ma soprattutto per essere stato il primo Paese ad aver creato un intermediario interamente *Shari'ah compliant* nei primi anni duemila¹³⁸. Nel 2006, Lloyds TSB ha evidenziato che l'accesso a prodotti finanziari conformi alla *Shari'ah* significherebbe in definitiva meno esclusione e meno estremismo e sarebbe utile a combattere l'esclusione finanziaria dei musulmani¹³⁹.

Rileggendo la storia della finanza islamica inglese è possibile comprendere come la considerazione riconosciuta al fattore religioso come causa di esclusione finanziaria dei musulmani ha attecchito in modo forte e ciò ha permesso al Regno Unito di divenire la capitale occidentale della finanza islamica¹⁴⁰. Non è la sede per ripercorrere la storia

¹³⁴ Si veda lo studio condotto dalla Banca Mondiale in materia di indicatori globali di esclusione finanziaria A. DEMIRGUC-KUNT, L. KLAPPER, *Measuring Financial Inclusion: the global Findex*, Policy Research Working Paper, n. 6025, World Bank, Washington, 2012.

¹³⁵ Il fattore religioso rappresenta il 5% delle barriere finanziarie, così M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 21.

¹³⁶ M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 22.

¹³⁷ WORLD BANK, *Global Financial development report: financial inclusion*, World Bank, Washington, 2014.

¹³⁸ La prima banca islamica europea fu costituita nel 2004 da un gruppo di investitori del Golfo Persico, la *Islamic Bank of Britain* ed è la prima banca totalmente islamica in Europa. Tra il 2006 e il 2008 sono state costituite altre quattro banche islamiche: *The European Islamic Investment Bank*, *The Bank of London and The Middle East*, *European Finance House* e la *Gatehouse Bank*. Oltre alle cinque banche islamiche, in Gran Bretagna esistono numerose *Islamic window* operanti in diverse banche tradizionali. Cfr., sul punto, il documento consultabile al seguente indirizzo web: http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/islamic_finance.pdf.

¹³⁹ J. KNIGHT, *Islamic Banking Goes Nationwide*. *BBC News*, 2006 sul sito <http://www.newsbbc.co.uk>.

¹⁴⁰ Cfr., sul punto, G. GALEOTA LANZA, *I sistemi finanziari tra conflittualità e coesistenza territoriale. La finanza islamica e il caso del Regno Unito*, in *Documenti geografici*, n. 2, 2019, pp. 30-35.

giuridica inglese con riferimento alla finanza islamica, è però sufficiente sottolineare come l'esclusione finanziaria dei musulmani sia stata sentita dalla volontà legislativa, che ha modificato nel 2005, con il *Financial Act*¹⁴¹, la doppia imposizione fiscale, rendendo più agevole l'utilizzo degli strumenti *Shari'ah compliant*¹⁴². Eliminare gli ostacoli normativi da parte del legislatore inglese non ha prodotto unitamente l'effetto di fruire di strumenti bancari della finanza islamica, bensì ha realizzato una inclusione sociale passando (anche) dal canale finanziario.

Sebbene interessante, l'esclusione finanziaria per motivi religiosi è un indice residuale rispetto alle altre numerose variabili che compongono la portata di tale fenomeno: appare chiaro che l'esperienza inglese sulla politica di abbattimento delle barriere sociali non sia passata solamente dal canale finanziario. In altri termini, il caso della finanza islamica inglese rappresenta un esempio di scelta inclusiva affiancata a molte altre iniziative volte a garantire inclusione e integrazione in una società multiculturale e multireligiosa¹⁴³.

Infatti, già la banca mondiale, aveva messo in luce come fosse necessario lavorare all'abbattimento della povertà come antidoto all'esclusione finanziaria. In tale categoria, rientrano i disoccupati, gli anziani senza patrimonio, soggetti senza titoli di studio ed infine le minoranze etniche e i migranti. Con specifico riguardo a quest'ultimi appare essenziale chiarire che l'esclusione finanziaria sia dovuta in prima battuta da bassi redditi

¹⁴¹ Il *Financial Act* è la legge finanziaria del governo del Regno Unito che ha favorito la diffusione della finanza islamica stabilendo una particolare normativa per le operazioni relative ai prodotti islamici. Per consultare il testo integrale del *Finance Act* si veda:

<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/7/part/2/chapter/5/crossheading/arrangements-giving-rise-to-alternative-finance-return>.

¹⁴² Nel corpo del testo, citando la legge sulla doppia imposizione, si fa riferimento alla *Stamp Duty land tax* consultabile al seguente indirizzo web: <http://www.gov.uk/stamp-duty-land-tax/overview>.

¹⁴³ Il modello britannico di gestione del pluralismo si traduce nell'adozione di politiche di valorizzazione e promozione delle varie minoranze presenti sul territorio per assicurare tutela alle differenze identitarie, culturali e religiose. Tale gestione della diversità è spesso contrapposta al modello c.d. assimilazionista francese, che si sostanzia in politiche volte a favorire l'inclusione nella cultura francese per perseguire una omogeneità culturale. I modelli qui brevemente richiamati sono stati oggetto di una specifica trattazione condotta da A. FACCHI, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001, pp. 11-20 e p. 125 e ss. L'Autrice evidenzia le ragioni storico-politiche che hanno condotto Regno Unito e Francia all'adozione di tali modelli di gestione del pluralismo, evidenziandone altresì le criticità e gli obiettivi non ancora raggiunti.

La dottrina sul tema è vasta, *ex multis* D. LAPEYRONNE, *L'individu et les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, PUF, Paris, 1993 ; L. BELLUCCI, *Immigrazione e pluralità di culture : due modelli a confronto*, in *Sociologia del Diritto*, n. 3, 2001, pp. 131-156; C. CIANITTO, *L'incitamento all'odio religioso: Stati Uniti, India, Gran Bretagna, Italia*, Giappicchelli, Torino, 2012, p. 55 e s.

a causa di lavori instabili. A ciò si affianca il fattore religioso con riguardo alla diffidenza nei confronti dei mercati convenzionali. Sarebbe però errato ritenere che i migranti di fede islamica siano esclusi finanziariamente a causa di convinzioni di natura unicamente religiosa. L'equivalenza tra religione islamica ed esclusione finanziaria non è sostenuta da nessuno studio empirico, mentre appare più solida la teoria per cui un migrante di fede islamica, attraverso una serie di politiche sociali integrate, si senta maggiormente accolto nel Paese di immigrazione se questo offre prodotti conformi alla *Shari'ah*¹⁴⁴.

Appare invece scientificamente più solido delineare le conseguenze dell'esclusione finanziaria: i soggetti esclusi spesso non hanno un conto bancario e ciò comporta difficoltà a ricevere somme di denaro dovendo pagare a terzi una commissione per l'incasso. Tali soggetti terzi assumono la forma di agenzie di rimessa oppure di imprese che ricevono assegni dietro corrispettivo. Quindi, un soggetto escluso finanziariamente è costretto al pagamento di costi aggiuntivi, che lo rendono ancora più povero¹⁴⁵. Sul punto, è possibile fare un altro esempio: il pagamento delle bollette costa agli esclusi finanziariamente molto di più di chi paga tramite addebiti diretti¹⁴⁶.

Dato il quadro delineato, indagare alla ricerca di una risposta univoca circa le potenzialità della banca islamica come strumento di inclusione sociale dei musulmani risulta essere una impresa tutt'altro che facile¹⁴⁷. È altrettanto vero che la convivenza con l'Islam nelle società occidentali è un tema particolarmente sentito soprattutto a seguito degli attacchi terroristici, tra cui quelli di Parigi e Bruxelles, da cui sono sorte profonde riflessioni delle società in materia di politiche di integrazione delle comunità musulmane all'interno del vecchio continente¹⁴⁸.

¹⁴⁴ H. M. WARSAME, *The role of Islamic Finance in tackling financial exclusion in the UK*, Durham theses, Durham University, 2009, pp. 16-25.

¹⁴⁵ H. M. WARSAME, *The role of Islamic Finance in tackling financial exclusion in the UK*, cit., pp. 25-37.

¹⁴⁶ E. KEMPSON, S. COLLARD, *Do the Poor Pay More? The Costs and Affordability of Goods and Services to People on Low Income*. Report for the Joseph Rowntree Foundation, University of Bristol, 2006.

¹⁴⁷ L. ANDERLONI, B. BAYOT, P. BLEDOWSKI, M. IWANICZ-DROZDOWSKA, E. KEMPSON, *Financial services provision and prevention of financial exclusion*, European Commission, Bruxelles, 2008, p. 4 ss.; *Financial Inclusion: Islamic Finance Perspective*, in *Journal of Islamic Business and Management*, Vol. 2, n. 1, 2012, pp. 35-64; M. MOHIEDIN, Z. IQBAL, A. M. ROSTOM; F. XIAOCHEN, *The role of Islamic finance in Enhancing financial inclusion*, in *Organization of Islamic Cooperation (OIC) countries. Islamic Economic Studies*, vol. 20, n. 2, dicembre 2012, pp. 55-120.

¹⁴⁸ E. PACE, *L'islam in Europa. Modelli di integrazione*, Carocci, Roma, 2004, p. 95 e ss.

Numerosi sono gli ambiti in cui i fedeli musulmani in contesti occidentali sono trattati in modo differente a causa di ragioni di natura cultural-religiosa e altrettanto numerosi sono gli studi e le politiche dirette all'inclusione di tale minoranza.

Vi è una parte della dottrina che ritiene che un ruolo principe al contrasto dell'esclusione della comunità islamica presente in Occidente possa essere svolto dal mercato e da strumenti finanziari conformi alla Legge islamica. Indubbiamente il dibattito è stato e tuttora è molto acceso sul punto. Da un lato, si ritiene che le potenzialità inesprese del sistema bancario e finanziario islamico rappresentino uno strumento sociale di inclusione. Anche il rapporto stilato dalla Banca Mondiale in materia di inclusione finanziaria¹⁴⁹ mette in evidenza come l'implementazione di prodotti bancari islamici aumenti la penetrazione bancaria in alcune fasce della popolazione. Dall'altro lato, tuttavia, alcuni studiosi, pur non escludendo tale ipotesi, sottolineano che non vi sia alcun nesso certo tra un'offerta bancaria islamica e il grado di integrazione sociale generale dei musulmani.

Sicuramente entrambe le posizioni presentano un fondo di verità: la continua elaborazione di strumenti conformi alla *Shari'ah* sta producendo risultati lontani dai buoni propositi iniziali poiché l'attività creativa presente nel comparto dell'economia *halal* ha prodotto meccanismi, sicuramente conformi alla Legge islamica, ma su modelli che si basano sulla falsariga di quelli convenzionali. Di converso, sicuramente lo strumento bancario islamico esprime un insieme di valori che, laddove tenuti in considerazione dalla politica bancario-finanziaria di una nazione, concorrerebbero alle politiche sociali di integrazione¹⁵⁰.

La parola chiave è quindi il verbo concorrere: la sola sfera economica non è sufficiente a garantire l'inclusione di una minoranza religiosa se non inserita in un articolato programma di politiche integrate. È quindi necessario continuare a elaborare nuove strategie di inclusione per l'Islam della diaspora che possano, tenendo conto del segmento dell'economia *halal*, soddisfare le aspettative sociali, valoriali ed infine economiche della *Ummah*.

¹⁴⁹ WORLD BANK, *Global Financial Development Report: Financial Inclusion*, Washington DC.

¹⁵⁰ M. GRADOLI, M. C. DE LA ORDEN DE LA CRUZ, P. SANCHEZ GONZALEZ, *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, cit., p. 34 s.

SEZIONE II

SOMMARIO: 1. I primi organismi di infrastruttura: *Islamic Development Bank* (IDB) e *International Association of Islamic Banks* (IAIB) 2. Infrastruttura del sistema finanziario islamico: il ruolo dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* (AAOIFI), le funzioni dell'*Islamic Financial Services Board* (IFBS) e gli obiettivi dell'*International Islamic Financial Market* (IIFM)

1. I primi organismi di infrastruttura: *Islamic Development Bank* (IDB) e *International Association of Islamic Banks* (IAIB)

La religione islamica difetta di una struttura gerarchica universalmente riconosciuta¹ e ciò si riversa inevitabilmente sul sistema finanziario islamico. Infatti, l'operare di esperti, sostanzialmente liberi nella possibilità di interpretazione della legge religiosa, ha portato all'emissione di pareri discordanti o comunque non pienamente in accordo tra loro creando dunque, delle vere e proprie contraddizioni di sistema². Sono nati, quindi, una serie di organismi sovranazionali che hanno avuto la funzione di standardizzare l'operatività delle banche islamiche. In risposta alla mancanza di omogeneità nello sviluppo di regole applicabili ai servizi bancari e finanziari, a partire dalla metà degli anni '70, sono state fondate una serie di organizzazioni sovranazionali con il compito di circoscrivere in maniera efficace le antinomie che si erano create in materia di interpretazione dei principi economici del diritto islamico e sui servizi e prodotti da essi derivanti³.

Prima in ordine di tempo, è stata la *Islamic Development Bank* (IDB) a cui si riconosce un ruolo fondamentale per aver aperto la strada al comparto delle infrastrutture. È stata fondata nell'ottobre del 1975 con sede a *Jeddah* (Arabia Saudita), rappresentando un primo punto di riferimento per i Paesi islamici⁴.

Tale infrastruttura opera in stretta collaborazione con le *Organization of Islamic Conference* (OIC)⁵. Quest'ultima non è una vera e propria infrastruttura finanziaria

¹ S. FERRARI (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 41-45.

² Y. DELORENZO, *Shari'ah compliance risk*, in *Chicago Journal of International Law*, 2007, Winter, p. 398.

³ R. WILSON, *The Institutional Infrastructure supporting the Islamic Finance Industry*, in AA.VV., *Islamic Finance. A guide for International Business and Investment*, cit., p. 21 ss.; Y. DELORENZO, *Shari'ah compliance risk*, in *Chicago Journal of International Law*, cit., p. 400.

⁴ Cfr., sul punto, <https://www.isdb.org/who-we-are/about-isdb>.

⁵ Per maggiori dettagli si rimanda alla seguente pagina web: www.oic-oci.org.

islamica: è una organizzazione che promuove lo sviluppo culturale ed economico della comunità islamica che vive in contesti a maggioranza islamica⁶. È interessante porre l'accento sulla Carta dell'Organizzazione, che ha l'obiettivo di promuovere in senso ampio nei settori culturale, scientifico, economico, artistico, etc. Più specificamente, l'organizzazione in esame persegue la crescita e la cooperazione tra Paesi islamici al fine di aumentare il benessere generale della comunità islamica attraverso l'uguaglianza tra i Paesi membri, il pieno riconoscimento del diritto all'autodeterminazione, il principio della non interferenza ed infine l'eliminazione di ogni forma di discriminazione⁷.

Nonostante la stretta interazione tra questi due organismi, l'*Islamic Development Bank* è una infrastruttura del tutto indipendente sia sotto il profilo gestionale sia sotto quello amministrativo. I Paesi membri hanno l'obbligo di sottoscrivere una quota di capitale sociale e in forza dell'adesione (spontanea) assumono l'obbligo di rispettare le decisioni assunte dagli organismi apicali, ad esempio dal Consiglio di amministrazione⁸.

Volgendo l'attenzione alla struttura interna dell'*Islamic Development Bank*, questa è composta da numerosi organi⁹. Tra i più importanti è possibile ricordare il comitato esecutivo, il comitato direttivo e i direttori esecutivi. Sono organismi interni che svolgono una molteplicità di attività, tra le quali la nomina di nuovi membri, la modifica del capitale sociale, l'implementazione di strategie in relazione ai bilanci, redazione di piani di attività¹⁰.

Il comitato direttivo è costituito dai rappresentanti di ogni Stato membro al cui interno viene eletto un Presidente, il quale ha il compito di decidere in materia di nuove adesioni, di cooperazioni ovvero di collaborazioni con altre organizzazioni oppure altre infrastrutture¹¹. In aggiunta, spetta al Presidente l'obbligo di nominare i direttori esecutivi per l'ordinaria amministrazione dell'istituto¹². Altro organo interno è il comitato esecutivo, che è composto da tredici membri selezionati nel seguente modo: sette sono scelti sulla base di un requisito patrimoniale, cioè sulla base del capitale sociale sottoscritto. In altri termini, maggiore è il capitale sociale sottoscritto, più penetrante sarà

⁶ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 203 e s.

⁷ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 203 e s.

⁸ M. MESSINA, *L'operatività delle banche islamiche*, cit., p. 24.

⁹ È possibile consultare l'Organigramma aziendale dell'*Islamic Development Bank* in C. PORZIO (a cura di), cit., p. 206.

¹⁰ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 204.

¹¹ Si rimanda al seguente indirizzo web: <https://www.isdb.org/leadership/board-of-executive-directors>.

¹² Cfr. <https://www.isdb.org/president>.

il potere decisionale dello Stato aderente. I restanti sei vengono eletti attraverso una votazione a opera degli Stati aderenti, quindi seguendo un criterio partecipativo¹³. Da ultimo, abbiamo i direttori esecutivi che, come già detto, sono scelti dal Presidente del comitato direttivo, a cui è affidato il compito di verificare che la gestione della banca sia conforme alle linee guida adottate¹⁴.

Osservando il modo di agire dell'infrastruttura islamica è possibile evidenziare come sia influenzata dalla stretta collaborazione con l'*Organization of Islamic Conference*, seppure sia destinata ai soli aspetti economici. Infatti, si occupa di contribuire alla crescita economica e dunque sociale delle zone più in difficoltà degli Stati aderenti attraverso una fitta rete di uffici presenti in numerosi Paesi. Tale organismo quindi si occupa di ideare strategie per la lotta alla povertà attraverso un'attenta selezione dei progetti imprenditoriali, con specifico riguardo a quei piani con maggior riflessi sul benessere comune come attività legate alla tutela della salute e alla formazione lavorativa¹⁵.

L'*Islamic Development Bank* affianca alle attività sopra descritte, definibili come convenzionali per una infrastruttura islamica, un profilo più prossimo a una banca islamica: infatti tale organismo è attualmente gestore di molteplici fondi al fine di finanziare specifici progetti volti a coadiuvare le comunità islamiche presenti in territori non a maggioranza islamica. Osservando con maggior attenzione, è possibile affermare che il finanziamento di specifici progetti ha la finalità di permettere ai musulmani della diaspora di avvalersi di soluzioni e di modelli economici alternativi, individuando le modalità e le forme più idonee attraverso il Programma di cooperazione tecnica elaborata dagli organismi interni. Nell'agire come una banca islamica tale infrastruttura si è munita, da un punto di vista operativo, di una serie di agenzie distribuite in varie nazioni offrendo servizi e consulenza¹⁶.

Per tali scopi, è utilizzato il contratto di *istisna*¹⁷ che permette la realizzazione di progetti imprenditoriali di grosse dimensioni, consentendo altresì lo sviluppo industriale. Sul punto, si è registrato l'impiego dell'*istisna* per il finanziamento della produzione di risorse energetiche e dei beni come strade e ospedali, che hanno un alto interesse sociale.

¹³ Sul punto si rinvia a <https://www.isdb.org/leadership/board-of-executive-directors>.

¹⁴ Cfr. <https://www.isdb.org/leadership/senior-management>.

¹⁵ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 205.

¹⁶ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica*, cit., p. 203.

¹⁷ Il contratto di *istisna* è oggetto di analisi al paragrafo 4.3 del Capitolo III (v. *supra*).

Appare chiaro che i finanziamenti concessi dalla banca dell'*Islamic Development bank* abbiano come fine primario la realizzazione di un impatto positivo socioeconomico per la popolazione di una determinata zona¹⁸.

Appare interessante mettere in luce un aspetto peculiare con specifico riguardo ai progetti finanziati dall'infrastruttura. Infatti, esiste un meccanismo volto a rilevare gli impatti dei finanziamenti concessi e ciò avviene ad opera di un ente esterno: l'*Operations Evaluation office*. Tale ente effettua un'analisi dei risultati concretamente prodotti dai progetti finanziati, mettendoli in correlazione con quelli prospettati nella fase preparatoria. In altri termini, l'ente di monitoraggio esterno prende in considerazione un determinato periodo di tempo, solitamente compreso tra due e cinque anni, mette in relazione l'analisi prognostica effettuata dalla banca sui potenziali risultati di un finanziamento e i risultati concretamente ottenuti in modo da comprendere se la *policy* finanziaria adottata sia corretta oppure occorrono delle modifiche al fine di migliorare l'efficienza allocativa delle risorse di capitale¹⁹.

L'*Islamic Development Bank*, oltre ad agire come attore creditizio, assume un ruolo rilevante quando si parla di promozione di scambi commerciali tra gli Stati membri. Al fine di svolgere tale attività, essa utilizza alcuni strumenti, eterogenei tra loro, di politica economica. Tra i vari, meritano attenzione quelli che servono a favorire l'attività di importazione e di esportazione di beni, permettendo così l'aumento del benessere collettivo. Esempi in tale senso sono l'*Export Financing Scheme* per la diffusione di beni non standardizzati tra Paesi oppure l'*Islamic Banks Portfolio* al fine di fornire assistenza finanziaria per operazioni di import-export²⁰.

L'infrastruttura islamica presa in esame, oltre alle attività messe in luce, svolge attività di ricerca per la promozione dell'economia islamica. A tal fine è stato istituito l'*Islamic Research and Training Institute (IRTI)*²¹ nel 1983, che è diventato un punto di riferimento per tutte le banche islamiche. Tale istituto di ricerca muove il suo raggio di azione anzitutto nell'impiego di professionisti impegnati nello studio di metodi e strumenti bancario-finanziari innovativi ma al tempo stesso pienamente conformi alla

¹⁸ <https://www.isdb.org/what-we-do/sectors>.

¹⁹ <https://www.isdb.org/economic-empowerment>. Inoltre, si rimanda anche alla seguente pagine web in cui è messo in luce il progetto «Fondo per vita e mezzi di sussistenza», che opera del 2016 in zone di povertà del mondo.

²⁰ Cfr., sul punto, si prenda in esame le recenti case *study* consultabile al seguente indirizzo web:

<https://www.isdb.org/case-studies/fertilising-the-economy-diversifying-saudi-arabias-export-sector>.

²¹ Cfr. <https://ireview.com/>.

Rivelazione islamica. La funzione si estende altresì alla predisposizione di piani di fattibilità per analizzare l'impatto dello sviluppo economico e sociale di un'area, rilevando se questo sia circoscritto regionalmente oppure esteso all'intero Paese preso in considerazione²².

Ed infine, tra le molteplici funzioni e attività, è possibile riportare la gestione della formazione: infatti, l'*Islamic Research and Training Institute* realizza dei corsi professionali per tutti coloro che operano nel comparto bancario *Shari'ah compliant* per apprendere il modo corretto di gestione di istituti di credito. In altri termini, attraverso il canale della formazione, l'*Islamic Development Bank* permette la creazione di veri e propri staff manageriali competenti pronti a prestare attività lavorativa all'interno dei Paesi aderenti.

Tra i primi organismi internazionali, oltre all'*Islamic Development Bank*, vi è l'*International Association of Islamic Banks (IAIB)*²³. Nonostante tale organizzazione non abbia avuto il medesimo successo della precedente, a partire dagli anni '70 del secolo scorso da queste prime due infrastrutture islamiche se ne sono sviluppate una numerosa quantità.

Ma vi è di più. È necessario osservare tale fenomeno in combinato con altri elementi storici avvenuti in quegli anni: aumento della presenza di banche islamiche quale riflesso del perfezionamento delle tecniche e dei meccanismi operativi propri della finanza islamica. Appare dunque più convincente la teoria secondo cui all'aumentare dell'offerta si è sentita la necessità di autorità finanziarie islamiche che offrissent regole omogenee per l'intero comparto.

Osservando l'*International Association of Islamic Banks* più nel dettaglio è stata costituita a *Jeddah*, Arabia Saudita, con l'obbiettivo di creare legami solidi tra le istituzioni finanziarie. Oltre a tale aspetto, essa svolge una funzione di controllo dell'operato dei vari istituti di credito aderenti e, in caso di violazioni dei principi economici islamici, ha l'obbligo di intervenire e di circoscrivere i danni derivanti da una transazione illecita²⁴.

Accanto a tale funzione principale è possibile rinvenire, dall'analisi dello statuto costitutivo, altre funzioni: coordinamento con le banche islamiche affiliate al fine di risolvere problemi concettuali e operativi, mantenimento di banche dati aggiornate con le

²² <https://ireview.com/what-we-do/>.

²³ <https://uia.org/s/or/en/1100042946>.

²⁴ <https://uia.org/s/or/en/1100042946>.

informazioni di tutte le istituzioni finanziarie islamiche; garantire la salvaguardia delle banche islamiche e dei loro interessi a livello internazionale e sul mercato globale.

Ed infine ha svolto una funzione di arbitro bancario per le controversie tra banche e tra banca e cliente, agendo altresì come mediatore e conciliatore²⁵.

In ultima battuta, l'azione di tale organismo nel corso della storia della finanza islamica ha perso terreno principalmente a causa della costituzione di numerose infrastrutture che hanno prodotto risultati migliori nell'ambito dello sviluppo economico. Accanto a questo aspetto, è necessario evidenziare che molte banche centrali, tra cui quella della Malesia, fondarono delle infrastrutture proprie particolarmente efficienti da cui deriva la geografia attuale del sistema delle infrastrutture islamiche.

Nei prossimi paragrafi quindi si analizzeranno l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI)* e l'*Islamic Financial Service Board (IFBS)* approfondendo il ruolo, la composizione e il campo di applicazione di questi due organismi considerati al giorno d'oggi i più influenti del comparto *Shari'ah compliant*.

2. *Infrastruttura del sistema finanziario islamico: il ruolo dell'Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI), le funzioni dell'Islamic Financial Service Board (IFBS) e gli obiettivi dell'International Islamic Financial Market (IIFM)*

L'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution (AAOIFI)* con sede in Bahrein, è stata creata con la firma di un accordo di associazione da parte di numerosi istituti di credito il 26 febbraio 1990 ad Algeri, successivamente registrato il 27 marzo 1991 nel Regno del Bahrain²⁶ in risposta ad alcune criticità di natura contabile, di revisione contabile, di *policy*, di *governance* per le istituzioni finanziarie islamiche. Tale organismo assume la forma giuridica di un'organizzazione internazionale indipendente a cui partecipano più di 200 istituzioni tra banche centrali, istituzioni finanziarie nazionali e internazionali²⁷.

²⁵ Sulla centralità che la funzione arbitrale svolge all'interno del comparto finanziario islamico si veda il paragrafo 6 della Sezione I di questo Capitolo.

²⁶ Cfr. <http://www.aoifi.com/aoifi/TheOrganization/Overview/tabid/62/language/en-US/Default.aspx>.

Sul punto, si veda anche BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, cit., p. 14 e ss.

²⁷ R. WILSON, *The Institutional Infrastructure supporting the Islamic finance industry*, in AA. VV., *Islamic Finance. A guide for international business and investment*, London, 2008, p. 21 ss.

Benché il numero dei suoi membri sia assai elevato, questi non godono però della medesima importanza funzionale e decisionale. Infatti, è riconosciuto un ruolo apicale a coloro che ricoprono lo *status* di fondatori, ossia quei membri che hanno partecipato alla creazione dell'organizzazione: la *Islamic development bank*, la *Dar Al Mal Al Islami*, *Bukaru Capital*, *Albaraka Banking*, *Kuwait Finance House*. Poi, sono presenti i membri associati, le istituzioni finanziarie islamiche ed infine le aziende che operano secondo i precetti rivelati. È presente un'altra categoria di membri, che creano una parte a sé stante ed è formata da appartenenti delle agenzie monetarie e delle banche centrali, che permettono agli organismi interni di operare secondo politiche che tengono in considerazione i vari interessi in gioco presenti sul mercato. Infine, sono presenti come meri osservatori i rappresentanti degli esperti in *accounting*²⁸.

Analizzando con attenzione la struttura dell'infrastruttura islamica in esame, essa è composta dall'Assemblea dei soci, dal Consiglio dei Fiduciari, dal Segretario generale, dal Comitato standard di contabilità e di revisione ed infine dal comitato della *Shari'ah*²⁹.

L'Assemblea dei soci è composta dai membri che rappresentano le istituzioni finanziarie islamiche e dalle imprese che operano secondo i dettami economici della religione islamica. Attualmente i soci sono 200 provenienti da circa 40 Paesi differenti³⁰.

Il Consiglio dei Fiduciari, detto *Board of Trustees*, è costituito da 20 membri nominati dall'Assemblea dei soci seguendo un criterio basato sulla provenienza geografica per avere una rappresentanza omogenea dei diversi Paesi e riuscire a rilevare le difficoltà che incontra il mercato finanziario islamico nei diversi contesti geopolitici. Tale organismo interno è accostabile al Consiglio di amministrazione convenzionale e quindi ha il potere di nomina dei membri del Comitato standard di contabilità e di revisione nonché del Segretario generale³¹.

Sul piano operativo è il comitato standard ad essere il responsabile della elaborazione di principi contabili e di revisione che devono essere osservati da tutte le istituzioni finanziarie aderenti. Più in generale, in pieno raccordo con la stessa ragione giustificatrice della fondazione di tale organismo, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* enuclea linee guida volte ad eliminare le

²⁸ T.V. RUSSO, *I Contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 53.

²⁹ Cfr., sul punto, il sito seguente sito web: <https://aaoifi.com/structure/?lang=en>.

³⁰ Cfr. <https://aaoifi.com/structure/?lang=en>.

³¹ F. ZAKI, K. HUSSAINEV, *Conversions to Islamic Banks: Jurisprudence, Economic and AAOIFI Requirements*, in *European Journal of Islamic Finance*, n. 3, 2015, p. 5 e s.

antinomie presenti nel sistema, uniformando così l'intero segmento *Shari'ah compliant*. La funzione di garanzia della conformità delle transazioni al diritto islamico è affidata al Comitato della *Shari'ah* composto da un insieme di esperti e studiosi di economia islamica che svolgono di fatto una funzione di controllo (a valle) dell'operato del Comitato standard³².

Quanto ai profili operativi, l'infrastruttura islamica in esame, attraverso un complesso meccanismo di adozione, emette standard finanziari³³. Più specificamente, emette principi guida generici, attualmente 54, che prendono il nome di *Shari'ah Standards*; emette poi regole contabili, note come *Financial Accounting Standards*. Inoltre, enuclea anche dei veri e propri codici etici ed infine divulga dei codici di buona *governance* per orientare l'operato delle banche islamiche aderenti.

Nonostante tale funzione di coordinamento, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* non ha il potere di obbligare a livello globale qualunque intermediario *Shari'ah compliant* ad uniformarsi alle proprie direttive poiché l'adesione è su base volontaria. Quindi, l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* difetta di un potere coercitivo a carattere universale. Nonostante ciò, i suoi standard sono tenuti in considerazione in moltissimi Paesi, tra cui Bahrain, Libano, Siria, Giordania, Qatar. In altre nazioni, invece, quali l'Australia, hanno emanato degli standard propri che riflettono appieno quelli emessi dall'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*³⁴.

Tale istituzione rappresenta un punto di riferimento per la corretta interpretazione delle disposizioni rivelate, per l'adozione di strumenti contrattuali, ricercando inoltre opportunità e nuove frontiere di utilizzo conformi alla Legge islamica, nonostante la non coercibilità degli strumenti finanziari che predispone.

L'*Islamic Financial Service Board*, il quale è stato fondato il 3 novembre 2002 ed ha la sua attuale sede in Malesia precisamente a Kuala Lumpur³⁵. La sua istituzione avvenne mediante il *Service Board Act*: un atto legislativo, che gli permette di godere di

³²Si veda <https://aaoifi.com/structure/?lang=en>.

³³ <https://aaoifi.com/standards-development-and-revision-processes/?lang=en>.

³⁴ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., pp. 53-55.

³⁵ Cfr. <https://www.ifsb.org/>. In aggiunta, sempre sul sito ufficiale dell'infrastruttura presa in esame è possibile rinvenire la *mission*: «*The mission of the IFSB is to promote the stability and resilience of the Islamic financial services industry. The IFSB seeks to achieve its mission through the issuance, and facilitating the implementation, of global and prudential and supervisory standards and other initiatives that foster knowledge sharing and cooperation*». Cfr., <https://www.ifsb.org/mission.php>.

una immunità di norma concessa alle ambasciate diplomatiche. Tale organizzazione comincia effettivamente a operare l'anno successivo coadiuvata dall'*Islamic Development Bank* e dal Fondo monetario internazionale, trovando altresì appoggio anche da parte di molte banche centrali di diversi Paesi. Alla stregua dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*, l'infrastruttura in esame si occupa di predisporre standard atti a promuovere politiche economiche per il sistema finanziario islamico³⁶. Più specificamente, la predisposizione di tali norme si estende non solo al settore bancario bensì all'ambito delle assicurazioni e del mercato di capitali³⁷.

Si è soliti affermare che le infrastrutture islamiche emettono degli standard sotto forma di principi. L'*Islamic Financial Service Board* adotta però la forma di note tecniche oppure di note operative su profili specifici corredati da esempi operativi e dal carattere meno astratto rispetto agli standard adottati da altri enti³⁸. Da un lato, questa formulazione permette un maggior grado di dettaglio per le istituzioni che intendono aderire all'infrastruttura; dall'altro, però, ciò può essere visto come un limite in quanto registra un minor grado di flessibilità che potrebbe creare una situazione di difficoltà nell'adattamento alle differenti normative nazionali.

Esaminando invece l'aspetto organizzativo interno dell'*Islamic Financial Service Board* è possibile rinvenire una composizione di organi interni volti a gestire l'ente stesso e a realizzare gli scopi che persegue. In questo caso, è possibile differenziare gli organismi tecnici da quelli politici. Tra quest'ultimi rientrano l'Assemblea generale, il Consiglio dei soci ed infine la Segreteria; mentre sul versante degli organismi tecnici sono presenti il Comitato tecnico, il Gruppo di lavoro, la *Task Force* e il Comitato di redazione³⁹.

L'Assemblea generale ha una funzione rappresentativa ed è composta da 180 Stati aderenti provenienti da 43 diverse nazioni. All'interno di tale organo sono presenti gli organismi internazionali intergovernativi e le autorità di vigilanza dei Paesi aderenti, poi vi sono membri associati, tra cui autorità monetarie e banche centrali, e, infine, i meri osservatori, ad esempio imprese islamiche oppure professionisti. È bene sottolineare che all'interno dell'Assemblea dei soci sono presenti il Fondo monetario internazionale e la Banca mondiale. La presenza di tali istituzioni internazionali è sintomo dell'attenzione e

³⁶ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 55 e s.

³⁷ In materia di *takaful* ci si permette di rimandare alla nota 149 presente nel Capitolo III di questo elaborato.

³⁸ Sul punto, cfr. <https://www.ifsb.org/published.php#TN>.

³⁹ Cfr., sul punto la seguente pagina web: <https://www.ifsb.org/orgchart.php>.

dell'interesse che la finanza islamica attira quale mercato emergente e in via di affermazione progressiva⁴⁰.

Il Consiglio dei soci è un organismo interno che possiede potere decisionale. È costituito da 21 persone fisiche che agiscono in nome e per conto dell'intera Assemblea; inoltre, cristallizza e approva linee guida che saranno vincolanti per l'agire del Comitato tecnico su specifici profili. Quest'ultimo è composto da un numero variabile di membri, solitamente mai più di 15, che rimangono in carica per 3 anni. In particolare, tale organismo assume le vesti di un consulente interno: quindi, in concreto formula delle bozze che successivamente saranno studiate e approfondite dal Gruppo di lavoro⁴¹. Questi si differenziano dal *Task Force*, che lavora su singoli progetti e non sono una figura permanente nell'organigramma dell'infrastruttura, venendo invece costituito, di volta in volta, sulla base di specifiche necessità⁴².

L'*Islamic Financial Service* si è detto essere un punto di riferimento per il comparto dell'assicurazione islamica. Infatti, ha emanato norme tecniche per la gestione delle assicurazioni islamiche⁴³ seguite da una linea guida per le condizioni di solvibilità. Qualche anno dopo vennero emessi standard su come gestire i rischi e sugli schemi di investimento collettivo sempre in materia di *takaful*.

È fuor di dubbio che tale organizzazione divulghi linee guida comuni e tenda ad armonizzare il settore della finanza islamica, però, appare convincente l'identità che tale organismo si è creata nel corso della sua vita operativa. Rivolgere l'attenzione (anche) all'assicurazione islamica ha permesso di soddisfare due interessi in gioco: il primo, ritagliarsi uno spazio di specificità accanto a infrastrutture più affermate nel comparto *Shari'ah compliant*, evitando così di rimanere ai margini della politica economica internazionale; secondo, aver rilevato la stessa esigenza di omogeneità del sistema bancario e finanziario islamico in materia di *takaful*.

L'*International Islamic Financial Market* (IIFM)⁴⁴ è stato fondato nel 2002 in Bahrain con l'obiettivo primario di regolamentare il mercato azionario islamico per favorire le quotazioni di imprese che agiscono secondo i principi giuridico-economici dell'Islam. In particolare, tale infrastruttura opera in modo da emanare principi guida e

⁴⁰ Cfr. <https://www.ifsb.org/council.php>.

⁴¹ https://www.ifsb.org/exec_comm_03.php.

⁴² https://www.ifsb.org/tf_01.php.

⁴³ Cfr., sul punto, IFSB-8 del 2009 dal titolo *Corporate governance per le assicurazioni islamiche-Takaful*.

⁴⁴ <https://www.iifm.net/>.

raccomandazioni affinché il mercato secondario, attraverso i *sukuk*, possa continuare a crescere senza escludere le imprese e i finanziatori islamici dalle opportunità di tale settore. Ha partecipato, infatti, all'emissione di importanti obbligazioni, tra cui il Bahrain *International Sukuk* del 2004⁴⁵.

Risulta rilevante rimarcare come l'infrastruttura qui in esame rappresenti il tramite tra le autorità di regolamentazione e i diversi operatori del sistema finanziario islamico in quanto dalle prime riceve richieste di armonizzazione e regolamentazione, mentre dai secondi, fornendo servizi di informazione riesce a ricavare dati utili per la cooperazione economica internazionale⁴⁶.

L'*International Islamic Financial Market* svolge anche altre attività: fornisce una piattaforma aggiornata universale attraverso la creazione di gruppi di lavoro su progetti specifici e inoltre cerca di standardizzare la documentazione dei settori di *Capital Market*, *Trade Finance* ed infine *Corporate finance*⁴⁷.

Osservando invece la struttura interna dell'*International Islamic Financial Market* è possibile intravedere similitudini con l'organizzazione interna delle altre infrastrutture. È quindi costituita da soci fondatori, che sono membri stabili del Consiglio Direttivo, simile per forma e poteri al consiglio di amministrazione; poi vi sono i soci a pieno titolo composti da banche centrali e autorità monetarie a cui è riservata una percentuale di rappresentanza nel Comitato Direttivo ed infine è presente la percentuale di soci osservatori, i quali non hanno diritto di voto⁴⁸.

Questa organizzazione sta assumendo un ruolo sempre più rilevante e attivo nel comparto finanziario islamico soprattutto grazie alla stretta collaborazione con l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*.

Tutti gli organismi elencati hanno come scopo comune il dovere di enucleare e divulgare standard, dalle forme e dalle procedure di adozione, differenti in ambito legale e fiscale oltre che favorire il coordinamento tra diversi sistemi normativi e differenti istituzioni risultato della geografia delle banche islamiche. In aggiunta, lo scopo perseguito riguarda il maggior grado di armonizzazione del comparto in quanto maggiore

⁴⁵ Cfr. A. CUPRI, *Le operazioni sul mercato di debito nel sistema finanziario islamico: il caso dei sukuk*, cit., pp. 35-62.

⁴⁶ <https://www.iifm.net/about-iifm/corporate-profile>.

⁴⁷ <https://www.iifm.net/about-iifm/shariah-board>.

⁴⁸ Per maggiori dettagli si veda <https://www.iifm.net/about-iifm/shariah-board>.

è il grado di armonizzazione più elevata sarà la capacità di crescita, di efficienza e di competitività sui mercati globali della finanza islamica.

In conclusione, la molteplicità di organismi che compongono il comparto dell'infrastruttura islamica sembrerebbe riflettere la molteplicità e pluralità interna che caratterizza lo stesso Islam. È stato più volte messo in luce, da parte di autorevole dottrina⁴⁹, che sia più corretto parlare di Islam al plurale in quanto diverse sono le correnti di pensiero e le scuole giuridiche che, nonostante partano dallo stesso dato scritturale, agiscono nel tempo e nello spazio adottando differenti impostazioni interpretative. Tale dato è riflesso della mancanza di una autorità centrale e dell'assenza di un gruppo di soggetti qualificati presenti invece nelle confessioni religiose di tradizione cristiana. Ciò non vuole significare che più *iter* logici-interpretativi non conducano talvolta alle medesime soluzioni. È il caso dell'infrastruttura islamica che riflette il pluralismo interno all'Islam, però la maggior parte delle risoluzioni e delle regole adottate nel sistema *Shari'ah compliant* godono del consenso della *Ummah* per perseguire il benessere economico e sociale della comunità dei credenti. Il diritto islamico, quale diritto religioso, è immutabile; ciò però non ha portata assoluta bensì relativa. Questo vuole dire che il dettato rivelato può essere letto e interpretato nel tempo, cercando una storicizzazione che permetta una lettura talvolta evolutiva della volontà di *Allah*, così come avvenuto con il comparto bancario e finanziario islamico. I principi giuridici economici contenuti nella Rivelazione sono rimasti immutati nel proprio contenuto formale, ma, grazie allo sforzo esegetico delle scuole interpretative, il loro significato è stato capito sempre meglio nel tentativo di cogliere appieno la volontà di *Allah* e al contempo soddisfare appieno le esigenze della comunità dei credenti. I dotti della legge – attraverso l'*Igma*⁵⁰ e l'*Igtihad* – svolgono una funzione chiarificatrice della portata dei principi della Legge islamica per il comparto finanziario e bancario islamico che, a tratti, potrebbe quasi creare diritto. La finanza islamica, con gli standard enucleati dall'infrastruttura islamica, è tra quei settori del diritto islamico in cui la spinta evolutiva dell'interpretazione è maggiormente forte.

⁴⁹ M. CAMPANINI, *L'interpretazione e il Corano*, cit., p. 9.

⁵⁰ Il Corano, II: 143 «Abbiamo fatto di voi una comunità che segue il medio cammino, acciocché siate testimoni di fronte a tutti gli uomini e il messaggero di Dio sia Testimone di frinite a voi».

CAPITOLO QUINTO

PRIMI RISULTATI IN MATERIA DI COMPATIBILITÀ TRA I CONTRATTI *SHARI'AH COMPLIANT* E L'ORDINAMENTO ITALIANO

SOMMARIO: 1. I contratti islamici e l'ordinamento italiano e i (principali) nodi critici – 2. Il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti *Shari'ah compliant* – 3. (Segue) La banca *Shari'ah compliant* e la compatibilità con l'ordinamento italiano – 3.1 Una (possibile) chiave interpretativa per l'introduzione dello *Shari'ah supervisory Board* – 4. La compatibilità normativa tra ordinamento italiano e i contratti *Shari'ah compliant*: strategie di *drafting* legislativo

1. I contratti islamici e l'ordinamento italiano e i (principali) nodi critici

Questa parte dell'indagine ha ad oggetto la verifica di compatibilità tra ordinamento italiano e i contratti *Shari'ah compliant*¹. Ciononostante, l'interesse per la finanza islamica è stato manifestato da parte di alcune istituzioni e associazioni italiane²; tale interesse non è unicamente diretto a soddisfare un'inclusione sociale dei musulmani³, bensì dall'opportunità economica di calamitare capitali provenienti da Paesi a maggioranza islamica⁴.

Appare quindi prioritario comprendere quale siano le criticità giuridiche⁵ da superare per favorire l'implementazione di un sistema bancario religiosamente orientato.

¹ Cfr. paragrafo 1 del capitolo I.

² Si veda S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit.; OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'INCLUSIONE FINANZIARIA DEI MIGRANTI IN ITALIA, *Buone pratiche d'inclusione finanziaria. Uno sguardo europeo*, giugno, 2013; OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'INCLUSIONE FINANZIARIA DEI MIGRANTI IN ITALIA, *Primo report*, Roma, novembre, 2012. Inoltre, è possibile richiamare uno studio condotto dall'Associazione Bancaria Italiana e dal centro Studi di Politica internazionale confluito in J.L. RHI-SAUSI; G. ZAPPI (a cura di), *Cittadinanza economica dei migranti e rapporto con le banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 2011.

Per quanto riguarda i dati statistici aggiornati sulle immigrazioni si veda IDOS, *Statistical Dossier on Immigration in Italy*, Centro studi e ricerche IDOS, Roma, 2021, p. 1 e ss.

La letteratura scientifica in materia di migrazione e politica è particolarmente vasta *ex multis* A. INGOGLIA, M. FERRANTE (a cura di), *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa*, Libreria universitaria edizioni, Padova, 2017, p. 38 e ss.; R. GERACI, *L'influenza del fattore religioso islamico nella finanza e nell'economia*, in AA.VV., *Itinerari di diritto islamico. Tra pluralità e alterità*, EDUCatt, Milano, 2018, pp. 193 e ss.

³ Cfr., sul punto, il paragrafo 7 del capitolo IV.

⁴ R. GERACI, *Etica e Finanza islamica: Shari'ah e mercato*, Edizioni Efestò, Roma, 2022, p. 183.

⁵ Nel corpo del testo si evidenzieranno le criticità giuridiche però è necessario mettere in luce le opportunità mancate di natura economica. Merita attenzione la tenuta registrata dalla finanza islamica in risposta a bolle finanziarie. La letteratura scientifica soprattutto con riguardo alla crisi dei prezzi *subprime*

La prima criticità è legata al modo di agire delle banche *Shari'ah compliant*. Esse operano in maniera preminente come gestori di fondi dal punto di vista del passivo di bilancio; invece, per quanto riguarda l'attivo di bilancio, tali banche non offrono finanziamenti convenzionali in quanto contrari al divieto di *riba*⁶. Gli enti creditizi *Shari'ah compliant* utilizzano schemi contrattuali, che permettono la partecipazione – in qualità di socio – al progetto finanziato⁷. È un profilo questo di indubbia discontinuità tra l'ordinamento finanziario islamico e quello italiano. Tale criticità però non è insuperabile. Nonostante in dottrina non siano mancate voci che ritengono che il raggio di azione di una banca islamica sia più limitato rispetto a quello convenzionale⁸, tale teoria non appare

del 2008 ha avuto posizioni prognostiche eterogenee. Di fronte a un fenomeno di tale portata la finanza islamica avrebbe registrato aumenti con tassi percentuali particolarmente elevati; di converso, invece, altri studi hanno sostenuto che gli effetti di una forte crisi avrebbe portato al totale fallimento di tutti i mercati emergenti, tra cui quello islamico. Entrambe le posizioni si sono rivelate parzialmente errate in quanto i dati registrati a posteriori evidenziano che la finanza islamica ha risentito degli effetti della bolla finanziaria in modo circoscritto, non rimanendone però immune, e al contempo ha avuto una buona tenuta rispetto ai mercati convenzionali. La ragione è da rinvenirsi nell'assenza di meccanismi altamente speculativi. È necessario però chiarire meglio la portata di questa affermazione. La contrapposizione tra economia reale ed economia speculativa è usata, dalla crisi del 2008 in poi, per riferirsi al divario valoriale con aumenti elevati a favore dell'economia speculativa. Più nel dettaglio, le attività speculative sono (o meglio dovrebbero) essere funzionali a cercare le risorse necessarie per l'economia reale. È l'eccesso della finanziarizzazione che ha creato delle sacche di ricchezza che però non hanno alla base nessuna correlazione con un bene e quindi non sono funzionali all'economia reale. Lo scollamento che si crea tra le due economie produce un grado di incertezza che il sistema bancario e finanziario islamico non può tollerare in alcun modo poiché in contrasto con i principi di *ghàrar* e di *maysir*. Si veda C.P. KINDLEBERGER, *Measuring equilibrium in the balance of payments*, in *Journal of Political Economy*, n. 77, 1969, pp. 873-891; M. MELE, *Intorno alla crisi dei mutui subprime: un'analisi econometrica della liquidità*, in *Questioni istituzioni*, n. 153, 2009, pp. 1-17; A. COWAN, C. COWAN, *Default correlation: an empirical investigation of a subprime lender*, in *Journal of Banking and finance*, n. 28, 2004, pp. 753-771; M. FAROOQ, *Are islamic banks more resilient during financial panics?*, in *IMF*, n. 41, 2015, pp. 1-29; S.Z. FAROOQ, M.O. FAROOQ, *Incentive-based regulation for Islamic banks*, in *Journal of Islamic Accounting and business research*, n. 2, 2011, pp. 1-23; O. DOMENICHELLI, R. PACE, M. VALLESI, *Mutui subprime, investimento e struttura finanziaria: gli effetti reali della crisi finanziaria sulle imprese*, Rirea, Roma, 2011.

È necessaria una ulteriore osservazione. La letteratura scientifica, specialmente quella economica, ha predisposto una possibile soluzione alle crisi finanziarie: tornare alle origini della teoria economica reale; quindi facendo in modo che l'economia reale sia sempre destinataria ultima delle risorse create dai mercati finanziari. Richiamando l'economia islamica e i suoi meccanismi, si può affermare che è insito nelle regole contrattuali islamiche l'assunto secondo cui proprio l'economia reale deve essere destinataria delle risorse finanziarie perché ciò porti all'aumento di ricchezza collettiva. In sintesi, la finanza islamica, per ragioni legate prettamente a principi religiosi, risponde alle crisi in modo sufficientemente positivo. Un esempio in tal senso è il periodo della pandemia da Covid-19. Per maggiori approfondimenti si veda M. TANVIR ALAM, *Role of Islamic finance during COVID-19: a study on practical implication of zakat as short-term emergency support system*, in *European Journal of Islamic finance*, n. 16, 2020, p. 1 e ss.

⁶ Si veda il paragrafo 5 del capitolo IV.

⁷ Cfr. capitolo II.

⁸ C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 198 e ss.

convincente poiché è del tutto riduttivo pensare al modello islamico di gestione del credito come difettato; al contrario, è bene guardarlo in un'ottica plurale. Il mercato convenzionale, se volesse offrire un'opportunità di sviluppo alla finanza islamica, dovrebbe ripensare la nozione stessa di ente creditizio, che però non è cosa da poco in quanto richiederebbe, perlomeno parzialmente, di riformare la struttura di gestione del convenzionale⁹. Più nel dettaglio, il sistema finanziario *Shari'ah compliant* attinge le proprie radici nel diritto islamico e una strada percorribile per la sua introduzione normativa in Italia potrebbe essere l'utilizzo di principi costituzionali, quali quello di laicità¹⁰, come chiave di volta per la promozione di una normativa e di una politica finanziaria inclusiva diretta alla promozione delle diversità. Leggendo il fenomeno della finanza islamica in un'ottica ecclesiasticista è possibile dunque pensare alla finanza islamica come a una delle politiche volte a favorire l'integrazione, nel tessuto italiano, delle comunità islamiche¹¹.

Il secondo fattore di criticità, che si pone in un rapporto di specificità con il primo, riguarda l'ordinamento fiscale italiano¹².

I contratti *Shari'ah compliant* prevedono vari passaggi di titolarità e ciò comporterebbe l'applicazione di tributi, con la corresponsione di ingenti somme di denaro a favore dell'erario, che renderebbe l'utilizzo di queste transazioni economicamente poco convenienti¹³. Si fa riferimento alla doppia tassazione, che risulta essere non solo eccessivamente onerosa, ma anche discriminatoria per un soggetto che voglia soddisfare il medesimo bisogno e voglia raggiungere lo stesso risultato di un non musulmano¹⁴. Più nel dettaglio, un fedele musulmano che voglia acquistare un'abitazione in Italia e al contempo non accedere al mutuo convenzionale poiché in contrasto con la propria etica religiosa potrebbe soddisfare tale bisogno utilizzando il contratto islamico di *muraba*¹⁵. Schemi contrattuali differenti medesima *ratio* di fondo. Però, il *muraba* prevede che

⁹ Vedi *infra*.

¹⁰ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 121.

¹¹ R. GERACI, *Etica e Finanza islamica: Shari'ah e mercato*, cit., p. 108 e s.

¹² Cfr., sul punto, R. GERACI, *Etica e Finanza islamica: Shari'ah e mercato*, cit., pp. 186-187; C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 199.

¹³ P. BIANCONE, *La banca islamica*, cit., p. 48.

¹⁴ Si veda par. 2.1.1. del cap. III.

¹⁵ Per quanto riguarda l'analisi del contratto di *muraba* si rimanda al par. 4.1 del cap. III di questo elaborato.

l'immobile venga dapprima comprato dalla banca islamica su richiesta del cliente con conseguente pagamento dell'imposta di registro e successivamente tale bene deve essere trasferito al compratore finale, che dovrà nuovamente pagare un'altra imposta di registro. Si configura una vera e propria doppia tassazione a carico del fedele musulmano, ponendolo in una situazione svantaggiosa.

Risulta pertanto necessaria l'introduzione di una disciplina fiscale italiana che permetta di superare tale criticità al fine di non creare, di fronte al soddisfacimento dei medesimi bisogni, una disparità di trattamento su base religiosa. Occorre dunque l'intervento del legislatore in materia per eliminare tali ostacoli normativi¹⁶.

La creazione di un mercato finanziario islamico come mercato complementare può rappresentare quindi una opportunità economico-sociale dal punto di vista interno e un punto di rilancio per la politica commerciale estera¹⁷. Muovendo su questo piano di senso occorre effettuare un vero e proprio vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti *Shari'ah compliant*.

2. *Il vaglio della meritevolezza degli interessi perseguiti dai contratti Shari'ah compliant*

È utile, al fine di permettere un'introduzione di un sistema finanziario religiosamente orientato, condurre un'indagine comparativa diretta a valutare la tenuta del sistema giuridico di ingresso alla luce dei capisaldi costituzionali entro cui si articolano le regole civilistiche. Quindi, dapprima si cercherà di guardare al sistema da un punto di vista macroscopico, c.d. analisi di sistema, per poi lasciare spazio ai primi risultati di una disamina comparativa più di dettaglio¹⁸. Pertanto, occorre valutare come

¹⁶ È utile sottolineare come l'unico progetto di legge n. 4453 del 2 maggio 2017, rimasto poi lettera morta, che l'Italia ha curato in materia di finanza islamica riguardava proprio gli aspetti della doppia tassazione. Tale proposta aveva fatto ben sperare, dottrina e operatori, in una volontà legislativa di apertura verso il mercato bancario islamico. In particolare, come si legge all'art. 1 [...] «la presente legge regola il trattamento tributario delle operazioni finanziarie poste in essere osservando i principi della legge islamica (*shari'ah*) al fine di assicurare un'imposizione fiscale equiparata a quella delle operazioni finanziarie convenzionali». Seppur tale documento aveva a oggetto solamente il trattamento fiscale del *muraba*, dell'*istisna'a*, dell'*ijara* ed infine dei *sukuk* è apparso un coraggioso tentativo di mettersi in linea con le politiche fiscali già pienamente utilizzate in altri ordinamenti giuridici europei.

¹⁷ La vicinanza geografica della Penisola agli Stati a maggioranza musulmana dell'Africa settentrionale e del Medio Oriente permette, attraverso la finanza islamica, di (ri-)affermare il ruolo dell'Italia come collegamento privilegiato tra Europa e Paesi a maggioranza islamica. Cfr., sul punto, S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 32.

¹⁸ Come già evidenziato nella premessa metodologica. Cfr. capitolo I.

le regole contrattuali *Shari'ah compliant* possano dialogare con i principi civilistici nella prospettiva di legalità costituzionale¹⁹. Si vuole comprendere se i contratti islamici siano pienamente rispettosi dell'ordinamento in cui (potenzialmente) potrebbero produrre effetti giuridici vincolanti tra i consociati e quindi occorre altresì valutare se tali regole e fattispecie contrattuali siano concretamente meritevoli di tutela²⁰.

Il comparatista dei diritti religiosi che voglia condurre un'analisi sulla meritevolezza dei contratti islamici deve necessariamente osservare più attentamente i profili funzionali del contratto²¹. L'autonomia privata deve essere letta in una chiave interpretativa volta a mettere in risalto nuovi interessi da tutelare, aspirando al superamento di una staticità ordinamentale a favore di un approccio aperto a bisogni nuovi da tutelare²². Appare quindi convincente quella parte della dottrina che sostiene il superamento della causa come «funzione economica-sociale», che limita la ragione giustificatrice di una transazione a una mera sintesi degli effetti essenzialmente prodotti²³. Tale superamento ha permesso di identificare la causa come «funzione economico-individuale»²⁴: la giustificazione dello spostamento patrimoniale. Tale impostazione però non è l'unica ad affermarsi nel dibattito scientifico: la causa del negozio giuridico potrebbe essere ricercata anche al di là dello scambio patrimoniale, individuandola al di fuori del contratto stesso²⁵.

¹⁹ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 119.

²⁰ Cfr., sul punto, G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 198.

È rilevante riportare un autorevole posizione dottrinale che mette in risalto le difficoltà di una comparazione circoscritta a singoli ambiti dell'Islam poiché «morale, rito, diritto privato, diritto pubblico [...] sono categorie che mal si adattano a quell'unico tutto [...] che porta il nome di *Shari'ah*» in F. CASTRO, R. SACCO (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile, Voce "Diritto musulmano"*, VI edizione, Utet, Torino, 2011, p. 289.

²¹ La meritevolezza citata nel corpo del testo è da intendersi come vaglio di un determinato contratto diretto a rilevare dapprima gli interessi voluti dalle parti e poi la loro non contrarietà all'ordinamento giuridico italiano.

²² T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 121.

²³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, seconda edizione, 1952, pp. 169-180; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, III ed., 1999, p. 170 e ss.

²⁴ Cfr. G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 335 e ss.

²⁵ È la teoria sostenuta da L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948, p. 552 e ss. È possibile asserire che anche l'approccio accademico e quello professionale guardano al mondo dell'autonomia privata in modo diverso rispetto al passato. Ciò sembrerebbe il prodotto degli effetti della globalizzazione e di conseguenza l'apertura dei mercati con il tendenziale atteggiamento positivo a categorie giuridiche più elastiche in un'ottica di rilancio di interessi

Riportando tali teorie nell'ambito delle regole islamiche di gestione dei rapporti di natura patrimoniale, è indubbio che la causa del contratto debba essere ricercata ben al di là del mero scambio patrimoniale. Però, ciò non snatura l'ordinamento italiano che, accanto alle categorie tradizionali, può affiancarne di nuove, cogliendo così opportunità giuridiche inedite. L'intera contrattualistica *Shari'ah compliant* richiama una lettura dell'autonomia privata in chiave progressista, quindi meno dogmatica, divenendo uno strumento di promozione della diversità²⁶. Quanto affermato si pone in linea con gli studi che guardano all'autonomia privata come a una clausola aperta, che ben si presta a essere storicizzata alle sfide giuridiche che progressivamente la società si trova ad affrontare. Pertanto, si deve necessariamente osservare il contratto sotto il profilo degli effetti giuridici sostanziali connessi alla manifestazione di volontà delle parti, qualificando la natura sottesa del rapporto giuridico²⁷.

Il vaglio di meritevolezza nell'ordinamento italiano è previsto dall'art. 1322 c.c. Tale vaglio deve essere fatto sulla base della causa del contratto e degli effetti giuridici voluti dalle parti. Più chiaramente, il vaglio è sempre necessario per tutti quegli atti giuridici non tipizzati dal legislatore italiano²⁸. Per cui se due privati volessero realizzare un contratto *Shari'ah compliant* – senza che nessuno dei due sia una banca²⁹ – astrattamente non si intravedono particolari criticità nell'ordinamento italiano dato che il legislatore civile ha permesso alle parti di regolare i propri rapporti purché meritevoli di tutela anche al di là delle fattispecie espressamente tipizzate. Il sistema è consegnato per

giuridici 'nuovi'. In altri termini, la società contemporanea muta a ritmi sempre più veloci e incontra elementi inediti rispetto alla cultura ordinamentale interna, che si riflette indubbiamente anche sulle regole di gestione degli scambi economici. Cfr., sul punto, M. AMBROSINI, *Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transazionali*, Il Mulino, Bologna, 2008.

²⁶ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., pp. 121-122.

²⁷ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 122.

²⁸ La dottrina è indubbiamente concorde nel ritenere necessario un vaglio di meritevolezza ai contratti atipici, categoria entro cui rientrerebbero anche i contratti *compliant*. Invece, è divisa la letteratura scientifica sull'obbligatorietà di un vaglio di meritevolezza anche per i negozi tipici. Non è questa la sede per una disamina approfondita sul punto. Si rimanda a M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1987, p. 431; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, Rescigno, *I contratti in generale*, (a cura di) E. GABRIELLI, II, Utet, Torino, 1999, p. 1337 e ss.; E. MINERVI, *La meritevolezza del contratto: una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019; F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del post-moderno*, in AA. VV., *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Edizione scientifica italiana, Napoli, 2004, p. 143; M. GAZZARA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1, 2003, p. 66.

²⁹ Sul punto, vedi *infra*.

essere aperto, anche se ciò non vuole significare assenza di criticità di fronte a clausole che derivano da una prassi negoziale di altro ordinamento³⁰.

Occorre ora individuare i motivi di attrito tra i principi del diritto islamico e le regole civiliste italiane.

Primo profilo da prendere in considerazione è il divieto di *ribà*, il quale è associato alla proibizione degli interessi, corrispettivi e moratori, e dell'usura nei contratti di credito ed infine a qualsiasi remunerazione che produca un arricchimento nei contratti di deposito e conto corrente. Come emerso nel corso della trattazione, il diritto islamico dei contratti prevede che la stipulazione di una transazione basata sull'applicazione di interessi sia considerata invalida poiché il denaro prodotto dal tasso di interesse è senza alcun corrispettivo e di conseguenza lesivo del principio di mutua cooperazione fra le parti contrattuali³¹. Di converso, il diritto civile italiano non censura l'interesse *tout court*, il quale rappresenta, perlomeno storicamente, il profitto tipico delle banche. Un esempio in tal senso è l'art. 1224 c.c., il quale prescrive che una (qualsiasi) somma di denaro produce interessi *ex lege*, e secondo l'art. 1283 c.c., i tassi di interesse possono diventare in vero e proprio capitale³².

È fuor di dubbio che il sistema finanziario italiano rientri in una economia capitalista in cui il denaro è considerato – legittimamente – un bene in sé. Ciononostante, l'ordinamento italiano pone dei limiti all'applicazione del tasso di interesse, infatti, esso considera nulla la clausola contenente interessi usurari (e gli interessi non dovuti), ossia il superamento della soglia massima legalmente prevista, così come disciplinato dall'art. 1815, co. 2 c.c.³³.

Per una corretta impostazione del problema, è utile distinguere due ipotesi. La prima, è il caso di un finanziamento di capitale tra soggetti privati senza che vi sia la presenza di una banca/intermediario poiché i contraenti, soddisfatti i requisiti di meritevolezza del negozio giuridico *Shari'ah compliant*, sono liberi di non applicare il tasso di interesse come forma di remunerazione del denaro dato a prestito.

³⁰ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., pp. 121-122.

³¹ Vedi *supra*.

³² G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 169.

³³ Sul tema, si veda G. D'AMICO (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017, pp. 95-115. È rilevante in tema di tassi usurari nell'ordinamento italiano la nota sentenza della Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 24675 del 19 ottobre 2017, che ha superato la teoria dottrinale della usurarietà sopravvenuta.

La seconda ipotesi, invece, presenta alcuni profili di criticità. È il caso in cui una delle due parti sia una banca, che utilizza contratti di finanziamento caratterizzati dalla presenza del tasso di interesse. Il Testo Unico Bancario (italiano) non impone che la forma di ritorno di capitale sia il tasso di interesse, ciononostante la finanza convenzionale occidentale ancora l'intero sistema finanziario agli interessi. Il diritto civile italiano prescrive in molteplici fattispecie, tra cui le succitate disposizioni del Codice civile, che una somma di danaro possa produrre capitale e interessi purché nei limiti espressamente stabiliti dalla legge³⁴.

Appare con tutta evidenza necessaria una considerazione di sistema: l'ordinamento bancario italiano è il risultato di forze, centripete e centrifughe, che hanno condotto al capitalismo, che si caratterizza per uno specifico ordine economico³⁵. Il comparto islamico al contrario è più prossimo a forme di economia di mercato in cui la forza trainante è il risultato dei prezzi creati dal rapporto tra la curva di domanda e la curva di offerta. Sembrerebbe che la finanza islamica sia più prossima alle teorie e ai meccanismi dell'economia classica di quanto non lo sia l'economia occidentale contemporanea³⁶. Ciò ben si ricollega alla funzione della moneta: nell'ordinamento religioso islamico il denaro è impiegato come strumento di cambio; mentre in quello italiano, e in tutti i sistemi a matrice capitalista, il denaro è diventato un vero e proprio bene³⁷.

Una soluzione operativa potrebbe essere l'introduzione di una finestra islamica all'interno di una banca islamica convenzionale così da offrire alcune transazioni conformi alla *Shari'ah*, affiancando strumenti *interest free* a quelli tradizionali. Però, ciò richiede un intervento legislativo che permetta la possibilità di deroga all'applicazione

³⁴ Cfr., sul punto, G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 168.

³⁵ Così M. AMATO, *L'enigma della moneta e l'inizio dell'economia*, Dialectica, Nocera inferiore, 2016, p. 294.

Per un'analisi storiografica in materia di capitalismo in Italia si rimanda a F. AMATORI, *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*. Donzelli editore, Roma, 1997.

³⁶ Cfr., sul punto, R. DE MUCCI (a cura di), *Economia di mercato e democrazia: un rapporto controverso*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2014.

³⁷ Così G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 168 e s.; J. ERCANBRACK, *The Law of Islamic Finance in the United Kingdom: legal pluralism and financial competition*, SOAS, University of London, 2011, p. 160 s.

Sui limiti del modello *originate to distribute* si rimanda all'attenta disamina condotta durante la crisi finanziaria *subprime* in E. GUALANDRI, A. LANDI, V. VENTURELLI, *Crisi finanziaria e nuove dimensioni del rischio di liquidità: implicazioni per regolamentazione e controlli* in *Bancaria*, n. 7, 2009, pp. 24-42.

del tasso di interesse alla normativa italiana in materia di ritorno economico delle banche, offrendo la possibilità di guadagno sotto forma di altri meccanismi, come la compartecipazione.

Il principio di *ghàrar* invece indica un'eccessiva alea di incertezza da valutare caso per caso in relazione a ogni elemento del contratto come il termine di adempimento, la qualità e la quantità del bene, il prezzo, etc.³⁸. A differenza del divieto di *ribà*, il quale ha carattere assoluto, il *ghàrar* rende nullo il contratto unicamente se eccessivo a riprova della sua portata relativa.

Le criticità su una potenziale compatibilità tra il principio in esame e l'ordinamento giuridico italiano sono minori rispetto al divieto di applicazione del tasso di interesse³⁹. Infatti, il sistema giuridico italiano tende a rifuggire, salvo per i contratti aleatori, dall'incertezza sugli elementi essenziali del contratto e, laddove l'incertezza fosse presente, il contratto sarebbe invalido ai sensi dell'art. 1325 c.c. Entrambi gli ordinamenti, quello islamico e quello italiano, mirano allo stesso obiettivo: garantire un certo grado di informazione, assicurando garanzia di equità e buona fede⁴⁰.

Su questo piano di senso, è interessante richiamare un profilo strettamente correlato a quanto affermato: le asimmetrie informative. Esse hanno un ruolo centrale nel caso in cui venga coinvolta una banca poiché l'inadeguatezza dell'informazione in sfavore del cliente è stata oggetto di attenzione della dottrina, della giurisprudenza e del legislatore. Una banca ricopre un ruolo dominante rispetto al singolo e quindi l'offerta bancaria deve essere predisposta con il maggior grado di completezza informativa possibile al fine di rendere edotta la parte contrattualmente debole, *i.e.* il cliente, su tutti gli aspetti normativi di una transazione.

Quindi, il diritto islamico e il diritto italiano tutelano la parte del contratto che ha maggior difficoltà nel reperimento e nella comprensione di informazioni finanziarie e bancarie⁴¹. In un'ottica comparata, però, è possibile cogliere un'ulteriore similitudine: entrambi gli ordinamenti impongono delle regole dal carattere preventivo con il fine di rifuggire da potenziali patologie contrattuali che, non solo possono inficiare gli effetti di una transazione, bensì possono condurre a conflitti tra i consociati. La ricerca di una

³⁸ Sul punto, si rimanda al paragrafo di apertura del capitolo II.

³⁹ Sui principi di *ghàrar* si richiamano rispettivamente i paragrafi 3 e 4 del capitolo II.

⁴⁰ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 167.

⁴¹ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 45.

completa informazione tra le parti coinvolte è necessaria per evitare un'eccessiva incertezza, incidendo sulla stessa validità del contratto.

V'è tuttavia un ambito di inequivocabile discontinuità tra il principio di *ghàrar* e la contrattualistica italiana e riguarda il comparto assicurativo e quello degli strumenti derivati⁴². L'assicurazione convenzionale è intrinsecamente incerta in quanto un soggetto si obbliga al pagamento di un premio senza che sia prevista alcuna forma di ritorno, salvo il verificarsi di un evento futuro e incerto. Ciò è fortemente in contrasto con il diritto islamico⁴³. Nel caso di specie, la declinazione del principio di *ghàrar* attiene specificamente al rapporto contrattuale basato sull'aleatorietà, configurando una transazione non avente, nel momento della conclusione nonché dell'esecuzione del negozio, alcun oggetto esistente⁴⁴. Inoltre, tale oggetto potrebbe non venire mai ad esistenza e, ciononostante, il contratto (italiano) è valido e produttivo di effetti⁴⁵. È possibile dunque affermare in linea generale, fatta eccezione per quanto da ultimo accennato, che da un punto di vista di compatibilità normativa il principio di *ghàrar* non incontra particolari ostacoli in quanto l'ordinamento italiano salvaguarda i medesimi aspetti dal diritto islamico.

Il divieto di *maysir*, invece, indica la proibizione di operazioni aventi a oggetto attività speculative ovvero operazioni cui il risultato è prodotto di una "scommessa" sul verificarsi di un determinato evento futuro. La ragione giustificatrice del divieto in esame risiede nel mancato rispetto di uno dei capisaldi della contrattualistica *Shari'ah compliant*, la quale mira a realizzare un pari beneficio per tutti le parti coinvolte nel sinallagma contrattuale⁴⁶. Ciò non è un ostacolo all'analisi che si sta conducendo in quanto è sufficiente non inserire, in una potenziale offerta *Shari'ah compliant* italiana, transazioni i cui effetti siano legati a un evento futuro e incerto⁴⁷.

⁴² C. PORZIO (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 36.

⁴³ *Vedi supra*.

⁴⁴ Cfr. su questo specifico aspetto M. MASUM BILLAH, Y.A. BASODAN, *Islamic Insurance (takaful) models and their accounting dichotomy*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, n. 34, 2017, pp. 10-32.

⁴⁵ Per una disamina più approfondita in materia di effetti di contratti aleatori si richiama P. CORRIAS, *Il contratto di assicurazione: profili funzionali e strutturali*, Edizione scientifica italiana, Napoli, 2016.

⁴⁶ Si fa riferimento all'articolo 1933 del Codice civile italiano. Cfr. M. BARCELLONA, *Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Milano, 2015, pp. 446-552.

⁴⁷ In dottrina è possibile richiamare V. CATTELAN, *A new model for options in Islamic Law*, in (a cura di) K. HASSAN, M. MAHLKECHT, *Islamic capital markets. Products and strategies*, Wiley Online

Dal punto di vista dell'analisi che si sta conducendo, tutte le attività commerciali speculative costituite alla luce del diritto italiano sono innegabilmente considerate, dal diritto islamico, intrinsecamente invalide. Quindi, su questo punto non vi è compatibilità tra ordinamento italiano e islamico. Ciò, però, non rappresenta un limite all'indagine poiché è sufficiente prestare particolare attenzione agli strumenti finanziari inseriti in una (eventuale) offerta di una banca *Shari'ah compliant* per cogliere meccanismi volti a tutelare e garantire i medesimi bisogni.

L'eticità islamica delle transazioni commerciali e bancarie trova il maggior grado di compiutezza nel mutuo beneficio per tutti i contraenti, che si traduce – sul piano giuridico – nel principio della condivisione del rischio tra le parti di un rapporto finanziario. Più precisamente, si fa riferimento al principio della condivisione dei profitti e delle perdite, c.d. *Profit and Loss Sharing*. Tale meccanismo giuridico è stato ideato dai giurisperiti islamici al fine di trovare una soluzione efficiente ed efficace di remunerazione in risposta al divieto di applicazione del tasso di interesse⁴⁸. Parte della dottrina italiana ha rinvenuto una similitudine tra il principio di condivisione di diritto islamico e la buona fede prevista dal diritto civile italiano⁴⁹. È una tesi che non trova però sufficiente fondamento scientifico. I due principi sono espressione di un principio solidaristico avente una indubbia componente etica, subordinando il sinallagma contrattuale alla tutela degli interessi della controparte. Però, l'etica islamica ha un carattere che si inserisce in un disegno più ampio di solidarietà, che si estende non solo agli oneri economici della stipulazione, ma altresì alle perdite future legate agli effetti giuridici prodotti⁵⁰. Di converso, la buona fede prevista dalla contrattualistica italiana prescrive al contraente di fare salvo l'interesse dell'altra parte senza però subire – ingiustamente – un apprezzabile sacrificio⁵¹.

Risulta che la buona fede ha come limite la tutela giuridica dell'interesse altrui senza la quale non si coglierebbe la motivazione sottesa per giustificare, nel sistema contrattuale italiano, la prevalenza di un interesse altro rispetto a quello proprio del

Library, Singapore, 2011, p. 358 e ss.; P. UBEROI, A.R. KHADEM, *Islamic Derivatives: past, present, and future*, cit., p. 284 e ss.

⁴⁸ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 167.

⁴⁹ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 166.

⁵⁰ Una posizione opposta è sostenuta da G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 165.

⁵¹ S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 144.

soggetto⁵². Invece, il sistema contrattuale islamico, in particolare con il principio della condivisione, mira a creare una remuneratività per tutte le parti coinvolte, andando ben al di là di un apprezzabile sacrificio⁵³. La *ratio* sottesa al principio islamico travalica e supera quanto imposto invece dal legislatore italiano, fornendo ai contraenti una tutela maggiore rispetto alla normativa vigente. Non si profila un problema di compatibilità normativa poiché il legislatore italiano impone uno standard minimo, che può essere derogato *in melius* dai contraenti. Infatti, le regole di condotta previste obbligano le banche italiane a sopportare dei costi di informazione, di valutazione dell'investimento, che già superano l'apprezzabile sacrificio. Pertanto, ne risulta una tutela del cliente particolarmente alta. Ponendo questo profilo in relazione con il diritto islamico, è possibile asserire che vi è una indubbia forma di tutela del cliente nel sistema bancario islamico che è accostabile a quello italiano. L'unico punto di discontinuità si sostanzia nell'assenza da parte delle banche convenzionali italiane della condivisione del rischio (economico-patrimoniale) all'operazione bancario-finanziaria⁵⁴. La banca convenzionale non partecipa in alcun modo ai rischi derivanti, tra cui la possibilità di fallimento, dal progetto finanziato alla parte debitrice; anzi essa richiede forme di garanzia patrimoniali per la somma finanziata⁵⁵.

È utile, come già emerso in apertura, utilizzare il vaglio di meritevolezza dei vari elementi presenti in una transazione al fine di effettuare un vero e proprio bilanciamento degli interessi concreti voluti e perseguiti dalle parti. Indubbiamente, l'ordinamento italiano si interfaccia sempre più con fonti eteronome, che richiedono una prudente analisi concreta in modo da non perdere opportunità economiche a causa di una rigidità ordinamentale⁵⁶.

Appare ora necessario proseguire con l'analisi di compatibilità tra il diritto islamico e quello italiano, osservando nel dettaglio le norme bancarie al fine di

⁵² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. III, Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019, p. 456.

⁵³ Sulla portata e sull'applicazione del principio della condivisione dei profitti e delle perdite si rimanda al paragrafo 5.2 del capitolo II.

⁵⁴ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 32. L'Autore sostiene che «l'approccio convenzionale non è poi così distante da quello tipico della finanza islamica. Si tratta solo di comprendere i profili di incertezza e trasformarli in rischio, ove possibile, sì da gestire gli effetti attraverso un'adeguata attività di *risk management*».

⁵⁵ Sul punto L. GAI (a cura di), *La banca: profili istituzionali, operativi e gestionali*, Franco Angeli, Milano, 2019, p. 270 e ss.

⁵⁶ In materia di superamento della rigida dogmatica contrattuale, seppur con obbligo di un vaglio di meritevolezza dei negozi giuridici, si veda T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 123.

comprendere se è ammissibile la costituzione di una banca islamica nell'ordinamento italiano.

3. (Segue) *La banca Shari'ah compliant e la compatibilità con l'ordinamento giuridico italiano*

La presente indagine richiede di esaminare l'ammissibilità di una banca islamica alla luce delle disposizioni del Testo Unico Bancario, c.d. TUB⁵⁷.

Appare opportuno richiamare l'art. 2 della proposta di legge italiana in materia di finanza islamica, il quale stabilisce che la banca islamica «è una impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria [...] ai sensi del testo unico in materia bancaria e creditizia». Tale proposta di legge opera di fatto un mero rinvio alla legislazione vigente, indicandone, all'art. 14 TUB, tutti i requisiti. Osservando con maggior attenzione, è possibile ricavare un parallelismo, già sollevato da una parte della dottrina, con l'ordinamento giuridico inglese. Si fa riferimento al *Financial Services Act* del 2012 in cui il legislatore inglese ha stabilito, in riferimento alle banche islamiche, *no obstacles, but no special favors*⁵⁸. Più nel dettaglio, l'ordinamento inglese ha adottato un atteggiamento neutro nei confronti della finanza islamica, abbattendo gli ostacoli giuridici per un suo insediamento senza però adottare politiche inclini a un maggior grado di favoritismo a scapito degli intermediari convenzionali. Sul punto, la letteratura scientifica ha messo in evidenza come la proposta legislativa italiana in materia di trattamento fiscale dei prodotti *Shari'ah compliant* fosse simile, nella forma e nell'intento, al modello legislativo adottato dall'ordinamento inglese. Infatti, con il termine *dual banking* inglese si è soliti indicare due modelli bancari, quello convenzionale e quello islamico, ove nessuno dei due ha specifici trattamenti favorevoli. Per tale motivo, la proposta legislativa italiana era stata accostata al modello legislativo del *dual banking* inglese⁵⁹.

⁵⁷ Attualmente in Italia non si registrano richieste di autorizzazione volte all'esercizio dell'attività bancaria *Shari'ah compliant* tantomeno richieste indirizzate all'apertura di finestre islamiche ad opera di banche convenzionali. Sul punto, cfr., nota 35 in T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 140.

⁵⁸ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 170; S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 37.

⁵⁹ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 171.

Sull'approccio e sulla policy seguiti dal Regno Unito con riguardo all'introduzione della finanza islamica si veda G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 215-228.

Il potenziale intervento legislativo italiano dovrebbe essere diretto a rimuovere gli ostacoli di qualsiasi natura in modo da evitare di rendere svantaggiose le transazioni del sistema islamico, senza che ciò possa creare una condizione di sfavore per le banche convenzionali. Il brocardo inglese è stato funzionale allo scopo perseguito e in parte, dati i risultati, sembra essere stata una soluzione politico-legislativa efficace, che ha favorito l'introduzione della finanza islamica. In altri termini, le banche devono soddisfare gli stessi requisiti previsti dalla legge per le banche convenzionali indipendentemente dal carattere religiosamente orientato.

È necessario comprendere innanzitutto se la modalità di erogazione del credito per una banca islamica sia classificabile come attività bancaria ai sensi del TUB. Secondo l'art. 10 del TUB la raccolta del risparmio e l'esercizio del credito sono due requisiti per un legittimo agire degli intermediari all'interno dell'ordinamento italiano⁶⁰. Più nel dettaglio, l'art. 10 TUB definisce chiaramente l'attività bancaria come esercizio congiunto della raccolta del risparmio tra il pubblico e l'erogazione del credito. In altre parole, v'è attività bancaria unicamente se la raccolta di fondi e la concessione di credito siano effettivamente svolte congiuntamente da una banca. Infatti, una banca, oltre ad avere le caratteristiche proprie di un'impresa, è destinataria di una riserva di legge, poiché è unicamente la banca che può svolgere le attività descritte nel già menzionato art. 10 TUB⁶¹.

È bene specificare cosa si intenda per raccolta del risparmio ed esercizio del credito nel diritto bancario italiano al fine di prospettare una riflessione sui meccanismi di operatività di un intermediario *Shari'ah compliant*. Il legislatore prevede che «è raccolta del risparmio l'acquisizione di fondi con obbligo di rimborso»⁶². Tale obbligo costituisce una regola inderogabile per esercitare l'attività bancaria in Italia; secondo tale disposizione, il rimborso non necessariamente deve sostanziarsi nel tasso di interesse e potrebbe avvenire anche attraverso altre modalità, quali forme di condivisione oppure di *mark-up*⁶³.

⁶⁰ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 141.

⁶¹ La violazione della riserva di legge in materia bancaria integra la fattispecie di esercizio abusivo dell'attività bancaria sanzionata dall'ordinamento italiano con la reclusione da sei mesi a quattro anni e una multa da euro 2.065 ad euro 10.329, così come previsto dall'art. 131 TUB.

⁶² Art. 11 TUB.

⁶³ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 141.

Il secondo requisito previsto, cioè l'esercizio del credito, pone un'ulteriore criticità: la qualificazione della banca islamica come attività bancaria ai sensi dell'art. 10 TUB⁶⁴. La dottrina sul punto non ha una posizione omogenea. Appare però utile osservare la *ratio* delle attività di finanziamento svolte dalla banca islamica. Ciò permetterebbe di asserire che le attività *Shari'ah compliant* rientrano nel novero dell'esercizio del credito previsto dal legislatore italiano. Più specificamente, l'attività bancaria islamica rientrerebbe nella nozione di «ogni altra attività finanziaria» poiché la maggior parte delle transazioni e servizi *Shari'ah compliant* non sono vere e proprie attività bancarie di raccolta del risparmio e di esercizio del credito nell'accezione convenzionale⁶⁵.

Quindi, la normativa bancaria, in particolare l'art. 10 TUB, non è incompatibile con le modalità bancarie islamiche. Però, anche se quest'ultima dovesse ottenere l'apposita autorizzazione della Banca d'Italia, permarrebbe la criticità che tale banca islamica svolge prevalentemente «altra attività finanziaria»⁶⁶. Seppur un intervento legislativo dalla portata chiarificatrice in materia potrebbe scongiurare qualsiasi dubbio, allo stato attuale è possibile affermare che la legislazione vigente non impone a una banca di svolgere in via principale attività di raccolta ed erogazione del credito e in via subordinata altra attività. Al netto di tali considerazioni, non vi è un grado di subordinazione tra le due; quindi, una banca può svolgere qualsiasi attività bancario-finanziaria purché talune attività non siano espressamente riservate ad altri enti previsti dalla legge⁶⁷.

Per un maggior grado di completezza, appare necessario mettere in luce un altro aspetto: il meccanismo del *Profit and Loss Sharing* e le regole di garanzia volte a tutelare il risparmiatore. Qualsiasi banca che voglia ottenere l'autorizzazione ad operare all'interno dell'ordinamento italiano deve necessariamente soddisfare le garanzie sui

⁶⁴ Cfr., sul punto, G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., pp. 149-158.

⁶⁵ Sul medesimo piano di senso si veda M. RISPOLI FARINA, *Intervento*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., p. 81 e ss.; P. ABBADESSA, *La banca islamica: impressioni di un giurista italiano*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., p. 141 e ss.

⁶⁶ Cfr., sul punto, L. DONATO, M.A. FRENI, *Attività bancaria islamica e controlli di vigilanza*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, cit., p. 171 e p. 187 s. Gli Autori escludono che la normativa bancaria voglia imporre un criterio di prevalenza dell'esercizio dell'attività bancaria rispetto ad altra attività finanziaria. Inoltre, le stesse considerazioni sono rilevabili in T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 142, in particolare la nota 40.

⁶⁷ Cfr. l'art. 10, co. 3 TUB.

depositi stabilite dall'art. 96 TUB⁶⁸. Tale disposizione impone l'obbligo, in capo alla banca, di restituzione delle somme depositate (ovvero investite) in favore del cliente; in caso contrario, l'Autorità centrale può legittimamente negare l'autorizzazione ad agire sul mercato.

In questa prospettiva, non sembra possibile trasporre, nel nostro sistema bancario, la soluzione adottata dal legislatore inglese. La banca islamica inglese garantisce *ab initio* la tutela della garanzia sulle somme depositate però il cliente può legittimamente rinunciare, a tale forma di tutela, in un momento successivo alla conclusione del contratto⁶⁹. In altri termini, l'ordinamento giuridico inglese ha riconosciuto ai clienti che agiscono conformemente alla *Shari'ah* la facoltà di rinunciare alle tutele offerte sulla garanzia di restituzione al fine di favorire l'agire delle banche islamiche secondo le loro peculiarità operative. Il sistema inglese sembra offrire ai contraenti – banca e cliente – maggior libertà nella gestione del diritto di credito rispetto all'ordinamento italiano, il quale impone una forma di tutela dal contenuto indisponibile.

Tale impianto non sembra importabile nell'ordinamento italiano in quanto la rinuncia alla garanzia non può essere inserita all'interno delle disposizioni generali del contratto predisposte dalle banche⁷⁰. La motivazione di fondo è strettamente legata al parametro di legittimità previsto dall'art. 47 della Costituzione⁷¹, che rende nulle le clausole che riconoscono la possibilità di rinuncia del cliente alla garanzia di rimborso del capitale. La deroga, quindi, non sarebbe meritevole di tutela alla luce del dettato costituzionale italiano, che si impone come fonte primaria limitando così l'esercizio dell'autonomia privata⁷².

Tuttavia, è necessario operare una distinzione tra i conti corrente – c.d. depositi a vista – e i conti corrente per investimenti. Il principio di diritto islamico della condivisione

⁶⁸ Maggiori dettagli sul punto in G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 172, nota 36.

⁶⁹ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 173.

⁷⁰ Tra le sentenze più note, è possibile in questa sede richiamare la pronuncia della Corte di Cassazione, n. 19559 del 30 settembre 2015.

⁷¹ *Ex multis* S. AMBROSINI, P.G. DE MARCHI (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Giuffrè, Milano, 2009; F. MERUSI, *Commento all'art. 47*, in *Commentario della Costituzione* (a cura di) G. BRANCA, Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 153; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di Diritto pubblico*, 1962, p. 348.

⁷² Alle medesime conclusioni è giunto G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., pp. 171-172.

delle perdite e dei profitti opera unicamente per i conti corrente per investimenti e non per quelli a vista⁷³. Quest'ultimi non pongono problemi di compatibilità con il sistema italiano dal momento che i principi di diritto islamico non confliggono con la forma di tutela di rimborso. Il denaro presente nei conti correnti a vista rimane a completa disposizione del cliente, che può sempre utilizzare il capitale versato. Più problematico invece è il caso dei conti di investimento poiché il capitale viene immesso in fondi costituiti appositamente e di conseguenza opera l'obbligo di rimborso ai sensi dell'art. 96-bis TUB⁷⁴. Allo stato attuale quest'ultimo profilo rappresenta una discontinuità superabile attraverso un apposito intervento legislativo e non sembrano esservi delle possibilità di apertura tali da condurre a una soluzione sulla base della normativa vigente.

3.1. Una (possibile) chiave interpretativa per l'introduzione dello Shari'ah supervisory board nell'ordinamento giuridico italiano

La valutazione della conformità dei contratti e delle transazioni alla *Shari'ah* è un compito affidato allo *Shari'ah supervisory Board*, che è un organismo obbligatorio all'interno delle banche islamiche⁷⁵ e non trova una piena corrispondenza nell'ordinamento italiano; ciononostante, è possibile ipotizzare due diversi modelli organizzativi che astrattamente potrebbero essere compatibili con l'ordinamento bancario italiano⁷⁶.

Parte della dottrina italiana ritiene che i membri esperti dello *Shari'ah supervisory Board* possano essere selezionati e poi formalmente assunti dall'organismo di amministrazione della banca⁷⁷. Tale soluzione però non sembra essere del tutto convincente poiché gli esperti islamici, al fine di salvaguardare un certo grado di indipendenza e terzietà, non dovrebbero stipulare alcun contratto di lavoro subordinato con la banca, preferendo invece un accordo di collaborazione. Il diritto islamico dei contratti e le linee guida dell'infrastruttura islamica concordano nel ritenere non percorribile questa forma organizzativa in quanto lo *Shari'ah supervisory board* deve

⁷³ Sul punto si veda il paragrafo 2.2.1 del capitolo III.

⁷⁴ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 52.

⁷⁵ Si rimanda all'analisi condotta al paragrafo 4 del capitolo IV.

⁷⁶ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 45.

⁷⁷ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 45.

essere indipendente⁷⁸. Altra parte della letteratura scientifica invece ha ritenuto che le funzioni dell'organismo islamico possano essere assegnate a un ufficio interno alla banca: un assorbimento di competenze da parte di altro ufficio. Tale soluzione travolgerebbe le specificità tipiche dello *Shari'ah supervisory board*, limitando così le sue funzioni⁷⁹.

Osservando la normativa civilistica e la normativa bancaria italiana più nel dettaglio, è possibile sollevare alcune criticità. Un organismo islamico come lo *Shari'ah supervisory board*, esterno alla banca e al contempo con una funzione di controllo, appare in contrasto con la causa stessa del contratto societario italiano utilizzato per la costituzione di una banca. Si fa riferimento alla ragione giustificatrice dell'art. 2247 del c.c., che prevede «l'esercizio in comune di una attività economica allo scopo di dividerne gli utili». Ne consegue che se uno statuto bancario prevedesse un organismo di controllo esterno senza che vi sia una condivisione patrimoniale, il contratto di base sarebbe privo di una causa ed esposto alle conseguenze della nullità contrattuale. La tipizzazione normativa dei contratti associativi e dei contratti societari è utile per rendere oggettiva l'organizzazione da cui discende una certa modulazione dell'azione societaria⁸⁰. Ogni contratto associativo si caratterizza, e al contempo si distingue dagli altri, per la disciplina utilizzabile⁸¹.

In aggiunta a ciò, è possibile sottolineare come una banca islamica assuma, nella normativa italiana, la forma di una società per azioni e di conseguenza abbia il suo fulcro decisionario nel consiglio di amministrazione⁸². Risulta dunque incompatibile sul piano normativo che le decisioni di uno *Shari'ah supervisory Board* siano vincolanti per un consiglio di amministrazione di una banca islamica italiana a meno che – sembra l'unica soluzione percorribile – il consiglio di amministrazione si auto-vincoli in modo informale. Tuttavia, ciò ha delle ricadute non di poco conto in tema di responsabilità: infatti, il

⁷⁸ Cfr, sul punto, oltre a quanto già detto nel paragrafo 4 del capitolo IV, lo standard n. 1, sub. 2, dal titolo *Governance Standards for Islamic Institutions* evidenzia a più riprese che lo *Shari'ah supervisory board* deve essere un organo indipendente composto da *scholars* esperti in diritto islamico e in giurisprudenza commerciale islamica (c.d. *fiqh al-ua'malat*).

In aggiunta a ciò, si prenda in considerazione anche il documento consultabile nel seguente indirizzo web: <http://cbb.gov.bh>.

⁷⁹ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 45.

⁸⁰ In materia di tipizzazione di contratti associativi si rimanda all'attenta disamina condotta da P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 280 e ss.

⁸¹ La letteratura scientifica in materia di contratto alieno è particolarmente vasta; è possibile però richiamare G. DE NOVA, *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011.

⁸² Per un commento dottrinale su tale organismo è possibile rimandare a L. GAI (a cura di), *La banca: profili istituzionali, operativi e gestionali*, Franco Angeli, Milano, 2022, p. 33-47.

contenuto dell'art. 2380-bis c.c., chiarisce che «la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori, i quali compiono le operazioni necessarie per l'attuazione dell'oggetto sociale»⁸³.

È bene prendere in considerazione il caso in cui una (eventuale) banca islamica italiana inserisca nella sua offerta un prodotto bancario non conforme alla *Shari'ah*⁸⁴. È fuor di dubbio che l'organo di amministrazione risponda per eventuali violazioni di legge o irregolarità in quanto centro della *corporate governance*⁸⁵. Con tale termine si indica l'insieme di meccanismi, strumenti e regole predisposte per la migliore realizzazione del procedimento decisionale di una banca, al fine di tutelare i differenti interessi delle diverse categorie di soggetti coinvolti nella vita societaria. Alla luce di quanto detto, nel caso di specie, la piena responsabilità dell'inadempimento dello *Shari'ah supervisory board* è imputata all'organo amministrativo della banca, che mantiene tuttavia una pretesa di rivalsa⁸⁶. La responsabilità dell'organo di amministrazione però non è illimitata. Il sistema di controllo interno e il sistema di gestione del rischio è affidato all'organo amministrativo nei limiti dell'ordinaria diligenza⁸⁷. Sul punto, occorre richiamare il combinato disposto dell'art. 1176 e dell'art. 2392 c.c. Il consiglio di amministrazione in caso di mancato controllo sull'operato degli esperti di *Shari'ah* risponde laddove esso non abbia agito «con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle specifiche competenze»⁸⁸. In altri termini, con tale formulazione in ambito civilistico si è soliti indicare il grado di diligenza che le parti impiegherebbero per soddisfare un proprio interesse.

Di fronte a tale quadro giuridico, il consumatore potrebbe ricorrere allo strumento del risarcimento patrimoniale in sede giudiziale per vedersi quantificato il danno dal consiglio di amministrazione oppure nei confronti degli esperti dello *Shari'ah*

⁸³ Alle medesime conclusioni è giunto S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 46.

⁸⁴ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 49.

⁸⁵ In materia di *corporate governance* si veda A. ZATTONI, *Corporate Governance: how to design good companies*, Egea, Milano, 2020; L.A. BIANCHI, *La gestione dell'impresa. I consigli di amministrazione tra regole e modelli organizzativi*, Il Mulino, Bologna, 2021; P. SINGER, C.A. SIRIANNI, *La corporate governance nelle imprese bancarie*, Giappicchelli, Torino, 2018; R. MASERA, *La corporate governance nelle banche*, Il Mulino, Bologna, 2006.

⁸⁶ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 49.

⁸⁷ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 49.

⁸⁸ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 49.

supervisory board nel caso in cui l'organismo di amministrazione abbia utilizzato l'ordinaria diligenza.

Occorre ora analizzare la soluzione di compatibilità tra l'ordinamento italiano e lo *Shari'ah supervisory board*. Come sostenuto da parte di autorevole dottrina, l'unica strategia possibile è quella di considerare tale organismo islamico come un *advisory board*: un organo consultivo⁸⁹. Soluzione adottata dal Regno Unito ove l'Autorità di Vigilanza inglese ha lasciato intatto l'impianto organizzativo dell'impresa bancaria, confinando lo *Shari'ah supervisory board* a mero consulente della banca⁹⁰. Inoltre, alcune infrastrutture islamiche, tra cui l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*, comprendendo le difficoltà normative che una banca islamica può incontrare in un Paese a maggioranza non islamica, hanno emesso degli standard in materia⁹¹. Questi prevedono che lo *Shari'ah supervisory board* deve poter svolgere le sue funzioni in modo indipendente senza che vi sia nessuna ingerenza da parte di altri organismi endosocietari.

La soluzione che si può prospettare è l'introduzione di uno *Shari'ah supervisory board* come consulente esterno, scongiurando così il pericolo di subordinazione ad altri organismi bancari.

Permane una criticità anche se non strettamente giuridica, che merita di essere analizzata, cioè il numero di esperti di *Shari'ah*⁹². Attualmente, secondo le stime più recenti, il numero di esperti di finanza islamica e, in particolare di contrattualistica *Shari'ah compliant*, è pari a un centinaio. Secondo uno studio, tra questi cento solo una decina vengono maggiormente ingaggiati per emettere *fatawa* in materia bancaria⁹³. Riportando il discorso all'ordinamento italiano, qualora un intermediario italiano volesse inserire nella propria offerta alcuni contratti islamici dovrebbe avvalersi di uno *Shari'ah supervisory board* e ciò comporterebbe tempistiche molto lente nella certificazione del prodotto finanziario.

Altro profilo meritorio di interesse è l'attestazione dei prodotti e dei servizi bancari di un potenziale intermediario islamico italiano. Tale attestazione deve contenere

⁸⁹ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 47.

⁹⁰ FSA, *Islamic Finance in the UK: Regulation and Challenges*, 2007, p. 13. Consultabile al seguente indirizzo web: www.fsa.gov.uk/pubs/islamic_finance.pdf.

⁹¹ Cfr. lo standard n. 1 dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*.

⁹² S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 48.

⁹³ Sul punto si veda N. YAKUBY, *Troppe banche islamiche per pochi Shari'ah Scholars*, in *Shirkah*, n. 1, 2006, pp. 44-47.

il nome degli esperti (c.d. *scholars*), il ruolo professionale ricoperto, eventuali cariche (pubbliche oppure private) con le relative responsabilità ed infine la dichiarazione di liceità rispetto al diritto islamico dei prodotti, contratti o servizi offerti⁹⁴. È d'obbligo che in tale dichiarazione venga altresì esplicitata la procedura da seguire laddove, una volta introdotto sul mercato il prodotto islamico, questo divenga contrario alla *Shari'ah*. Tutta questa attività rientra nella *disclosure* con cui si indica la correttezza nelle comunicazioni nei confronti dei clienti⁹⁵.

Quanto descritto soddisfa l'obbligo di correttezza e di reciproca cooperazione tra gli individui previsto dal diritto islamico⁹⁶. Osservando tale profilo con la lente della comparabilità, risulta esservi una continuità tra l'ordinamento islamico e quello italiano⁹⁷. È un'impostazione non estranea al sistema giuridico italiano e senza dubbio alcuno adattabile a un (potenziale) comparto islamico. Si tratterebbe di una lettura estensiva di una normativa già esistente combinata con la necessità di integrazione finanziaria di una minoranza religiosa⁹⁸.

Emerge un quadro di generale compatibilità normativa tra i due ordinamenti presi in esame. In questo paragrafo, si è data una possibile chiave interpretativa per favorire un mercato islamico in Italia ed è risultato che tale organismo non presenta dei tratti, né strutturali né funzionali, incompatibili con i principi costituzionali e con le regole dell'ordinamento civile italiano⁹⁹. L'analisi ha proposto un modello che prescinde dall'intervento del legislatore e quindi l'unico limite riscontrabile è legato al fatto che lo *Shari'ah supervisory board* non può essere posto al vertice della struttura bancaria¹⁰⁰.

⁹⁴ Sul punto, ci si permette di rimandare al paragrafo 4 del capitolo IV e alla bibliografia ivi citata.

⁹⁵ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 48.

Con specifico riguardo all'attività di *disclosure* si veda F. GRECO, M. LECCI, *La trasparenza bancaria: tra regole di disclosure, product governance, consumer behaviour e digitalizzazione del mercato*, Pacini giuridica, Pisa, 2020.

⁹⁶ L'obbligo di correttezza e l'obbligo di reciproca cooperazione tra musulmani sono declinazioni della giustizia sociale e del principio di solidarietà tipici dell'Islam. Cfr., sul punto, il paragrafo 1 del capitolo II.

⁹⁷ Il principio della trasparenza è contenuto nell'articolo 115 del Testo Unico Bancario, che rappresenta la norma di recepimento della normativa europea: la direttiva 2014/92/UE e 2015/2366/UE.

In materia di trasparenza bancaria nell'ordinamento italiano si richiamano i seguenti autorevoli contributi: *ex multis* A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012; F. CIVALE, *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Giuffrè, Milano, 2013; M. DE POLI, *La contrattazione bancaria: tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Cedam, Padova, 2012. Ed infine uno storico, ma sempre attuale, contributo di G. CARRIERO, *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Il Foro Italiano*, n. 115, 1992, pp. 354-361.

⁹⁸ Si rimanda al paragrafo 7 del capitolo IV.

⁹⁹ S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 46.

¹⁰⁰ Vedi *supra*.

La soluzione prospettata non è però estranea alle soluzioni legislative adottate da ordinamenti che hanno già introdotto la finanza islamica nel proprio tessuto ordinamentale. Al contrario, la tesi esposta è in linea con le prassi consolidate sul mercato occidentale, che hanno indubbiamente favorito l'introduzione dello *Shari'ah supervisory board*¹⁰¹.

4. *La compatibilità normativa tra ordinamento italiano e i contratti Shari'ah compliant: strategie di drafting legislativo*

È ora necessario valutare la compatibilità giuridica tra l'ordinamento giuridico italiano e i singoli contratti *Shari'ah compliant*, elaborando alcune proposte di *drafting* legislativo.

Tra i contratti islamici di finanziamento meritano attenzione i contratti partecipativi di *mushàraka* e *mudàraba*¹⁰². Tali fattispecie si sostanziano in una doppia vendita al fine di rispettare i divieti economici dell'Islam¹⁰³. La *mushàraka* è una struttura operativa in cui una banca partecipa agli utili e alle perdite, mentre la *mudàraba* prevede che la banca sia finanziatrice del progetto del cliente, divenendone proprietaria, senza però essere coinvolta nella realizzazione dell'oggetto sociale.

Occorre richiamare nuovamente il concetto di «esercizio al credito» previsto dall'art. 10 TUB¹⁰⁴. L'esercizio al credito e la raccolta del risparmio sono tra loro interdipendenti sul piano funzionale: quindi, è strettamente necessario comprendere se la modalità di finanziamento (ovvero di raccolta di capitale) imposta dalle regole di diritto islamico sia conforme al sistema italiano¹⁰⁵. Già si è detto che l'attività delle banche in Italia deve rispettare determinati criteri volti a tutelare i risparmiatori e si ritiene che tale meccanismo di finanziamento incontri un ostacolo nell'art. 14 TUB, il quale impone il principio di prudente gestione del capitale¹⁰⁶. Il meccanismo della compartecipazione sembrerebbe altamente rischioso e si potrebbero rinvenire profili di incostituzionalità¹⁰⁷.

¹⁰¹ A conclusioni analoghe è giunto anche S. ALVARO, *La finanza islamica nel contesto giuridico ed economico italiano*, cit., p. 49.

¹⁰² Sul punto si rimanda al capitolo III.

¹⁰³ Si veda il capitolo II.

¹⁰⁴ Vedi *supra*.

¹⁰⁵ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 172.

¹⁰⁶ F. GIORGIANNI, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Riv. dir. comm. dir. gen. Obbl.*, n. 10, 2005, p. 897 e ss.

¹⁰⁷ F. GIORGIANNI, *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, cit., p. 898.

Nonostante ciò, autorevole dottrina ha sottolineato che l'assenza di un elenco esaustivo di attività è sintomo di una volontà legislativa di tenere aperta la possibilità a nuove forme di finanziamento¹⁰⁸. In particolare, si ritiene che la nozione di esercizio al credito dovrebbe essere svincolata dalla tipizzazione dei contratti di credito¹⁰⁹. È lungo le strette di tale impianto interpretativo che è possibile intravedere la possibilità di inserimento delle forme contrattuali partecipative di diritto islamico. Si può scorgere la possibilità di introduzione, accanto a forme di finanziamento convenzionale, di transazioni giuridiche che prevedono un incremento patrimoniale limitato nel tempo in favore di un soggetto con una forma di ritorno differente rispetto al tasso di interesse¹¹⁰. In altri termini, la compartecipazione utilizzata nel diritto islamico dei contratti *Shari'ah compliant* potrebbe rientrare all'interno del novero delle 'nuove' forme di finanziamento con ritorno sotto forma di utili, prodotto della partecipazione della parte creditrice¹¹¹.

Il minimo comun denominatore è la mancanza di tassatività dei contratti di finanziamento, che comporta uno spazio maggiore in favore dell'operatività bancaria a scapito della forma¹¹². Le forme partecipative della *mushàraka* e della *mudàraba* sono a tutti gli effetti forme di erogazione del credito a cui consegue una raccolta di denaro – derivato dagli utili prodotti – caratterizzate, alla stregua dei contratti convenzionali, da un intervallo temporale per il ritorno di capitale¹¹³.

Nell'analisi che si sta conducendo merita particolare attenzione il contratto di *diminishing mushàraka* poiché rappresenta una fattispecie rilevante per il singolo fedele per acquistare un bene immobile a uso abitativo¹¹⁴. Si è detto che tale forma contrattuale si sostanzia in un partenariato nella proprietà tra banca islamica e cliente. Quest'ultimo

¹⁰⁸ Così R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 213.

¹⁰⁹ Tale impostazione dottrinale si basa sulla lettura estensiva dell'art. 1, co. 2, lett. f, TUB, che elenca al n. 2 le operazioni di prestito. La norma richiamata prevede che le operazioni di prestito comprendono quelle elencate; da tale inciso si ricava che le operazioni non sono un *numerus clausus*. Cfr., sul punto, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 213.

¹¹⁰ P. FERRO-LUZZI, *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca impresa società*, vol. 15, 1996, p. 8.

¹¹¹ Non sono però mancate voci contrarie, che hanno quindi sostenuto che le operazioni partecipative offerte dalle banche islamiche non rientrassero all'interno della nozione (italiana) di esercizio al credito. Così, P. ABBADESSA, voce *Obbligo di far credito*, in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, p. 528 ss.

¹¹² Sul punto, si veda G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 176.

¹¹³ G. MATTARELLA, *L'inclusione finanziaria degli immigrati. La tutela del consumatore vulnerabile nei servizi bancari*, cit., p. 176. In aggiunta, sulla struttura operativa dei contratti richiamati nel testo si rimanda all'analisi del capitolo III della presente trattazione.

¹¹⁴ Si veda il paragrafo 2.1.1. del capitolo II.

entra sin da subito in possesso del bene e corrisponde una rata periodica alla banca a titolo di canone di locazione per il godimento del bene con l'aggiunta di un *quantum* di capitale per accrescere la quota di proprietà del bene. Tale meccanismo di finanziamento si estingue quando il cliente raggiunge il pagamento della somma di acquisto del bene, divenendo così unico proprietario dell'immobile¹¹⁵.

È necessario comprendere se il contratto islamico *diminishing mushàraka* è compatibile con le regole civilistiche italiane soprattutto con riguardo alla trascrizione e alla tutela dell'affidamento del terzo e con i rispettivi profili di responsabilità patrimoniale.

Procedendo con ordine, la trascrizione consiste nell'obbligo di annotazione di alcune tipologie di atti in appositi registri in cui si dà pubblicità legale della titolarità di un bene reale al fine di garantirne la piena conoscenza a terzi nonché accrescere il grado di certezza del diritto, scongiurando così l'insorgere di potenziali conflitti. Ebbene, la trascrizione ha una funzione dichiarativa e quindi rende gli atti trascritti opponibili ai terzi¹¹⁶.

Le quote del *diminishing mushàraka* non sono modulate, nel numero e nel capitale, in modo chiaro dal diritto islamico¹¹⁷; al contrario, esse hanno una natura variabile che rende l'operazione particolarmente complessa. Autorevole dottrina ha sottolineato che il decremento del capitale comprime in modo direttamente proporzionale la garanzia di tutela del credito dei terzi creditori¹¹⁸. Giuridicamente le singole quote del contratto islamico del *diminishing mushàraka* possono essere accostate alla forma di contratto preliminare unilaterale poiché è la sola parte finanziata – il cliente – che si obbliga a stipulare un contratto successivo definitivo¹¹⁹. Quindi, accostando le due fattispecie, quella di diritto italiano e di diritto islamico, è necessario che vengano stipulati tanti contratti preliminari unilaterali quante sono le quote previste dal piano di

¹¹⁵ Per maggiori dettagli sulle regole e sul funzionamento del *diminishing mushàraka* si rimanda al paragrafo 2.1.1 del capitolo III.

¹¹⁶ In riferimento alla trascrizione in ambito immobiliare nell'ordinamento giuridico italiano, è possibile richiamare l'analisi condotta da N.A. CIMMINO, *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, Milano, 2012.

¹¹⁷ Vedi *supra*.

¹¹⁸ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 128.

¹¹⁹ In materia di contratto preliminare italiano si veda l'attenta disamina condotta in A.G. DIANA, *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 2012; D. DE RADA, *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, Giappicchelli, Torino, 2010.

ammortamento allegato al contratto di *diminishing mushàraka*¹²⁰. Così agendo, occorre trascrivere ogni contratto preliminare unilaterale a causa della regola della forma *per relationem*. L'ordinamento giuridico italiano impone che ogni singolo contratto preliminare richiami il contenuto del contratto definitivo, in quanto prevede un effetto traslativo della proprietà da finanziatore a finanziato che richiede l'annotazione nei pubblici registri a tutela dell'affidamento del terzo creditore. Tale tutela ha carattere imperativo nell'ordinamento italiano e quindi non può essere in alcun modo derogata. Tale sistema a catena di contratti preliminari-trascrizione è indubbiamente una possibile ipotesi di regolamentazione, che consentirebbe quindi di realizzare l'operazione. Però, risulta essere non conveniente da un punto di vista dei costi da sostenere in quanto ogni atto di trascrizione richiede il pagamento di un tributo. Ciò rende la forma contrattuale così congeniata antieconomica, ma non astrattamente incompatibile con l'ordinamento italiano¹²¹.

Per quanto riguarda invece la tutela del terzo, la trascrizione opera a garanzia dell'affidamento del terzo e quindi se le parti seguono tale schema giuridico ciò soddisfa anche le esigenze generali di opponibilità. La progressiva riduzione delle quote non è di per sé contraria all'ordinamento italiano perché i terzi e la loro rispettiva tutela sono salvaguardate dalla trascrizione degli acquisti¹²².

Discorso diverso riguarda i profili obbligatori tra banca e cliente. Il sistema giuridico italiano riconosce alla parte creditrice la possibilità di inserire nel contratto un patto commissorio, che si sostanzia nel passaggio della titolarità della proprietà del bene al creditore in caso di inadempimento nel pagamento di un debito¹²³. Ebbene, tale regola, pacificamente operante nella civilistica italiana, allo stato attuale non può trovare accoglimento nel diritto islamico in quanto contrasterebbe con la concezione stessa di solidarietà¹²⁴. Riportando il discorso all'analisi comparativa, tale profilo è facilmente superabile non inserendo nel contratto di *diminishing mushàraka* il patto commissorio. Il creditore che voglia seguire l'ortopratica islamica è chiamato a rifarsi alla regola del

¹²⁰ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 128.

¹²¹ Così nota 15 in T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 128.

¹²² T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 128.

¹²³ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 128.

¹²⁴ Cfr. parr. 1 e 1.1. del capitolo II.

debitore in buona fede, che prevede una dilazione ulteriore del termine di pagamento laddove il debitore verta in una situazione di indigenza ovvero di grave impossibilità economica a lui non imputabile. In altri termini, la banca islamica non potrebbe esercitare, al contrario di una banca convenzionale, il proprio diritto potestativo di vendere il bene per ricavare la quota di capitale del debitore. Dunque, la banca – in qualità di parte creditrice – deve avere un atteggiamento conciliativo con il debitore in buona fede, stabilendo un nuovo termine di pagamento oppure prospettando un piano di rientro individuale¹²⁵.

Occorre ora volgere l'attenzione ai contratti non partecipativi *muraba* e *salam*.

La prima fattispecie si sostanzia in una doppia vendita per l'acquisto di una tipologia di bene a fronte di un pagamento differito. La prassi contrattuale tende a utilizzare il *muraba* per il finanziamento del capitale circolante di piccole imprese ovvero di privati, che hanno scarsa liquidità. Come già messo in luce, tale contratto islamico è impiegato per l'acquisto di materie prime o per le provviste di magazzino. È però fuor di dubbio che tale schema contrattuale si presti a operazioni commerciali più complicate come il finanziamento di progetti in corso d'opera¹²⁶. Si è già detto che le parti (minime) contrattuali sono: la banca e il venditore-fornitore del bene, la banca e il suo cliente/compratore finale. La banca islamica in questa transazione ha un doppio *status*: è acquirente nei confronti del fornitore ed è venditore nei confronti del cliente.

Nell'ottica di un'analisi comparativa è necessario distinguere le due operazioni al fine di cercare una possibile compatibilità normativa. Il contratto di *muraba* si concretizza in due contratti di vendita, però tali contratti hanno una natura giuridica differente.

Il rapporto iniziale tra banca e acquirente finale rientra nel novero della vendita obbligatoria. Invero, nel contratto di *muraba* la banca islamica si impegna a vendere un bene e di conseguenza sorgerebbe, secondo il diritto islamico, una vera e propria obbligazione in capo al compratore finale di corrispondere il prezzo nonché divenire proprietario del bene commissionato. È una impostazione giuridica simile, perlomeno nella forma e nella finalità, allo schema italiano della vendita obbligatoria di cui l'art. 1476 n. 2 c.c.

Occorre rilevare altresì un'altra similitudine: l'effetto traslativo della proprietà resta un effetto reale del contratto che invece di prodursi istantaneamente si concretizzerà

¹²⁵ Regola già emersa nel corso dell'analisi dei contratti *Shari'ah compliant*. Vedi *supra*.

¹²⁶ Per il finanziamento di progetti di medio-grossa dimensione si utilizza il contratto islamico *istisna*. Si rimanda all'analisi condotta nel capitolo III.

in un momento successivo alla conclusione dell'accordo. A riprova della vendita obbligatoria come disciplina italiana potenzialmente applicabile alla fattispecie in esame, vi è l'indeterminatezza dell'oggetto del rapporto giuridico, che condiziona il momento traslativo della proprietà. Infatti, la vendita obbligatoria (italiana) è utilizzata in relazione alla vendita di cose determinate nel genere, alla vendita di cose future, la vendita alternativa e la vendita di cosa altrui.

Risulta però maggiormente aderente al contratto di *muraba* la fattispecie della vendita di cose determinate nel genere poiché la fattispecie islamica in esame è solitamente impiegata per beni di provvista di magazzino ovvero di materie prime quindi esso non ha solitamente ad oggetto beni c.d. specifici¹²⁷. Quindi, l'obbligazione del venditore/banca islamica si sostanzia nel trasferimento al compratore, inoltre, la banca si obbliga all'individuazione della cosa nella modalità prevista inizialmente nel contratto.

È bene mettere in luce un'altra impostazione dottrinale, che però non appare del tutto convincente. Si sostiene che il *muraba* sia assimilabile al contratto di somministrazione previsto all'art. 1559 c.c.¹²⁸. Tale fattispecie è impiegata nell'ordinamento giuridico italiano come un contratto a sé stante, che rientra però nel novero della vendita obbligatoria. Il concetto di somministrazione si sostanzia nel carattere continuativo in cui una parte si obbliga a eseguire a favore dell'altra parte a effettuare prestazioni periodiche di cose verso un corrispettivo di prezzo.

L'accostamento tra il contratto islamico *muraba* e il contratto di somministrazione è il risultato di una errata qualificazione giuridica. Il fraintendimento sorge dal fatto che il contratto di *muraba* è impiegato per il finanziamento di materie prime oppure per rifornimento di magazzino. Però, il rapporto contrattuale che si crea tra la banca islamica e il cliente non può rientrare nel concetto di somministrazione poiché la prima non è un grossista bensì un vero e proprio intermediario, che funge da finanziatore semplicemente seguendo una impostazione differente da quella convenzionale. In aggiunta a ciò, nel *muraba* manca un altro elemento tipico della somministrazione: la prestazione continuativa ovvero periodica. Il rapporto contrattuale tra banca islamica e cliente può avvenire *una tantum* e non necessariamente la prestazione contrattuale deve essere protratta nel tempo. Risulta quindi più corretto, dal punto di vista comparativo, qualificare il contratto islamico *muraba* come una vendita obbligatoria, consentendo così maggior

¹²⁷ Cfr. il paragrafo 4 del capitolo III.

¹²⁸ In materia di contratto di somministrazione si richiama per maggiori approfondimenti R. NOCERA, *Il contratto di somministrazione*, Giuffrè, Milano, 2010.

aderenza alle sue caratteristiche funzionali. È limitante invece qualificare la *muraba* come somministrazione, che ne rappresenterebbe solamente un aspetto di un più ampio schema operativo. Appare quindi un contratto che sul piano teorico non presenta profonde incompatibilità dato che i passaggi operativi possono rientrare in categorie non estranee all'ordinamento italiano.

Necessita invece un discorso a parte il contratto di *salam*, che si sostanzia in un acquisto/vendita immediata di beni fungibili con una consegna differita e corresponsione immediata del prezzo. Anche in questo caso, alla stregua del contratto di *muraba*, la finalità è quella di garantire capitale circolante alle piccole imprese, solitamente imprese agricole ovvero piccole attività commerciali. In altri termini, la ragione di fondo di tale fattispecie è pratica: un'impresa di dimensioni ridotte non sempre possiede il capitale necessario per dare avvio alla produzione di una determinata merce e il contratto di *salam* soddisfa appieno questo bisogno economico. Pertanto, la banca islamica apporta capitale rivestendo il ruolo di acquirente di merce non ancora prodotta¹²⁹.

Al di là degli aspetti di liceità e di validità previsti dal diritto islamico in materia di *salam*, tale fattispecie sembrerebbe essere qualificabile – data la presenza della medesima ragione giustificatrice – come una vendita di cosa futura in base all'art. 1472 c.c. In particolare, con il termine vendita di cosa futura si intende l'alienazione di beni non ancora esistenti nel momento della conclusione del contratto. La titolarità della proprietà passerebbe in capo alla banca unicamente con lo scambio dei consensi in forza degli effetti reali del contratto. La vendita di cosa futura, rifacendosi alla disciplina generale, è fonte di obbligazione tanto per il compratore quanto per il venditore¹³⁰. Non appare presente quindi nessuna incompatibilità né tantomeno nessuna impossibilità di qualificazione del contratto di *salam* come una vendita di cosa futura. Nel caso in esame, il diritto islamico e il diritto italiano sembrano sovrapporsi senza nessuna difficoltà.

Non crea particolari problemi di compatibilità normativa neanche il contratto islamico di *ijarah*¹³¹. Tale fattispecie *Shari'ah compliant* prevede una sorta di locazione simile a un *leasing* finanziario ove la banca acquista un bene da un soggetto terzo su

¹²⁹ Si rimanda all'analisi di tale fattispecie fatta nel capitolo III.

¹³⁰ La letteratura in materia è particolarmente vasta, tra i vari è possibile richiamare lo storico e autorevole contributo di P. PIETRO, *I negozi su beni futuri. La compravendita di "cosa futura"*, Edizione Scientifica italiana, Napoli, 1962. Per quanto riguarda invece i profili in materia di trascrizione della vendita di beni futuri si veda M.F. GIORGIANNI, D. CORONELLA, *Sulla trascrivibilità della vendita di cosa futura*, in *Rivista del Notariato*, n. 4, 2010, p. 1160 e ss.

¹³¹ Sul punto, si veda il paragrafo 4.2.1 del capitolo III.

indicazione del cliente e lo dà in concessione a quest'ultimo, il quale deve corrispondere un canone comprensivo di una remunerazione per il servizio offerto dalla banca. Invero, nel *leasing* convenzionale il concedente si obbliga verso l'utilizzatore alla concessione in godimento della cosa per un tempo determinato e spesso a quest'ultimo viene lasciata la facoltà di prorogare il contratto oppure viene inserita un'opzione di acquisto della proprietà. Allorquando è prevista tale opzione il contratto di *leasing* si avvicina allo schema contrattuale della vendita con riserva di proprietà, art. 1523 c.c. Anche all'interno delle disposizioni del contratto di *ijarah* spesso viene inserita la possibilità di vendita del bene in favore dell'utilizzatore a riprova della corretta affinità con il contratto di *leasing* finanziario¹³².

La compatibilità normativa tra *ijarah* e *leasing* convenzionale richiede alcune accortezze, che però non comportano l'intervento specifico del legislatore. È il caso dei canoni di *leasing*, i quali sono conteggiati sulla base del costo originale del bene accresciuto da una percentuale di tasso di interesse e talvolta da (eventuali) spese. Invece, il canone dell'*ijarah* è onnicomprensivo di un margine di profitto per il servizio offerto dalla banca islamica. Il divieto di *ribà* previsto dal diritto islamico si impone nella regolamentazione dei rapporti privati e quindi non può essere previsto in forma espressa né tantomeno in forma mascherata nessun riferimento al tasso di interesse, pena la nullità dell'intera transazione. Risulta fattibile sul piano redazionale prima e sul piano pratico poi, 'aggirare' il divieto previsto dal diritto islamico inserendo all'interno del contratto una clausola in cui si esplicita una cifra per il servizio offerto dal concedente il bene¹³³.

Oltre a ciò, sarebbe necessario tenere in considerazione che l'*ijarah* non è valida e quindi non è produttiva di effetti giuridici quando l'oggetto è contrario alla *Shari'ah*. Però, tale profilo dovrà essere tenuto in considerazione dalle parti nel momento della conclusione del contratto; perciò, non occorre alcun intervento normativo. Inoltre, nel diritto islamico l'operazione di *ijarah* si compone di due contratti uno di locazione del bene e l'altro di acquisto del bene considerato che vige il divieto di unire i due contratti. L'ordinamento giuridico italiano non vieta ai contraenti di utilizzare un doppio contratto – uno di locazione e uno di vendita – così facendo l'*ijarah* potrebbe essere introdotta in Italia. È bene specificare che la disciplina italiana applicabile sarebbe quella della

¹³² T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 129.

¹³³ T.V. RUSSO, *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 129.

locazione oppure quella della vendita in base al singolo caso concreto. Infatti, nel caso in cui l'*ijarah*, al pari del contratto di *leasing*, abbia a oggetto un bene immobile e le parti si accordino per la compravendita si applicheranno tutte le disposizioni in materia di trascrizione e di tutela dei creditori. A differenza del caso di *diminishing mushàraka*, non occorre un intervento legislativo in materia fiscale poiché non si presenta una doppia imposizione tributaria. Il bene immobile acquistato al termine dell'*ijarah* viene obbligatoriamente trascritto per ragioni di certezza del diritto al pari di ogni immobile presente sul territorio italiano, al di là dello schema giuridico utilizzato.

Tuttavia, merita di essere perlomeno accennato un profilo sinora rimasto di sottofondo: le tutele e gli eventuali effetti dell'impiego di un doppio contratto (italiano). È fuor di dubbio che l'operazione di *ijarah* possa essere realizzata però ciò ha degli effetti non marginali sulla forma e sugli effetti di tutela e troveranno applicazione le regole della vendita ovvero della locazione a seconda della fattispecie impiegata nel caso concreto, salvo un futuro intervento legislativo che disponga in modo diverso.

Infine, particolare attenzione merita il contratto di *istisn 'à*¹³⁴. È bene ricordare che tale fattispecie è ampiamente utilizzata per il finanziamento di progetti di beni infungibili di medio-grandi dimensioni. Il contratto *istisn 'à* è un contratto di acquisto per la consegna futura di un bene tra due parti, una delle quali (il produttore) invia una richiesta specifica con determinate caratteristiche all'altra parte (l'acquirente). È possibile richiamare la disciplina del contratto di appalto, che risulta avere la medesima funzionalità e inoltre risulta soddisfare il medesimo interesse economico¹³⁵. L'appaltatore si obbliga verso il committente, dietro corrispettivo in danaro, a compiere un'opera ovvero un servizio, utilizzando una organizzazione propria e sopportando altresì il rischio di gestione.

Già nel corso dell'analisi condotta in materia di *istisn 'à*, si era messo in evidenza il tema della variabilità del prezzo a causa di rincari del materiale impiegato per realizzare l'opera (o il servizio)¹³⁶. Proprio questo profilo crea una alea di rischio che è stata oggetto di acceso dibattito tra i giurisperiti islamici circa la conformità alla *Shari'ah*. Similmente, nel caso di appalto con l'espressione «il rischio dell'affare» viene intesa come l'eventualità di mancata copertura dei costi di costruzione d'opera. Vi è però una disposizione italiana che sembra mitigare tale rischio: l'art. 1664 c.c., il quale prevede che in caso di aumento dei costi dei materiali oppure della manodopera, l'appaltatore può

¹³⁴ Si veda il paragrafo 4.3 del capitolo II.

¹³⁵ R. PANETTA, *Il contratto di appalto*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹³⁶ Cfr., sul punto, il paragrafo 4.3 del capitolo III.

richiedere una revisione del corrispettivo pattuito. È un articolo pienamente *Shari'ah compliant* nell'ottica islamica poiché è atto a circoscrivere l'alea di rischio, che altrimenti ricadrebbe interamente sull'appaltatore. Ebbene, in questo caso è possibile ravvisare una compatibilità giuridica tra la disciplina italiana e quella islamica in quanto diretta a evitare un ingiusto danno patrimoniale alla parte commissionata. Nonostante, la diversa natura regolamentare, ambedue gli ordinamenti impongono un obbligo in capo al committente di versare un corrispettivo congruo per l'opera realizzata. È senz'altro vero che nel diritto islamico tale obbligo è morale e poi si riflette nell'ambito giuridico, mentre nel diritto civile italiano l'obbligazione è puramente giuridica. Però, le ragioni morali attengono all'animo del soggetto agente e quindi sul piano giuridico concreto qualificare l'*istisn'à* quale appalto non è errato.

Osservando i profili di prestazione dell'appaltatore con un maggior grado di dettaglio, è possibile fin da subito asserire che tanto nell'appalto quanto nell'*istisn'à* l'obbligazione assunta non è di mezzi bensì di risultato.

Alla stregua del diritto islamico, anche le regole dell'appalto (italiano) in materia di corrispettivo sono simili. Infatti, ambedue prevedono che tale corrispettivo possa essere versato a rate periodiche oppure per intero all'inizio o alla fine della realizzazione dell'opera. Oltre essere una scelta rientrante nell'autonomia delle parti, l'ordinamento italiano predispone dettagliate norme anche in base alla natura del bene.

Anche in questa ipotesi, non sembra rilevarsi una incompatibilità tra i due ordinamenti. Occorre però richiamare quanto detto in materia di trascrizione allorché oggetto dell'*istisn'à* è un bene immobile¹³⁷. In tal caso, non si è di fronte a un caso di incompatibilità normativa: invero, si crea una situazione svantaggiosa sul piano fiscale per il solo fatto di utilizzare uno schema contrattuale religiosamente orientato. Ciò è superabile unicamente con l'intervento del legislatore fiscale¹³⁸.

In conclusione, è possibile operare delle considerazioni: è fuori di dubbio che i due sistemi giuridici oggetto della trattazione sono eterogenei¹³⁹. Nell'analisi condotta appare chiaro che se venisse introdotto il sistema finanziario islamico in Italia sarebbe necessaria una legislazione puntuale. Le differenze tra sistemi giuridici possono essere maggiori (o minori) per diverse ragioni: geografiche, politiche, storiche, etc. Il comparatista delle religioni è chiamato – oggi ancor di più – a cogliere le analogie, le

¹³⁷ Vedi *supra*.

¹³⁸ Si veda il paragrafo 1 del presente capitolo.

¹³⁹ Sul punto, cfr. Capitolo I.

similitudini ed infine le differenze dirette a raggruppare segmenti di vari ordinamenti giuridici, offrendo alla scienza giuridica un'immagine destinata a misurare le distanze esistenti tra i vari sistemi giuridici¹⁴⁰.

Nel caso del sistema bancario islamico ci si trova di fronte a coordinate comportamentali, contenute in regole religiose, che caratterizzano l'intero ordinamento islamico anche al di là dell'aspetto contrattuale ed economico¹⁴¹. È altrettanto vero che i giurisperiti nell'interpretazione adottata per dare piena operatività alla finanza islamica moderna si siano ispirati a regolamentazioni estranee all'ordinamento religioso islamico. Tale fenomeno è frutto di una innegabile operazione di ibridazione ordinamentale, effetto di una scelta – obbligata – affinché tale mercato religiosamente orientato attecchisse sulla scena globale¹⁴².

Emerge di sottofondo un richiamo all'analisi economica del diritto intesa come riflessione dei costi e benefici indotti da scelte giuridiche che sembra proprio un possibile angolo di osservazione del contributo sul diritto islamico dei contratti *Shari'ah compliant* oggetto della trattazione. Attualmente non risultano studi di comparazione tra ordinamento giuridico-economico islamico e ordinamenti secolari. Infatti, l'analisi economica pone come obiettivo quello della ricerca dell'efficienza e del benessere collettivo senza comprimere quello individuale. Il diritto civile italiano non mira unicamente alla realizzazione di interessi privati anzi l'idea di certezza del diritto, di buona fede nelle condotte, nelle regole volte a tutelare l'affidamento dei terzi sono dirette a realizzare un grado di efficienza sistemica, che ha inevitabili riflessi in materia di benessere collettivo.

In conclusione, l'analisi condotta nel presente capitolo ha cercato di utilizzare gli strumenti propri del diritto comparato al fine di cogliere la *ratio* delle regole e dei contratti impiegati nel comparto finanziario islamico e di rintracciare la medesima funzionalità negli istituti italiani. Tale indagine comparativa ha altresì tentato di non trascurare gli inevitabili punti di discontinuità tra i due ordinamenti giuridici presi in esame, mettendo in evidenza – ove opportuno – la necessità di uno specifico intervento legislativo.

Partendo dall'assunto per cui i bisogni dell'uomo sono i medesimi e gli ordinamenti giuridici sono chiamati a prospettare regole di condotta, ambedue i diritti,

¹⁴⁰ Come già evidenziato nella premessa metodologica condotta nel Capitolo I.

¹⁴¹ Si fa riferimento alla dimensione onnicomprensiva islamica, che è stata già diffusamente esaminata nel paragrafo 1 del capitolo II.

¹⁴² Profilo emerso nella trattazione dei contratti *Shari'ah compliant* al paragrafo 2 del capitolo III.

quello italiano e quello islamico, soddisfano nella materia trattata le stesse ragioni economiche e giuridiche di fondo. Lo studio analitico quindi dei mercati finanziari e bancari islamici ha favorito una riflessione sull'opportunità di analizzare e valutare se, nell'ordinamento italiano, sarebbe opportuno l'inserimento di istituti finanziari e contrattuali connotati da un insieme di valori religiosi, quali quelli che caratterizzano il diritto islamico.

Notazioni conclusive: Le sfide di una via islamica al mercato finanziario tra illusioni e mistificazioni. Quali punti di approdo e quali prospettive future per la finanza islamica contemporanea?

La ricerca condotta in questo studio ha preso in esame, utilizzando gli strumenti del diritto comparato delle religioni, i principi economici presenti all'interno della *Shari'ah*. Da tali fonti si è ricavato una sorta di vero e proprio breviario di principi economici che regola e anima l'intero diritto islamico dei contratti; una disamina di diritto positivo che non ha però trascurato la dimensione diacronica, utile a comprendere la portata nonché l'applicazione del diritto islamico così come interpretato nell'epoca contemporanea.

È altresì emersa la pervasività della norma religiosa nel contesto bancario e finanziario, evidenziando – ancora una volta – il carattere sovraordinato, (relativamente) immutabile ed infine completo delle disposizioni poste da Dio. Pervasività riflesso dell'episteme dell'unicità di *Allah*, da cui discende il principio 'supremo' del *tawhid*. È in questa cornice che si sviluppano i principi economici del diritto islamico e il dibattito, passato e presente, tra i giurisperiti islamici teso ad approfondire la necessaria dialettica tra fede e azione umana. È proprio in tale dialettica si inserisce la presente ricerca.

Il perno attorno cui ruota l'evoluzione del sistema bancario *Shari'ah compliant* è l'aspra condanna nei confronti dell'usura e del tasso di interesse, noto con il termine arabo *ribà*. La proibizione è giustificata nell'Islam in quanto l'applicazione del tasso di interesse genera gravose situazioni morali e patrimoniali poiché configura l'abuso di una posizione di rendita di un fedele, con limitata assunzione di rischio, in sfavore di un altro musulmano. Il diritto islamico mira a rifuggire da forme di arricchimento immorale atte a configurare avversità e conflittualità tra gli appartenenti alla *Ummah*.

È però da una concezione formalistica dell'interpretazione e dell'applicazione del divieto di *ribà* che si è messo in risalto la caratteristica della immutabilità c.d. relativa del diritto islamico. Più nel dettaglio, i diritti religiosi sono immutabili nell'essenza ma mutabili nell'applicazione dal momento che tali diritti vivono nella storia dell'uomo e finiscono per affrontare le sfide del tempo. Ne consegue una fisiologica interpretazione che, nel caso del divieto di applicazione del tasso di interesse, ha condotto gli interpreti all'elaborazione della categoria giuridica dell'*hylal*, emersa a più riprese dalle varie teorizzazioni di studiosi classici e di studiosi contemporanei.

Dalla teoria dell'*hylal* si è compresa la prassi del comparto bancario e finanziario islamico; infatti, gli *hila* sono dei veri e propri stratagemmi giuridici, che permettono di rispettare la lettera della norma religiosa, riuscendo ad offrire talune strategie per ovviare alla rigidità. Tutta la contrattualistica islamica *Shari'ah compliant* deve la sua creazione a questa teoria.

Pertanto, risulta vietato, secondo la *Shari'ah*, qualsiasi tasso di rendimento, positivo, fisso e predeterminato, che venga garantito a prescindere dalla *performance* dell'investimento. Il Corano, insieme all'usura, proibisce esplicitamente anche il guadagno basato sull'incertezza e sull'azzardo (*ghàrar*). Ne consegue che i contratti, per essere validi, non debbano contenere incertezza in relazione ad un elemento essenziale. Segue la proibizione dell'uso, del commercio o dell'investimento in beni o attività proibite (*haram*). In ultima battuta, vi è la *zakàt*, la distribuzione equa della ricchezza. Chiunque possieda un ammontare minimo di ricchezza è obbligato a purificare il proprio patrimonio con il pagamento di un'offerta regolamentata che prenda la forma di una vera e propria imposta sui redditi.

Il mondo islamico basa il sistema finanziario sulla condivisione dei profitti e delle perdite di qualsiasi attività finanziaria; le parti coinvolte raggruppano una parte del loro capitale o lavoro al fine di uno schema '*to share*' di *business*. È una tecnica che viene avvalorata dalla dottrina perché offre risultati positivi sull'economia reale.

Già dalla prima parte della ricerca è emersa la differenza tra il mondo bancario islamico e quello italiano. Infatti, si è registrato che il mondo occidentale, sia dal punto di vista giuridico sia da quello economico, si caratterizza per una tendenziale scissione tra sfera temporale e spirituale frutto di un processo di secolarizzazione e laicizzazione che ha caratterizzato la storia d'Europa. Ciò si riverbera sull'idea di mercato. Esso è visto come un sistema autonomo e regolato da leggi economiche proprie che riguardano il lato materiale della società. Infatti, in Occidente, l'indipendenza dell'economia da condizionamenti religiosi è stata raggiunta intorno alla fine del '700 quando le teorie economiche da Adam Smith in poi hanno rivendicato l'autonomia della materia. Però, anche in Europa, originariamente l'economia era connessa ai valori cristiani ed era ancorata ad un sistema simile, per certi versi, a quello del mondo islamico di oggi. L'uomo islamico di oggi, e quello occidentale di ieri, amministrano le risorse presenti nel creato ispirando le proprie azioni al principio di giustizia sociale al fine di dare concreta realizzazione al volere di Dio. Quindi, lo studio condotto sulle disposizioni rivelate è stato

funzionale a cogliere le ragioni profonde della mancanza di distinzione tra economia e religione islamica, mettendo altresì in risalto i tratti fisiognomici dell'*homo islamicus*.

Particolare attenzione è stata dedicata ai contratti cosiddetti partecipativi *Mushàraka* e *Mudàraba*, che sono caratterizzati dal principio della condivisione dei profitti e delle perdite. L'analisi non si è soffermata unicamente ai profili statici ma si è estesa anche ai profili dinamici di taluni contratti con il fine di cogliere il ruolo della banca islamica nella raccolta e nell'impiego di capitale conformemente ai principi islamici.

Accanto alle tecniche partecipative, le banche islamiche utilizzano degli strumenti di credito di natura reale, basati su meccanismi di vendita di beni e/o servizi con l'applicazione di un *mark-up* sul prezzo di rivendita, il quale rappresenta la remunerazione per il servizio prestato e per i rischi sopportati prima del rimborso definitivo e del conseguente trasferimento del diritto di proprietà. I contratti non partecipativi *Muraba* e *Salam* utilizzabili per il conferimento del capitale circolante e *Ijara* e *Istisna* impiegati per il finanziamento del capitale fisso.

Una volta chiarite le regole, i principi e i meccanismi operativi dei contratti *Shari'ah compliant* si è concentrata l'attenzione sulla genesi dell'intermediario bancario islamico al fine di comprendere quali siano le radici storiche del comparto della finanza islamica. Come punto di partenza, ci si è soffermati sulle peculiarità del primo istituto di credito islamico fondato in Egitto nel 1963 nel villaggio di *Mit Ghamr* e la cui paternità è attribuita all'economista *Al-Najjar*. Egli, formatosi presso istituti tedeschi e interessato all'economia sociale, in particolare quella di matrice filosofico-socialista e cristiana, tentò di ricreare in Egitto il sistema delle casse agricole tedesche ponendo però attenzione ai precetti economici della *Shari'ah*. Successivamente, si è posto l'accento sui principali modelli attualmente presenti di intermediario bancario islamico e, laddove presenti, si sono evidenziate le discontinuità tra una banca convenzionale e una banca islamica in una prospettiva di implementazione di quest'ultima nel tessuto economico-finanziario italiano.

Da ciò discende la ragione di fondo di questa scelta di campo: individuare convergenze sotto il profilo giuridico tra sistema islamico e sistema italiano con lo scopo di spianare la strada alla circolazione di modelli bancari religiosamente orientati in piena attuazione del pluralismo religioso su cui si fonda l'ordinamento costituzionale italiano, così affiancando all'esperienza bancaria convenzionale quella etico-religiosa. L'indagine ha messo in evidenza, alla luce dell'analisi del diritto positivo in materia di contratti *Shari'ah compliant*, le modalità di finanziamento e le tecniche di allocazione delle risorse

delle banche islamiche. Grazie a ciò, è stato possibile apprezzare un dato emerso dalla ricerca: le istituzioni finanziarie e bancarie islamiche si caratterizzano per avere alla base – quasi esclusivamente – tanto nell’attivo quanto nel passivo di bilancio contratti di tipo partecipativo. Tale dato è stato ricavato da un tentativo di studio in materia di scritture contabili *Shari’ah compliant*, da cui si evince il modello operativo prevalente nella vita quotidiana della finanza islamica contemporanea. Si è poi posto l’accento sul rischio e sulla tenuta concreta della gestione economica prodotto della compartecipazione in quanto la banca potrebbe vedersi non restituire somme di danaro in ragione di una condotta immorale di un cliente. Conseguenza di ciò è l’estrema necessità di una forma di monitoraggio periodico ad opera di un apposito comparto interno alla banca stessa per controllare l’andamento del rischio di insolvenza.

Una volta chiariti gli istituti del diritto islamico dei contratti e la morfologia bancaria, il raggio d’azione dell’indagine si è indirizzato verso l’analisi comparativa tra la norma islamica da un lato e quella italiana dall’altro, al fine di tentare di dimostrare la compatibilità dei due sistemi giuridici in ambito contrattuale-finanziario a partire dagli scopi perseguiti, pur nella diversità dei presupposti normativi di fondo. La *ratio* è stata quella di esaminare gli effetti e altresì la realizzazione della norma, mirando alla massima efficienza economico-sociale.

Al netto dei ragionamenti già svolti nel corso dell’ultimo capitolo, è possibile dunque affermare che l’ordinamento giuridico italiano, per quanto riguarda l’apertura alla contrattualistica *Shari’ah compliant*, è necessario che vengano seguite le stesse regole e soddisfatte le medesime condizioni richieste per la creazione di una qualsiasi nuova banca. Con maggior grado di dettaglio, occorre che la banca costituenda abbia un minimo di capitale di partenza previsto dall’apposita legislazione, poi è necessario presentare l’atto costitutivo e lo statuto alla Banca d’Italia. Nel caso di introduzione di una banca islamica serve definire con chiarezza il ruolo dei consulenti esterni, che fungeranno da *Shari’ah supervisory board*, senza però attribuirvi compiti e responsabilità previsti dalle norme imperative in materia di società per azioni. Si è trattata l’impossibilità della normativa vigente di delegare agli esperti di *Shari’ah* funzioni tipiche del consiglio di amministrazione. In questo senso, salvo un intervento puntuale del legislatore italiano, non vi sono spiragli di compatibilità normativa, fatto salvo l’unico *escamotage* di eleggere un comitato con funzioni meramente consultive in modo da garantire da un lato la specificità e soprattutto la piena conformità sharaitica della banca, dall’altra le norme in materia di cui al TUB.

La comparazione tra ordinamento bancario italiano e la morfologia tipica di un intermediario *Shari'ah compliant* standard ha lasciato il passo a una analisi comparativa inter-ordinamentale. Si è registrata una tendenziale continuità e compatibilità, talvolta con le necessarie modifiche o integrazioni alle leggi civili e commerciali italiane affinché si possa favorire nel medio periodo l'ingresso della contrattualistica islamica ovvero della finanza islamica. Ampio spazio, quindi, è stato dato nel corso dell'ultima parte della trattazione a una operazione di '*drafting* legislativo', cercando di tracciare una strada percorribile in Italia per una contrattualistica *Shari'ah compliant*. Si è colto un unico vero limite che, come già emerso a più riprese nel corso della presente indagine, non si riesce a superare senza un intervento legislativo specifico: la doppia tassazione. La maggior parte delle transazioni giuridiche offerte dalle banche islamiche ancorano il proprio funzionamento su un doppio passaggio di proprietà; ciò per effetto degli *hyla*. Questo punto non è un vero e proprio problema di compatibilità normativa, in quanto non vi è nessuna norma italiana che vieti ciò, la discontinuità emerge su un altro piano: quello dell'opportunità economica. In un'ottica costi e opportunità, il doppio passaggio di proprietà quando si tratta di beni immobili oppure di beni mobili registrati causa un effetto di onerosità che però è causata da una specifica appartenenza religiosa. Accorrebbe quindi un apposito intervento legislativo che possa superare questa criticità.

È una mera scelta di campo che ancora una volta assegna alla politica ecclesiastica un ruolo attoreo, pretendendo per la piena realizzazione della cooperazione tra Repubblica e ordinamento religioso in un continuo dialogo volto alla effettiva e fattiva realizzazione di un pluralismo religioso, che possa realizzarsi altresì attraverso un progetto di inclusione finanziaria religiosamente orientato e che possa inserirsi in un quadro più ampio di politiche volte all'integrazione della comunità islamica nel tessuto sociale e ordinamentale italiano.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA P., *La banca islamica: impressioni di un giurista italiano*, in G. GIMIGLIANO, G. ROTONDO (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006, pp.141-147.
- ABBADESSA P., voce *Obbligo di far credito*, in *Enciclopedia del diritto.*, vol. XXIX, Milano, 1979, pp. 529- 538.
- ABIDIN A.Z., ALWI N.M., ARIFFIN N.M., *A case study on the implementation of Qardhul hasan concept as a financing product in Islamic banks in Malaysia*, in *International Journal of Economics, Management, and Accounting*, n. 19, 2011, pp. 81-99.
- ABU SAHLIEH S.A.A., *Les sanctions en droit musulman. Passe, present et avenir*, CEDRAC, Beirut, 2007.
- ADEWALE A.A., *Financial Exclusion and Livelihood Assets Acquisition among Muslim Households in Ilorin, Nigeria: a structural invariance analysis*, in *International Journal of Economics, Management and Accounting*, n. 2, 2014, pp. 69-94.
- AHMED H., *Role of Zakah and Awqaf in Poverty Alleviation*, Islamic Research and Training Institute, Jeddah, 2004.
- AL-MIDANI M.A., *Les États islamiques et la déclaration universelle des droits de l'homme*, in *Conscience et liberté*, n. 59, 2000, pp. 31-44.
- AL-MUNAJJID S., *Le concept de justice social en Islam*, Editions Publisud, Paris, 1983.
- AL-QIRDAWI Y., *Bay al-murabahah li-l-amir bi-l-sira' kama tagrihi al-masarif al-islamiyya*, Abidin, 1987. AL-SAATI A., *The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence*, in *Journal of King Abdulaziz University: Islamic Economics*, n. 2, 2003, pp. 3-19.
- AL-WALIYY VINCENZO A.A., *Islam. L'altra civiltà*, Mondadori, Milano, 2002.
- ALI A.M., *Islamic Financing*, working paper, Fifth Forum on Islamic Finance, Harvard University, 2002.

- ALPA G., *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica*, Giuffrè, Milano, 2006.
- ALPA G., *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, CEDAM Padova, 2001, pp. 155-172.
- ALTEMBERG B., GRANGER S., *Lexis in contrast: corpus-based approach*, John Benjamins Publishing Company, Amsterdam, 2002.
- ALUFFI R., *Diritto di famiglia e libertà di coscienza nei paesi musulmani*, in AA.VV., *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión europea y el derecho comparado: actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 253-264.
- ALUFFI R., *La lingua dei diritti arabi*, in B. POZZO (a cura di), *Lingua e diritto: oltre l'Europa*, Giuffrè, Milano, 2014, pp. 57-72.
- AMATO M., *L'enigma della moneta e l'inizio dell'economia*, Dialectica, Nocera inferiore, 2016.
- AMATORI, *Storia del capitalismo italiano dal dopoguerra a oggi*, Donzelli, Roma, 1997.
- AMBROSINI M., *Un'altra globalizzazione: la sfida delle migrazioni transazionali*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- AMBROSINI S., DE MARCHI P.G. (a cura di), *Banche, consumatori e tutela del risparmio*, Giuffrè, Milano, 2009.
- AMBROSOLI M., *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, Giuffrè, 2012.
- AMIN S., *Lo sviluppo ineguale*, Einaudi, Torino, 1977.
- ANDERLONI L. (a cura di), *Il social banking in Italia, un fenomeno da esplorare*, Giuffrè, Milano, 2003.
- ANDERLONI L., BAYOT B., BLEDOWSKI P., IWANICZ-DROZDOWSKA M., KEMPSONO E., *Financial services provision and prevention of financial exclusion*, European Commission, Bruxelles, 2008.

- ANDERLONI L., CARLUCCIO E.M., *Access to Banks Accounts and Payment Services*, in L. ANDERLONI, M.D. BRAGA, E.M. CARLUCCIO (a cura di), *New Frontiers in Banking Services Emerging Needs and Tailored Products for Untapped Markets*, Springer, Berlin-Heidelberg 2006, pp. 5-105.
- ANDERSON J.N.D., *Islamic Law in the modern world*, Stevens & Sons Limited, Londra, 1959.
- ANTONELLI G., DE LISO N., GUIDETTI G., LEONCINI R., VITTUCCI MARZETTI G., ZAMPARINI L., *Economia*, Giappichelli, Torino, 2019.
- ARCANGELI A., *La società in accomandita semplice: studio di diritto commerciale*, Bocca, Torino, 1903.
- ARIFF M., *The Islamization of knowledge and some methodological issues in paradigm building: the general case of social science with a special focus on Economics*, in *American Journal of Islamic Social Science*, n. 1, 1987, pp. 51-71.
- ASCANIO L., *Le regole alimentari nel diritto musulmano*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, n. 1, 2010, pp. 165-182.
- ASHTOR E., *Le taux d'intérêt dans l'Orient Médiéval*, in *Fatti e idee di Storia economica nei secoli XII-XXI. Studi dedicati a Franco Borlandi*, Il Mulino, Bologna, 1977, pp. 197-214.
- ATALLAH B., *Le droit pénal musulman ressuscité*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Centre national de la recherche scientifique, n. 13, 1974, pp. 227-252.
- ATZORI D., *Fede e mercato: verso una via islamica al capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010.
- AUERBACH J.S., *Justice Without Law*, Oxford University Press, New York, 1983.
- AYUB M., *Understanding Islamic Finance*, John Wiley, Chichester, 2007.
- AZANI E., *The Hybrid Terrorist Organization: Hezbollah as a Case Study*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 36, 2013, pp. 899-916.
- BAECHLER J., *Le origini del capitalismo*, IBL libri, Torino, 2015.
- BANCA D'ITALIA, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, in *Questioni di Economia e Finanza*, n. 73, ottobre 2010.

- BARCELLONA M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Milano, 2015.
- BARILLÀ' G.B., *Pegno non possessorio e patto marciano: dalla tutela statica del credito alle nuove forme di garanzia*, in *Giurisprudenza commerciale*, n. 1, 2017, pp. 583-606.
- BARUCCIP., MAGLIULO A., *L'insegnamento economico e sociale della Chiesa (1891-1991)*, Mondadori, Milano, 1996.
- BASEDOW J., *Comparative law, and its clients*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 4, 2014, pp. 821-858.
- BAUSANI A. (a cura di), *Il Corano*, Bur Rizzoli, Milano, 1980.
- BECCARIA G.L., *Italiano, Antico e Nuovo*, Garzanti Editore, Milano, 1988.
- BECCARIA G.L., *linguaggi settoriali e lingua comune*, in G.L. BECCARIA (a cura di) *., I linguaggi settoriali in Italia*, Bompiani, Milano, 1973, pp. 7-59.
- BELLUCCI L., *Immigrazione e pluralità di culture: due modelli a confronto*, in *Sociologia del Diritto*, n. 3, 2001, pp. 131-156.
- BELVEDERE A., voce *Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, vol. X, Torino, 1994. BENMANSOUR H., *L'économie musulmane et la justice sociale*, Dialogues Editions, Parigi, 1990.
- BERCHER L., *Les délits et les peines de droit commun prévus par le Coran. Leur réglementation dans les rites malékite, chaféite et hanéfite*, Société Anonyme de l'imprimerie rapide, Tunisie, 1926.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile*, Utet, Torino, 1952.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, vol. III- Il contratto*, III ed., Giuffrè, Milano, 2019.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista del diritto civile*, n. 1, 1983, pp. 205-216.
- BIANCHI L.A., *La gestione dell'impresa. I consigli di amministrazione tra regole e modelli organizzativi*, Il Mulino, Bologna, 2021.
- BIANCHI R., *The revolution in islamic finance*, in *Chicago Journal of International Law*, n. 2, 2007, pp. 569-580.

- BIANCONE P., *Il bilancio delle banche islamiche: la contabilizzazione dei contratti tipici*, in E. LAGHI, G. ZANDA (a cura di), *Scritti in onore del Professore Pellegrino Capaldo*, Milano, 2014, pp. 1197-1237.
- BIANCONE P., *La banca islamica*, Giappichelli, Torino, 2017.
- BIANCONE P., SECINARO S., RADWAN M., *Compatibilità della finanza islamica alla normativa italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 9 del 2020, pp. 1-12.
- BIGLIAZZI GERI L., voce *Buone fede nel diritto civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, vol. II, Torino, 1988, pp. 154-189.
- BILLAH M.M., *Invitation to Treat under Law of Contract: Islamic religious and Common Law Doctrines*, in *Islamic and Comparative law Review*, n. 15, 1995-96, pp. 37-51.
- BINTAWIM S.S., *Performance Analysis of Islamic Banking Some Evidence from Saudi Arabian Banking Sector*, Doctoral dissertation, Ritsumeikan Asia Pacific University, 2011.
- BLAYDES L., LAWRENCE R., *Ideological Reorientation and Counterterrorism: Confronting Militant Islam in Egypt*, in *Terrorism and Political Violence*, n. 4, 2008, pp. 461-479.
- BOLLATI R. (a cura di), *Il potere del denaro per il bene comune. Riflessioni etico-economiche a partire da Oeconomicae et pecuniariae quaestiones*, Libreria Editrice Vaticana, Città del vaticano, 2019.
- BONCI G., *Le spade di Allah. I Mujaheddin nel conflitto russo- afgnano*, Libero iscrivere Edizioni, Genova, 2011.
- BORRONI A., *A comparative survey on Islamic ribà and western usury*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 4 del 2019, pp. 1-74.
- BOUSQUET G.H., *Précis de droit musulman*, I e II, Librairie Armand Collin, Parigi, 1940 e 1947.
- BOUSSEROUEL H., *Pourquoi le porc est interdit dans Thora, la Bible et dans le Coran?*, Paris, 2001.

- BRANCA P., *I musulmani*, Il Mulino, Bologna, 2016.
- BRANCA P., *Il testo sacro dei musulmani. Piccola antologia coranica*, Carocci, Roma, 2019.
- BRISTON R., EL-ASHKER A., *Religious Audit: Could it happen here?*, in *Accountancy*, n. 98, 1986, pp. 113-127.
- BRUNELLI G., *La laicità italiana tra affermazioni di principio e contraddizioni della prassi*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2013, pp. 1-15.
- CAGATAY N., *Ribà and Interest Concept and banking in the Ottoman Empire*, in *Studia Islamica*, n. 32, 1970, pp. 53-68.
- CAMPANINI G., *La dottrina sociale della Chiesa: le acquisizioni e le nuove sfide*, EDB, Bologna, 2007.
- CAMPANINI M., *Il Corano e la sua interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 2019.
- CAMPANINI M., *Islam e politica*, Il Mulino, Bologna, 1999.
- CAMPANINI M., MEZRAN K., *Arcipelago Islam*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- CARBO S., GARDENER E.P.M., MOLYNEUX P., *Financial Exclusion*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, Napoli, 1948.
- CARON P.G., voce *Usura (diritto canonico)*, in *Novissimo Digesto*, vol. XX, Torino, 1975, pp. 378-381.
- CARRIERO G., *Trasparenza bancaria, credito al consumo e tutela del contraente debole*, in *Il Foro Italiano*, n. 115, 1992, pp. 354-361.
- CASPER M., *Shari'a compliance in the context of European corporate governance*, SSNR working paper of the Centre for Religion and Modernity, Munster, 2012, pp. 1-13.
- CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007.
- CASTRO F., voce *Diritto musulmano e dei paesi musulmani*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 4-11.

- CASTRO F., voce *Diritto musulmano*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., vol. VI, Utet, Torino, 1990, pp. 284-286.
- CATTANEO A., CINCERA M. (a cura di), *Capitali coraggiosi. Verso la banca etica*, Alfazeta, Parma, 1996.
- CATTELAN V., *A new model for options in Islamic Law*, in K. HASSAN, M. MAHLKECHT (a cura di), *Islamic capital markets. Products and strategies*, Wiley Online Library, Singapore, 2011, pp. 201-218.
- CHAPRA M.U., *Towards a just monetary system: a discussion of Money, Banking and Monetary Policy in the light of Islamic Teachings*, The Islamic Foundation, Leicester, 1985.
- CHAPRA M.U., *What is Islamic Economics?*, Islamic Research and Training Institute, Jeddah, 2001.
- CHARBONNIER J., *Islam: Droit, finance et assurance*, Larcier, Bruxelles, 2011.
- CHASE O.G., *I metodi alternativi di soluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 129-156.
- CHAUMONT E., voce *Pene coraniche fisse*, in *Dizionario del Corano*, Milano, Mondadori, 2007.
- CHEHATA C., *La théorie de l'abus des droits chez les jurisconsultes musulmans*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 4, 1952, pp. 217-224.
- CHEHATA C., *Théorie générale de l'obligation*, Editions Sirey, Paris, 1969.
- CHEHATA C., *Volonté réelle et volonté déclarée dans le nouveau Code civil égyptien*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 6, 1954, pp. 241-249.
- CHEVALIER J., *La théorie générale des obligations*, Imprimerie de l'Université Syrienne, Damas, 1951.
- CHIPMA D., *Osama bin Laden, and Guerrilla War*, in *Studies in Conflict & Terrorism*, n. 26, 2003, pp. 163-170.
- CHIZZONITI A.G., *Appartenenza religiosa e regole alimentari: diritto e diritti*, in *Notizie di Politeia*, n. 114, 2014, pp. 60-69.

- CHONG B.S., LIU M., *Islamic banking: interest-free or interest-based?*, in *Pacific-basin Finance Journal*, n. 1, 2009, pp. 125-144.
- CHOUËIRI Y., *Il fondamentalismo islamico*, Il Mulino, Bologna, 1990.
- CIANITTO C., *Italian approaches to the comparison of religious laws*, in *Ancilla Iuris*, Special issue, 2022, pp. 66-72.
- CIANITTO C., *L'incitamento all'odio religioso: Stati Uniti, India, Gran Bretagna, Italia*, Giappichelli, Torino, 2012.
- CILARDO A., *Teorie sulle origini del diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1990.
- CIMMINO N.A., *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, Milano, 2012.
- CINGOLANI P., RICUCCI R. (a cura di), *Transmediterranei*, Accademia University Press, Torino, 2014.
- CIPOLLA C.M., *Storia economica dell'Europa pre-industriale*, Bologna, Il Mulino, 1974.
- CIVALE F., *La trasparenza bancaria: rapporto banca-cliente e forme di tutela*, Giuffrè, Milano, 2013.
- COLELLA P., *Usura e diritto canonico*, in *Il Foro italiano*, vol. 118, n. 10, 1995, pp. 337-378.
- COMAIR-OBEID N., *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, 1995.
- COMAIR-OBEID N., *The Law of Business contracts in the Arab middle East*, in *Kluwer Law International*, The Hague, Boston, London, 1996.
- CONFORTI C., *La società in accomandita semplice*, Giuffrè, Milano, 2005.
- COOK D., *Muslim Apocalyptic and Jihad*, in *Jerusalem Studies in Arabic and Islam*, n. 20, 1996, pp. 66-105.
- COOK D., *Storia del Jihad*, Torino, Einaudi, 2007.
- CORRIAS P., *Il contratto di assicurazione: profili funzionali e strutturali*, Edizione scientifica italiana, Napoli, 2016.
- CORTELEZZI F., FERRARI A. (a cura di), *Contemporary issues in Islamic law, economics and finance. A multidisciplinary approach*, Torino, Giappichelli, 2022.

- COSTANTINESCO L.J., *Traité de droit comparé*, Tome II, *La Méthode comparative*, Paris, Librairie générale de droit et jurisprudence, 1974.
- COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, n. 3, 1987, pp. 423-435.
- COSTI R., *L'ordinamento bancario*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp.213.
- COULSON N.J., *Commercial Law in the Gulf States*, Geaham&Trotman, London, 1984.
- COWAN A., COWAN C., *Default correlation: an empirical investigation of a subprime lender*, in *Journal of Banking and finance*, n. 28, 2004, pp. 753-771.
- CROWNIE C.H., *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: Implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review*, n. 76, 2001, pp. 1768-1812.
- CUMMINGS J.T., *Islam, and Modern Economic Change*, in *Islam and Development: Religion and Socio-political Change*, Syracuse University Press, New York, 1980.
- CUPRI A., *L'Economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti religiosi del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 20 del 2021, pp. 19-46.
- CUPRI A., *La banca islamica: un'analisi tra struttura e profili di operatività*, in *Rivista di Diritto Bancario*, n. 4, 2022, pp. 237-268.
- CUPRI A., *Le operazioni sul mercato di debito nel sistema finanziario islamico: il caso dei sukuk*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 7 del 2023, pp. 35-62.
- D'AMICO G. (a cura di), *Gli interessi usurari. Quattro voci su un tema controverso*, II ed., Giappichelli, Torino, 2017.
- D'AQUINO T., *La somma teologica*, Edizioni studio domenicano, Bologna, 1996.
- D'ARIENZO M., *I fondamenti religiosi dell'economia nell'Islam*, in A. FUCCILLO (a cura di), *I mercanti nel tempio. Economia, diritto e religione*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 21-40.
- D'ARIENZO M., *I fondamenti religiosi della finanza islamica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>) n. 25, 2012, pp. 1-9.

- D'ARIENZO M., *Riflessioni sul concetto di responsabilità. Aspetti canonistici*, in *Diritto e Religioni*, n. 2, 2010, pp. 31-44.
- D'EMILIA A., *Elementi costitutivi della compravendita secondo i vigenti codici di alcuni paesi arabi*, in *Annuario di Diritto comparato e Studi Legislativi*, 1956, pp. 1-38.
- D'EMILIA A., voce *Fiqh*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1957, pp. 73-379.
- D'EMILIA A., voce *Shari'ah*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1957, pp. 253-260
- D'EMILIA, A. *La struttura della vendita sottoposta a khiyar secondo la sedes materiae dell'al-Mudawwanah (nota preliminare)*, in F. CASTRO (a cura di), *Scritti di diritto islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1976, pp. 86-98.
- DALLA TORRE G., *Dottrina sociale della Chiesa e diritto*, in *Iustitia*, n. 1, 2005, pp. 35-77.
- DALLA TORRE G., *Lezioni di Diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2018.
- DE MUCCI R. (a cura di), *Economia di mercato e democrazia: un rapporto controverso*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2014.
- DE NOVA G., *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Cedam, Padova, 2011.
- DE POLI M., *La contrattazione bancaria: tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Cedam, Padova, 2012.
- DE RADA D., *Il contratto preliminare di diritti reali immobiliari*, Giappichelli, Torino, 2010.
- DELL'AMORE G., *Economia delle aziende di credito*, vol. I - *I prestiti bancari*, Milano, Giuffrè, 1965.
- DELL'ATTI A., MIGLIETTA F. (a cura di), *Fondi sovrani arabi e finanza islamica*, Egea, Milano, 2009.
- DELLA ROCCA R., *L'Alimentazione kasher e l'incontro tra spirito e materia*, in *Filosofia e teologia*, n. 30, 2016, pp. 94-96.
- DEMIRGUC-KUNT A., KLAPPER L., *Measuring Financial Inclusion: the global Findex*, Policy Research Working Paper, n. 6025, World Bank, Washington, 2012.

- DI MARZIO F., *Il contratto immeritevole nell'epoca del post-moderno*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Illiceità, immeritevolezza, nullità. Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, Edizione scientifica italiana, Napoli, 2004, pp.143.
- DI SEGNI R., *Guida alle regole alimentari ebraiche*, Edizioni Lamed, Roma, 1996.
- DIANA A.G., *Il contratto preliminare*, Giuffrè, Milano, 2012.
- DI AW A., *La crise financière mondiale et la finance islamique: une revue de la littérature*, *MPRA Paper*, University Library of Munich, Germany, 2011.
- DIB P., *Essai sur une théorie des mobile en droit civile hanéfite*, Imprimerie, Beirut, 1995.
- DIENER P., *Ecology, Evolution, and the Search for Cultural Origins: The Question of Islamic Pig Prohibition*, in *Current Anthropology*, n. 3, 1978, pp. 493-540.
- DOMENICHELLI O., PACE R., VALLESI M., *Mutui subprime, investment e struttura finanziaria: gli effetti reali della crisi finanziaria sulle imprese*, Rirea, Roma, 2011.
- DONINI P.G., *Arab Travelers, and Geographers*, Immel, London, 1991.
- DONINI V.M., *Il ruolo dei principi generali dalla Magialla Ottomana (1876) alla Magialla tunisina (1906)*, in E. FAZZINI, E. CIANCI (a cura di), *Guardando verso Sud*, Ed. Rocco Carabba, Lanciano, 2009, pp. 311-333.
- DONINI V.M., *Regola morale e pragmatismo nel diritto islamico dei contratti*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2012.
- DUMAS P., *Intéret et usure*, in *Dictionnaire de droit canonique*, vol. V, Paris, 1953.
- EICHER P. (a cura di), *Enciclopedia teologica*, Queriniana, Brescia, 1990.
- EL-HASSAN A., *The doctrine of duress (Ikràh) in Shari'ah, Sudan and English Law*, in *Arab Law Quarterly*, n. 1, 1986, pp. 231-236.
- ERCANBRACK J., *The Law of Islamic Fiancne in the United Kingdom: legal pluralism and financial competition*, SOAS, University of London, 2011.
- FACCHI A., *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- FALK Z.W., *Jewish Law and medieval canon law*, in JACKSON B.S., *Jewish law in legal history and the modern world*, Brill, Leiden, 1980.
- FARHI S., *La banca islamica e i suoi fondamenti teorici*, Rubbettino, Catanzaro, 2010.

- FAROOQ M., *Are islamic banks more resilient during financial panics?*, in *IMF*, n. 41, 2015, pp. 1-29.
- FAROOQ S.Z., FAROOQ M.O., *Incentive-based regulation for Islamic banks*, in *Journal of Islamic Accounting and business research*, n. 2, 2011, pp. 1-23.
- FAUCCI R., *Breve storia dell'economia politica*, Giappichelli, Torino, 2002.
- FERRARI A., *La laicità importuna: laicità costituzionale e libertà religiosa*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), n. 7 del 2023, pp. 63-84.
- FERRARI S., *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002. FERRARI S. (a cura di), *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti*, Torino, Giappichelli, 2006.
- FERRARI S. (a cura di), *Strumenti e percorsi di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, 2019.
- FERRARI S., *Pluralità di sistemi matrimoniali e prospettive di comparazione*, in *Daimon*, n. 2, 2002, pp. 19-59.
- FERRARI S., *Diritti dell'uomo e diritti di Dio. Una tensione ineliminabile?* in C. CIANITTO, A. FERRARI, D. MILANI, A. TIRA (a cura di), *Scritti. Percorsi di libertà religiosa per una società plurale*, Il Mulino, Bologna, 2022, pp. 471-484.
- FERRARI S., NERI A. (a cura di), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*. Eupress, Lugano, 2007.
- FERRARI S., PEROTTI BARRA G., *I matrimoni islamico-cattolici in Italia. Aspetti giuridici e pastorali*, San Paolo, Alba, 2003.
- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.
- FERRO LUZZI P., *I contratti associativi*, Giuffrè, Milano, 1971.
- FERRO-LUZZI P., *Attività bancaria e attività delle banche*, in *Banca impresa società*, n. 1, 1996, pp. 3-16.
- FILORAMO G., *Riflessioni comparative in margine ai meccanismi di ingresso e di uscita da una religione*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, n. 1, 2001, pp. 149-161.
- FRANCESCA E., *Economia, religione e morale nell'islam*, Carocci, Roma, 2013.

- FRIGERI D. (a cura di), *Osservatorio Nazionale sull'inclusione finanziaria dei migranti in Italia*, CeSPI, VI Rapporto, 2017.
- FUCCILLO A., *Il cibo degli dèi. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino, 2015.
- FUCILLO A., *Saziare le anime nutrendo il pianeta? Cibo, religioni, mercati*, in A.G. CHIZZONITI (a cura di), *Cibo, Religione e Diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula Edizioni, Tricase, 2015, pp. 27-48.
- FUSARO M., *Reti commerciali e traffici globali in età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 2008.
- GAFOURI A.H., *Islam et économie. Réflexion sur les principes fondamentaux de l'économie islamique*, Editions al Bouraq, Beirut, 2000.
- GAI L. (a cura di), *La banca: profili istituzionali, operativi e gestionali*, Franco Angeli, Milano, 2019.
- GAIANI A., *The Judicial Nature of Moslem Qirad*, in *East and West*, n. 4, 1953, pp. 198-207.
- GALEOTA LANZA G., *I sistemi finanziari tra conflittualità e coesistenza territoriale. La finanza islamica e il caso del Regno Unito*, in *Documenti geografici*, n. 2, 2019, pp. 30-35.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, Cedam, Padova, III ed., 1999.
- GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, IV ed., Milano, 2018.
- GANDHI R.S., *The Economic Ethic of Islam*, in *Sociologus*, n. 26, 1976, pp. 66-75.
- GAZZARA M., *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Rivista di diritto privato*, n. 1, 2003, pp. 5-23.
- GERACI R., *Etica e Finanza islamica: Shari'ah e mercato*, Edizioni Efestò, Roma, 2022.
- GERACI R., *L'influenza del fattore religioso islamico nella finanza e nell'economia*, in P. LOBIATI, R. PALAVERA, A. SAMMASSIMO (a cura di), *Itinerari di diritto islamico. Tra pluralità e alterità*, EDUCatt, Milano, 2018, pp. 105-122.
- GHAUSSY A.G., *Étude sur la théorie de l'ordre économique islamique*, in G. 'BEAUGÉ (a cura di), *Les capitaux de l'Islam*, CNRS Éditions, Paris, 1990, pp. 35-49.

- GIMIGLIANO G., ROTONDO G. (a cura di), *La banca islamica e la disciplina bancaria europea*, Giuffrè, Milano, 2006.
- GIORGIANNI F., *Definizione di attività bancaria e analisi del linguaggio*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n. 10, 2005, pp. 897-911.
- GIORGIANNI F., TARDIVO C.M., *Diritto bancario. Banche, contratti e titoli bancari*, Giuffrè, Milano, 2006.
- GIORGIANNI M.F., CORONELLA D., *Sulla trascrivibilità della vendita di cosa futura*, in *Rivista del Notariato*, n. 4, 2010, pp. 1160-1165.
- GOITEIN D., *Commercial and Family Partnership in the Country of Medieval Islam*, in *Islamic Studies*, n. 3, 1964, pp. 315-337.
- GRADOLI M., DE LA ORDEN DE LA CRUZ M.C., SANCHEZ GONZALEZ P., *Vie d'inclusione dei musulmani in Europa: marketing halal e banca islamica*, in *Stato, Chiese e Pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoechiese](http://www.statoechiese.it)), n. 24 del 2016, pp. 1-35.
- GRECO F., LECCI M., *La trasparenza bancaria: tra regole di disclosure, product governance, consumer behaviour e digitalizzazione del mercato*, Pacini giuridica, Pisa, 2020.
- GRIL D., voce *Elemosina*, in M. AMIR MOEZZI (a cura di), *Dizionario del Corano*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 239-242.
- GROENEWEGEN P.D., *Il pensiero economico: dal mercantilismo al monetarismo*, Carocci, Roma, 2003.
- GUALANDRI E., LANDI A., VENTURELLI V., *Crisi finanziaria e nuove dimensioni del rischio di liquidità: implicazioni per regolamentazione e controlli* in *Bancaria*, n. 7, 2009, pp. 24-42.
- GUERANGER F., *Finance islamique*, Paris, Dunod, 2009.
- HALLAQ W.B., *The origins and evolution of Islamic law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- HAMAURI R., MAURI M., *Economia e finanza islamica. Quando i mercati incontrano il mondo del Profeta*, Il Mulino, Bologna, 2009.

- HAMES C., *Le Sacrifice animal au regard des textes islamiques canoniques*, in *Archives des sciences sociales des religions*, n. 101, 1998, pp. 5-25.
- HANAFI H., *Islam in the Modern World*, vol. I, *Tradition, Revolution and Culture*, Heliopolis, Dar Kebaa, 2000.
- HARON S., AZMI W., NEUROFIZA W., *Islamic finance, and banking system. Philosophies, principles and practice*, McGraw Hill, New York, 2013.
- HASSAN M.K., KAYED R., OSENI U., *Introduction to Islamic Banking and Finance*, Pearson Education, Harlow, 2013.
- HIMEUR M., *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larcier, Bruxelles, 2018.
- HOWELL N., *Financial Exclusion and Microfinance: An Overview of the Issues*. In *Opportunity Knocks: Microfinance as Pathway to Financial and Social Exclusion in Macquarie Law Journal*, n. 3, 2008, pp. 1445-386.
- HUDON M., *Should Access to Credit Be a Right?* in *Journal of Business Ethics*, 2009, n. 1, pp. 17-28. HURLEY M., ADEBAYO J., *Credit scoring in the era of big data*, in *Yale Journal of Law and Technology*, 2017, vol. 18, n. 1, pp. 148-2016.
- HUSA J., *A new introduction to comparative law*, Hart Publishing, Oxford, and Portland, 2015.
- HUSSAIN MINHAS I., *Insights on Islamic Finance*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, n. 2, 2014, pp. 83-90.
- IDOS, *Statistical Dossier on Immigration in Italy*, Centro studi e ricerche IDOS, Roma, 2021.
- INGOGLIA A., FERRANTE M. (a cura di), *Fenomeni migratori, diritti umani e libertà religiosa*, Libreria universitaria edizioni, Padova, 2017.
- INSTITUTE OF SOUTHEAST ASIAN STUDIES (a cura di), *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud-est asiatico*, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1992.
- IQBAL M. (a cura di), *Islamic Perspectives on Sustainable Development*, Palgrave Macmillan, New York, 2005.

- IQBAL Z., MIRAKHOR A., *An introduction to Islamic finance, Theory and Practice*, John Wiley, and Sons, Singapore, 2007.
- ISLAHI A.A., *Market Mechanism in Islam: A Historical Perspective*, in *Journal of Islamic Economics*, n. 3, 1995, pp. 1-13.
- JACOMETTI V., *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., VIII agg., Utet, Torino, Utet, 2013, pp. 321-. 332.
- JACOMETTI V., POZZO B., *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, Milano, 2018.
- JAHEL S., *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 1, 2003, pp. 105-122.
- JAMALID., ULLAH S., *Institutional Investors and Corporate Social Responsibility: The Role of Islamic Financial Institutions*, in *International Review of Business Research Papers*, n. 1, 2010, pp. 619-630.
- JEROME E.F., KARIM G., *Le droit musulman*, Presses Universitaires de France, Parigi, 2000.
- KAHF M, KHAN T., *Principles of Islamic Financing*, in *Research Paper*, n. 16, 1992, pp.16.
- KARSTEN I., *Islam, and Financial Intermediation*, in *International Monetary Fund*, n. 29, 1982, pp. 108-142.
- KEMPSON E., COLLARD S., *Do the Poor Pay More? The Costs and Affordability of Goods and Services to People on Low Income*. Report for the Joseph Rowntree Foundation, University of Bristol, 2006.
- KEPEL G., *Jihad. Expansion et decline de l'islamism*, Gallimard, Paris, 2000.
- KEPEL G., *Jihad. Ascesa e declino*, Carocci, Roma, 2011.
- KETTEL B., *Introduction to Islamic Banking*, WileyFinance, Singapore, 2011.
- KINDLEBERGER C.P., *Measuring equilibrium in the balance of payments*, in *Journal of Political Economy*, n. 77, 1969, pp. 873-891.
- KNIGHT J., *Islamic Banking Goes Nationwide*. *BBC News*, 2006 sul sito <http://www.newsbbc.co.uk>.

- KOURIDES P.N., *The influence of Islamic Law on Contemporary Middle Eastern Legal System: The Formation and Binding Force of Contracts*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 9, 1970, pp. 416-420.
- LAGHMANI S., *Les écoles juridiques du sunnisme*, in *Pouvoirs*, n. 1, 2003, pp. 21-31.
- LAPEYRONNE D., *L'individu et les minorités. La France et la Grande-Bretagne face à leurs immigrés*, PUF, Paris, 1993.
- LAQUEUR W., *Il nuovo terrorismo*, Corbaccio, Milano, 2002.
- LEBEAU J.M., *The jewish dietary, sanctify life*, United Synagogue of Conservative Judaism edited by Stephen Garfinkel, New York, 1998.
- LEGRAND P., *European Legal system are not converting*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, n. 1, 1996, pp. 52-81.
- LERMINIER M., *Cours d'histoire des législations comparées*, G. Angé et Cie, Bruxelles, 1838.
- LIEBER A.E., *Eastern Business Practices and Medieval European Commerce*, in *Economic History Review*, n. 2, 1968, pp. 230-243.
- LOEWENTHAL E., *Ebraismo. Storia, dottrina, diffusione*, edizione italiana, Idealibri, Rimini, 1998.
- LOHLKER R., *Schari'a und Moderne: Diskussionen zum Schwangerschaftsabbruch, zur Versicherung und zum Zinswesen*, vol. III, Franz Steiner Verlag Wiesbaden GmbH, 1996.
- LOHLKER R., *Der Handel im Malikitischen Recht*, Walter de Gruyter GmbH & Co KG, Berlin, 2021.
- MAKDISI J., *Legal logic, and equity in Islamic law*, in *The American Journal of comparative law*, n. 33, 1985, pp.63-92.
- MANISCALCO M.L., *Islam europeo: sociologia di un incontro*, Franco Angeli, Milano, 2006.
- MARIANI M., *Impresa e Finanza islamica*, Egea, Milano, 2013.
- 'MARTALÒ F., *L'Islam entra in banca. Economia e finanza islamica da Maometto fino ai giorni nostri*, Greco&Greco editori, Milano, 2012.

- MARX K., *Il Capitale*, Editori Riuniti, Roma, 1867.
- MASERA R., *La corporate governance nelle banche*, Il Mulino, Bologna, 2006.
- MASUM BILLAH M., BASODAN Y.A., *Islamic Insurance (takaful) models and their accounting dichotomy*, in *Journal of Islamic Banking and Finance*, n. 34, 2017, pp. 10-32.
- MELE M., *Intorno alla crisi dei mutui subprime: un'analisi econometrica della liquidità*, in *Questioni istituzioni*, n. 153, 2009, pp. 1-17.
- MERON Y., *Il prezzo della sposa. Aspetti patrimoniali del matrimonio ebraico e islamico*, in *Daimon*, n.2, 2002, pp. 61-69.
- MERUSI F., *Commento all'art. 47*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Zanichelli, Bologna-Roma, 1980, p. 156.
- MESSINA M., *L'operatività delle banche islamiche*, Progetto Accademia, Palermo, 2020.
- MEZZETTI L., *Diritto islamico. Storia, fonti, istituzioni, società*, Giappichelli, Torino, 2022.
- MIGLIETTA F., RAMPINO P.P., *Gli strumenti di finanza islamica a sostegno del sistema Italia*, Pearson, Milano-Torino, 2017.
- MIGUEZ N., *I mercati in prospettiva biblica*, in *Conciulium*, n. 4, 2014, pp. 27-37.
- MILLIOT L., BLANC F., *Introduction à l'étude du droit musulman*, II ed., Éditions Dalloz, Paris, 2001.
- MINERVI E., *La meritevolezza del contratto: una lettura dell'art. 1322, comma 2, c.c.*, Giappichelli, Torino, 2019.
- MIRAGLIA M., *Banca islamica: struttura societaria e principali tipologie contrattuali*, in *Rivista di diritto societario*, n. 1, 2014, pp. 110-123.
- MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, Cedam, Padova, 2012.
- MO JUNG J., *Religione ed economia: connessioni*, in *Conciulium*, n. 5, 2011, pp. 17-28.
- MOHIEDIN M., IQBAL Z., ROSTOM A.M.; XIAOCHEN F., *The role of Islamic finance in Enhancing financial inclusion*, in *Organization of Islamic Cooperation (OIC) countries. Islamic Economic Studies*, n. 2, 2012, pp. 55-120.

- MONTANARO E., *La banca islamica: una sfida per le regole di Basilea*, in *Studi e note di economia*, n. 3, 2004, pp. 10-11.
- MORTUZA A., *Basis and models of Takaful: the need for Ijtihad*, in ICMIF series of Takaful articles, n. 3, January 2006.
- MULJAWAN D., *Risk Management in Islamic Finance. Issues, challenges, and strategies to mitigate the risk*, in *Essential Readings in Islamic Finance*, 2008, pp. 365-385.
- MUSIO A., *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2001.
- NAWAWI A., *Quaranta hadith*, Cesi, Roma, 1982.
- NAZ R., *Traité de droit canonique*, vol. III, Parigi, 1948.
- NAZIM S.A., SHARIQ N., *Takaful and Islamic Cooperative Finance: Challenges and Opportunities*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
- NEGRI L., *Per un umanesimo del terzo millennio. Il Magistero sociale della Chiesa*, Ares, Milano, 2012.
- NEHAD A., KHANFAR A., *A critical analysis of the concept of ghàrar*, in *Islamic financial contracts: Different perspective*, n. 37, 2016, pp. 1-24.
- NIEBUHR H.R., *Radical Monotheism and Western civilization*, Westminster John Knox Press, Louisville, 1960.
- NIGRO M., *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano, 1969.
- NIENHAUS V., *Islamic economics, finance, and banking – theory and practice*, in AA. VV., *Islamic Banking and Finance*, Butterworths, London, 1986, pp.1-17.
- NOCERA R., *Il contratto di somministrazione*, Giuffrè, Milano, 2010.
- NONNE L., *Il microcredito solidale, profili tipologici e proposte disciplinari*, in *Banca borsa, titoli di credito*, n. 1, 2011, pp.49 ss.
- NORDIN N., ABDUL AZIZ S., ALISA A., DAUD N., *Contracting with Gharar (Uncertainty) in Forward Contract: What Does Islam Says?*, in *Asian Social Science*, vol. 10, n. 15, 2014, pp.37.
- NORMAN C., *I fanatici dell'Apocalisse*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976.

- NOTO S., *Tra economia della religione ed economia religiosa. Spigolature italiane di storia e teoria economica*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statoechiese.it>), n. 10 del 2020, pp. 67-86.
- OBEIDI Z., *La banque islamique. Une nouvelle technique d'investissement*, Dar al-rashad al-islamiya, Beirut, 1988.
- OMAR A., *Visages de l'entrepreneur musulman*, in D. ALAOUI M'DAGHIRI, *Éthique et entreprise: perspectives maghrébines*, Casablanca, 1992, pp. 17-32.
- ORUCU E., *Methodology of comparative law*, in J.M. SMITHS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of comparative law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 442-454.
- OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'INCLUSIONE FINANZIARIA DEI MIGRANTI IN ITALIA, *Buone pratiche d'inclusione finanziaria. Uno sguardo europeo*, giugno, 2013.
- OSSERVATORIO NAZIONALE SULL'INCLUSIONE FINANZIARIA DEI MIGRANTI IN ITALIA, *Primo report*, Roma, novembre, 2012.
- PACE E., *L'islam in Europa. Modelli di integrazione*, Carocci, Roma, 2004.
- PALADINI M., *L'atto unilaterale e di risoluzione per inadempimento*, Torino, Giappichelli, 2013.
- PANETTA R., *Il contratto di appalto*, Giappichelli, Torino, 2016.
- PAPA M., ASCANIO L., *Shari'a. La legge sacra dell'Islam*, Il Mulino, Bologna, 2014.
- PAPA M., *L'arbitrato presso le banche islamiche: funzioni e procedure*, in G.M. PICCINELLI (a cura di), *Banche islamiche in contesto non islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1994, pp. 171-203.
- PAPA M., PICCINELLI G.M., SCOLART D. (a cura di), *Il libro e la bilancia*, vol. I, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2011.
- PASQUALI CERIOLI J., *Laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<http://www.statochiese.it>), n. 2 del 2023, pp. 83-92.
- PAULETTO L., *Lo sviluppo della pratica finanziaria islamica nel contesto delle istituzioni occidentali*, in *Banca, Impresa e società*, n. 1, 2005, pp. 144-145.

- PAVANELLO D., *Cibo per l'anima. Il significato delle prescrizioni alimentari nelle grandi religioni*, Edizioni Mediterranee, Roma, 2005.
- PELLICANI L., *La secolarizzazione*, in *Dalla società chiusa alla società aperta*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli, 2002.
- PELLICANI L., *Jihad: le radici*, Luiss University Press, Roma, 2004.
- PETERS HAMLIN K. L., *The Impact of Islamic Revivalism on Contract and Usury Law in Iran, Saudi Arabia, and Egypt*, in *Texas International Law Journal*, vol. 22, n. 3, 1987, pp. 349-380.
- PETERS R., *Crime and Punishment in Islamic Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- PFERSMANN O., *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit*, in *Revue Internationale de droit comparé*, n. 2, 2001, pp. 275-288.
- PICCINELLI G.M., *Gli studi di diritto islamico e dei paesi islamici in Italia*, in *Iura Orientalia*, n. 1, 2005, pp. 131-143.
- PICCINELLI G.M., *I principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente moderno*, n. 9, 1988, pp. 1-44.
- PICCINELLI G.M., *Banche islamiche in contesto non islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1996.
- PICCINELLI G.M., *Il diritto agli interessi nei paesi arabi*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1996, pp. 35-73.
- PICCINELLI G.M., *La convenzione di credito per il commercio estero della Banca Islamica per lo Sviluppo*, in *Diritto del commercio internazionale*, n. 2, 1990, pp. 913-924.
- PIETRO P., *I negozi su beni futuri. La compravendita di "cosa futura"*, Edizione scientifica italiana, Napoli, 1962.
- PIZZORUSSO A., *Comparazione giuridica, diritto ecclesiastico e diritto comparato delle confessioni religiose*, in *Daimon. Annuario di diritto comparato delle religioni*, n. 1, 2001, pp. 358-359.
- PONZO I., *La casa lontano da casa*, Carocci, Roma, 2008.

- PORZIO C. (a cura di), *Banca e finanza islamica. Contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, Bancaria Editrice, Roma, 2009.
- POSNER R.A., *The Federal Courts: Challenge and Reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.
- PRANAM D., *Zakat as a Measure of Social Justice in Islamic Finance: An Accountant's Overview*, in *Journal of Emerging Economies and Islamic Research*, n. 1, 2013, pp. 1-11.
- PREDIERI A., *Shari'ah e Costituzione*, Roma-Bari, Laterza, 2006.
- PRYOR J.H., *The Origins of the Commenda Contract*, *Speculum* Vol. 52, No. 1, 1977.
- RADWAN M., *Adoption of unconventional financial institutions: a European perspective*, Giappichelli, Torino, 2019.
- RAHMAN Z.A., *Contracts and the products of Islamic banking*, Kuala Lumpur, 2010.
- RAMADAN T., *L'Islam in occidente*, Rizzoli, Milano, 2006.
- RANCHETTI F., SILVIA F., *Antologia del pensiero economico*; Einaudi scuola, Milano, 2002.
- RANDAZZO B., *Le laicità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (<https://www.statochiese.it>), ottobre 2008, pp. 1-65.
- REBUGHINI P., COLOMBO E., LEONINI L. (a cura di), *Giovani dentro la crisi*, Guerini Associati, Milano, 2017.
- REDOUANE A., *L'etica economica dell'Islam*, in www.arabismo.it, pp.1.
- REICH C.A., *The Greening of America: How the Youth Revolution is Trying to Make America Livable*, Random House, New York, 1970.
- REIMANN M., ZIMMERMANN R. (a cura di), *The Oxford handbook of comparative law*, Oxford University press, Oxford, 2006.
- RHI-SAUSI J.L.; ZAPPI G. (a cura di), *Cittadinanza economica dei migranti e rapporto con le banche italiane*, Bancaria Editrice, Roma, 2011.
- RICUCCI R., MOISO V., *La banca e il minareto*, Edizioni Dehoniane Bologna, 2017.
- RIZZARDI G., *L'Islam: il linguaggio della morale e della spiritualità*, Glossa Editrice, Milano, 2007.

- RODINSON M., *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968.
- RODINSON M., *Marxisme et monde musulman*, Editions du Seuil, Paris, 1972.
- RODINSON M., *Maometto*, Einaudi, Torino, 1995.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969.
- ROHE M., *Islamic Law in Past and Present*, Brill Academic Pub, Leiden, 2014.
- ROMANO S., *L'ordinamento giuridico*, Sansone, II ed., Firenze, 1946.
- RONCAGLIA A., *La ricchezza delle idee: storia del pensiero economico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- ROSSELL J., *Prescripciones alimentarias en el Islam: sacrificio ritual y alimentación halal*, in *Los musulmanes en España: libertad religiosa e identidad cultural*, Madrid, 2004, pp. 205-227.
- ROSSETTI M., *La risoluzione per inadempimento*, Milano, Giuffrè, 2012.
- RUMI T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *Contratto e impresa*, n. 1, 2015, pp. 70-86.
- RUSSO T.V., *Contrattazione Shari'a compliant e meritevolezza degli interessi. Prime riflessioni su un differente approccio al mercato finanziario*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 4, 2014, pp. 1-24.
- RUSSO T.V., *I contratti Shari'ah compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.
- RUSSO F., *La rilevabilità d'ufficio delle nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite* (note in margine a Cass. sez. un. 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014), in *Diritto civile contemporaneo.*, n. 1, 2015, pp. 1-40. SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.
- SACCO R., ROSSI P., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2015.
- SACERDOTI LIBERANOME L., *Israele a tavola. Storia, sapori e ricette dal mondo nel segno della tradizione di un unico popolo*, Proedi editore, Milano, 2006.
- SAEED A., *Islamic banking, and interest: A study of the Prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation*, Brill, Leiden, 1996.

- SAID R., *La Shari'ah. Le droit islamique, son envergure et son équité*, Edition al Qalam, Parigi, 1997.
- SALEEM, M.Y., *Islamic Commercial Law*, John Wiley & Sons, Singapore, 2013.
- SALEH N., *Are the Validity and Construction of Legal Acts affected by Cause (sabab)?*, in *Arab Law Quarterly*, n. 2, 1992, pp. 116-140.
- SALEH N., *Unlawful Gain and Legitimate Profit in Islamic Law*, II ed., Brill, London, 1992.
- SALEH N., *Unlawful gain, and legitimate profit in Islamic law*, Graham&Trotman, London, 1992.
- SAMIULLAH M., *Prohibition of Ribà and Insurance in the Light of Islam*, in *Islamic Studies*, n. 2, 1982, pp. 53-76.
- SANGMI K., *Islamic Banking: Concept and Methodology*, in Studies working paper series, 2011, pp. 1-19.
- SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo al sistema sciafita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938.
- SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita, con riguardo anche al sistema sciifita*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2017.
- SBAILÒ C., *Islamismo e costituzionalismo: la problematica compatibilità*, in *Percorsi Costituzionali*, n. 2/3, 2013, pp. 89-115.
- SCARABEL A. (a cura di), *Il giardino dei devoti*, Società Italiana Testi Islamici, Trieste, 1990.
- SCARCIA B. (a cura di), *Profilo dell'economia islamica*, Centro culturale Al-Farabi, Palermo, 1988.
- SCARCIGLIA R., *Metodi e comparazione giuridica*, Cedam, Padova, III ed., 2021.
- SCHACHT J., *An introduction to Islamic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- SCHACHT J., *Introduzione al diritto islamico*, Fondazione Giovanni Agnelli, Torino, 1995.
- SCHACHT J., *Islamic law in Contemporary States*, in *American Journal of Comparative Law*, 1959, pp. 133-147.

- SCOLART D., *L'Islam, il reato, la pena dal figh alla codificazione del diritto penale*, Istituto per l'Oriente, Roma, 2013.
- SCREPANTI E., ZAMAGNI S., *Profilo di storia del pensiero economico*, La nuova Italia Scientifica, Roma, 1994.
- SEN A., *Denaro e valore: etica ed economia nella finanza*, Banca d'Italia, Roma 1991, pp. 124-127.
- SERAP O.G., *Takaful and mutual Insurance: Alternative Approaches to Managing Risk*, World Bank, 2013.
- SFEIR G.N., *Modernization of the Law in Arab States. An Investigation into Current Civil Criminal and Constitutional Law in the Arab World*, Austin and Winfield, San Francisco, London, Bethesda, 1998.
- SHEILA H., MOHAMED A., YOUNES S., HANNA R.Z., IBRAHIM S., *Accounting Auditing and Governance for Takaful Operations*, Wiley, Hoboken, New Jersey, 2012.
- SHOUAIB M., *Les origines coraniques de la théorie musulmane de l'abus de droit*, in *Revue internationale de droit comparé*, n. 2, 2001, pp. 340-355.
- SIDDIQI M.N., *Partnership and Profit-Sharing in Islamic Law*, Islamic Foundation, Leicester, 1985.
- SINCLAIR P., *Financial Exclusion: An Introductory Survey. Centre for Research into Socially Inclusive Services*, CRSIS, Edinburgh, 2001.
- SINGER P., SIRIANNI C.A., *La corporate governance nelle imprese bancarie*, Giappichelli, Torino, 2018.
- SIRGIOVANNI B., *Autonomia privata e risoluzione del contratto per inadempimento*, CEDAM, Milano, 2019.
- SKYDEKSKY R., SKYDEKSKY E., *How much is enough? The love of money and the case for the good live*, Pinguino, Londra, 2013.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *Principi costituzionali sulla disciplina del credito*, in *Rassegna di Diritto pubblico*, n. 1, 1962, pp. 348-354.
- TALBI M., *Ibn Haldun*, Maison Tunisienne de l'Édition, Tunis, 1973.

- TANVIR ALAM M., *Role of Islamic finance during COVID-19. A study on practical implication of zakat as short-term emergency support system*, in *European Journal of Islamic finance*, n. 16, 2020, pp. 1-6.
- TARIQ R., *Les musulmans d'occident et l'avenir de l'Islām*, Oxford, 2004.
- THANASEGARAN H., *Good Faith in Insurance and Takaful Contracts in Malaysia. A comparative perspective*, Springer, New York, 2016.
- TRIMARCHI P., *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè, 2011.
- TYAN E., *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, II ed., Brill, Leiden, 1960.
- UDOVITCH A., *Partnership and Profit in Medieval Islam*, Princeton, New Jersey, 1970.
- UDOVITCH A.L., *Les échanges de marche dans l'Islam médiéval: théorie du droit et savoir local*, in *Studia Islamica*, n. 65, 1897, pp. 5-30.
- UMER CHAPRA M., *The Nature of Ribà in Islam*, in *Hamdard Islamicus*, n. 7, 1984, pp. 3-24.
- URBANI A. (a cura di), *L'attività delle banche*, Cedam, 2020.
- USMANI M.T., *An introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998.
- VACCA V., NOJA S., VALLARO M., *Sahih al-Buhari. Detti e fatti del Profeta dell'Islam*, Utet, Torino, 1982.
- VALIGNANI M., *Manuale di diritto della banca*, Cedam, Padova, 2006;
- VANONI L.P., *Pluralismo religioso e stato (post) secolare: una sfida per la modernità*, Giappichelli, Torino, 2016.
- VARGA E., *I due sistemi: economia socialista economia capitalista*, Contemporanea Edizioni, Milano, 1976.
- VECCHI F., *Oeconomicae et Pecuniariae Quaestiones: vademecum di suggerimenti al legislatore temporale per un ritrovato disciplinamento etico dei mercati finanziari*, in *Diritto e religioni*, n. 2, 2018, pp. 25-49.
- VELLA F., BOSI G., *Diritto ed economia di banche e mercati finanziari*, Il Mulino, Bologna, 2019.

- VENDITTI C., *Diligenza e responsabilità nella segnalazione di crediti in sofferenza alla centrale dei rischi*, Satura, Napoli, 2005.
- VENTO G.A., VECCHIO G.C., *Il microcredito in Italia: alcune riflessioni per un assetto regolamentare efficace*, in *Rivista Trimestrale di diritto dell'economia*, n. 2, 2014, pp. 118-134.
- VERCELLIN G., *Jihad. L'Islam e la guerra*, Giunti, Firenze, 1997. VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002.
- VERCELLIN G., *Islam. Fede, Legge e Società*, Giunti, Firenze, 2006.
- VICARY ABDULLAH D., CHEE K., *Islamic Finance. Why it makes sense*, Marshall Cavendish International (Asia) Private Limited, Singapore, 2010.
- VOGEL F.E., *Contract Law of Islam, and the Arab Middle East*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 2006.
- WAHID N.M., *Islamic Banks, and a Theory of Optimal Profit Sharing*, in *Islamic Studies*, n. 24, 1985, pp. 388-396.
- WARDE I., *Islamic Finance in the global Economy*, Edinburg University Press, Edinburgo, 2010.
- WARDE I., *Ribà, Ghàrar, and the Moral Economy of Islam in Historical and Comparative Perspective*, in *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000, pp. 52-69.
- WARSAME H.M., *The role of Islamic Finance in tackling financial exclusion in the UK*, Durham theses, Durham University, 2009.
- WEBER M., *L'Etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Sansoni, Firenze, 1905.
- WEERAMANTRY C.G., *Islamic Jurisprudence. An international perspective*, New York, St. Martin's Press, 1988.
- WILSON R., *Islamic Financial Markets*, Routledge, New York, 1960.
- WILSON R., *The Institutional Infrastructure supporting the Islamic finance industry*, in *Islamic Finance. A guide for international business and investment*, London, 2008, pp. 21-27.
- WORLD BANK, *Global Financial development report: financial inclusion*, World Bank, Washington, 2014.

- YAKUBY N., *Troppe banche islamiche per pochi Shari'ah Scholars*, in *Shirkah*, n. 1, 2006, pp. 44-47.
- ZAHRAA M., MAHMOR S.M., *Definition and scope of the Islamic concept of sale of goods*, in *Arab law Quarterly*, n. 16, 2001, pp. 215-238.
- ZAHRAA M., *Negotiating Contracts in Islamic and Middle Eastern Laws*, in *Arab Law Quarterly*, n. 3, 1998, pp. 265-277.
- ZAKI F., HUSSAINEV K., *Conversions to Islamic Banks: Jurisprudence, Economic and AAOIFI Requirements*, in *European Journal of Islamic Finance*, n. 3, 2015, pp. 1-9.
- ZATTONI A., *Corporate Governance: how to design good companies*, Egea, Milano, 2020.
- ZELIO GRANDI I., *Il dialogo delle leggi: ordinamento giuridico italiano e tradizione giuridica islamica*, Venezia, Marsilio, 2006.
- ZIADEH F., *Mulāzama or Harrasment of Recalcitrant Debtors in Islamic Law*, in *Islamic Law and Society*, n. 3, 2000, pp. 289-299.
- ZINNERMANN R., WHITTAKER S. (a cura di), *Bona fides in Roman contract law, in Good faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.
- ZUHAYLI W., *Financial Transactions in Islamic Jurisprudence*, Dar al Fikr, Damasco, 2003.

SITOGRAFIA

-www.islamic-finance.net: sito web per la promozione dei principi della finanza islamica. Nato come sito editoriale indipendente che ha cercato di promuovere un dibattito aperto su questioni critiche contemporanee, ora è un archivio contenente articoli, ricerche accademiche, e commenti.

-www.islamic-banking.com: è il sito dell'Institute of Islamic Banking and Insurance (IIBI), un'associazione benefica registrata e una società senza scopo di lucro in Inghilterra e Galles (UK). IIBI era in precedenza il nome commerciale di 'The Islamic Teachings Limited', che è stato cambiato in 'Institute of Islamic Banking and Insurance' il 30 settembre 2009. Il sito si propone di sviluppare, organizzare e promuovere a beneficio del pubblico, programmi di istruzione, formazione e ricerca in finanza islamica, banche e assicurazioni e relativi sistemi finanziari; nonché di consentire alle persone di comprendere e applicare chiaramente i principi fondamentali della Shari'ah nelle transazioni commerciali che richiedono giustizia nei rapporti, per il bene pubblico (maslahah), il benessere della società e dell'ambiente. - www.arabismo.it: il sito propone corsi di lingua islamica e corsi di formazione culturale.

-Osservatorio sulla finanza islamica: è una testata islamica on line per l'Italia, dedicata alla finanza islamica e al settore halal.

- www.alrayanbank.co.uk: è il sito della banca islamica londinese, la rappresenta, dal 2004, la più grande banca al dettaglio presente nel Regno Unito. Offre servizi commerciali come mutui, conti di risparmio, servizi di investimento, trasferimento internazionale di somme di danaro, assistenza fiscale e testamentaria islamica il tutto in piena conformità con i dettami della Legge islamica.

- www.ercif.org: è il sito istituzionale del Centro di Ricerca Europeo per la Finanza Islamica dell'Università di Torino è stato creato per favorire la diffusione della conoscenza della Finanza Islamica. Il Centro ha creato lo *European Journal of Islamic Finance* "EJIF" una rivista scientifica online nella quale vengono pubblicati articoli allo scopo di approfondire le conoscenze teoriche e pratiche nel campo bancario, finanziario, di business e management del mondo islamico.

-www.tief.it: è il sito del 'Turin Islamic Economic Forum' (TIEF) dedicato alle opportunità della finanza islamica. Il TIEF è organizzato in partnership con l'Università di Torino, la Camera di commercio di Torino, l'Associazione per lo sviluppo di strumenti Alternativi e di Innovazione Finanziaria (ASSAIF).

-www.islamitalia.it: è un portale dedicato ai musulmani presenti in Italia, in cui vengono affrontate variegate tematiche legate all'Islam.

-www.dailymuslim.it: è uno dei primi giornali musulmani d'Italia con una sezione dedicata alla finanza islamica.

- www.ifsb.org: è il portale dell'Islamic Financial Services Board (IFSB), il quale è un'organizzazione internazionale di definizione degli standard che promuove e migliora la solidità e la stabilità del settore dei servizi finanziari islamici emettendo standard e principi guida, ampiamente definiti per includere i settori bancario, dei mercati dei capitali e assicurativo. L'IFSB conduce anche ricerche e coordina iniziative su questioni legate all'industria, nonché organizza tavole rotonde, seminari e conferenze per le autorità di regolamentazione e le parti interessate del settore.

-www.aaofii.com: è il sito internet dell'Organizzazione contabile e di revisione contabile per le istituzioni finanziarie islamiche. Questa è un'organizzazione no profit con sede in Bahrein che è stata istituita per mantenere e promuovere gli standard della Shari'ah per le istituzioni finanziarie islamiche, i partecipanti e l'intero settore.

-www.irti.org: è il sito ufficiale dell'Istituto islamico di ricerca e formazione (IRTI), il quale è membro del gruppo della Banca islamica di sviluppo (IsDB) responsabile della creazione e della diffusione della conoscenza dell'economia e della finanza islamica.

GLOSSARIO¹

dei termini impiegati nel comparto *Shari'ah*
compliant

* Nel presente glossario si è adottata una forma semplificata di traslitterazione dei vocaboli in lingua araba.

¹ I termini e le definizioni contenuti nel presente glossario possono subire variazioni a seconda del contesto giuridico ordinamentale di riferimento nonché a seconda delle differenti interpretazioni e correnti di pensiero delle singole scuole giuridiche islamiche.

| | |
|----------------------------------|--|
| <i>Akhlaq</i> | Regole etiche ovvero comportamento. |
| <i>‘Adl</i> | Indica la <i>giustizia</i> e rappresenta l’elemento essenziale dell’etica islamica. |
| <i>‘Alim (pl. Ulama)’</i> | <i>sapiente/saggio</i> . Termine traducibile con esperto ovvero giureconsulto. |
| <i>Al-aqidani</i> | Parti contraenti. |
| <i>Al-ma’qud ‘alayhi</i> | Oggetto del contratto. |
| <i>Baia</i> | Termine impiegato per indicare la vendita oppure generalmente le transazioni. |
| <i>Bay al-murabaha</i> | Termine impiegato per indicare la vendita di beni con pagamento contestuale alla consegna. |
| <i>Bay al-mu’aggal</i> | Termine impiegato per indicare la vendita di beni con dilazione del pagamento. |
| <i>Darura</i> | <i>bisogno</i> ; funge da base di legittimità di una transazione economica. |
| <i>Fardhu kifayah</i> | Obbligo morale per tutti i musulmani che si sostanzia nell’impegno a provvedere all’intera comunità. |
| <i>Fatwa (pl. Fatawa)</i> | Parere di un giureconsulto avente a oggetto una specifica questione. |
| <i>Fiqh</i> | Indica la dottrina giuridica islamica prodotto dell’attività interpretativa dei giuristi musulmani per conoscere ciò che Dio ha stabilito come giusto. |
| <i>Galat</i> | Errore come vizio del consenso. |

| | |
|---|---|
| <i>Ghàrar</i> | Incertezza oppure rischio; si sostanzia nel comparto <i>compliant</i> nel divieto di inserire nel sinallagma contrattuale elementi imprevedibili la cui probabilità non può essere calcolata a priori. |
| <i>Hadith</i> | <i>Racconto/storia</i> . Più nello specifico, racconti del Profeta. |
| <i>Halal</i> | Termine generico che indica attività, comportamenti, beni, etc. considerati leciti. |
| <i>Haram</i> | Termine generico riferito a tutto ciò che è proibito. |
| <i>Hiyal (sing. Hylah)</i> | Vocabolo che indica in generale stratagemmi giuridici. Nel comparto finanziario <i>compliant</i> , le <i>hiyal</i> si sostanziano nell'uso di mezzi legali per aggirare dei divieti imposti dalla <i>Shari'ah</i> . |
| <i>Igab</i> | Proposta contrattuale. |
| <i>Ijara</i> | Contratto in cui la banca o il finanziatore acquistano in leasing attrezzature o altri beni al proprietario di una attività, che ne ha fatto esplicita richiesta, con corresponsione di un canone predeterminato. |
| <i>Igma'</i> | Accordo dell'opinione pubblica, ossia il consenso dei dotti della Legge islamica su questioni controverse. |
| <i>Igtihad</i> | <i>Sforzo</i> , indica l'attività ermeneutica e interpretativa dei dotti svolta a trovare soluzioni conformi alla Rivelazione. |
| <i>Investment Risk Reserve (IRR)</i> | È la riserva costituita nei contratti di <i>mudaraba</i> al fine di circoscrivere o assorbire eventuali perdite, limitando il rischio per i depositanti in conti di investimento vincolati. |
| <i>Islamic funds</i> | Termine generico che indica forme di investimento collettivo conformi alla <i>Shari'ah</i> . |
| <i>Istisna</i> | Contratto di vendita di un bene non esistente che deve essere costruito o prodotto sulla base di indicazioni date dall'acquirente finale. |

| | |
|-------------------------|--|
| <i>Ikrah</i> | Termine che indica la violenza come vizio del consenso. |
| <i>Jahalah</i> | Pratica utilizzata nel settore bancario islamico in cui la banca divulga un set di informazioni a beneficio degli investitori |
| <i>Kafala</i> | Nel settore economico islamica tale termine è traducibile con <i>garanzia-fideiussione</i> . |
| <i>Maglis</i> | Fase delle trattative/contrattazione. |
| <i>Maysir</i> | Gioco d'azzardo. È inteso come divieto di speculazione in tutte le transazioni di natura giuridica. |
| <i>Maslaha</i> | <i>Bene comune</i> , si intende il benessere collettivo che deve essere sempre alla base di una transazione economica. |
| <i>Mudàrabah</i> | È un contratto in cui il finanziatore apporta capitale, mentre l'altra parte provvede alla gestione dell'attività. Tale fattispecie utilizza il principio della condivisione dei profitti e delle perdite. |
| <i>Mudarib</i> | Parte che all'interno di un contratto apporta forza lavoro. |
| <i>Mufti</i> | Esperto autorizzato a dare responsi in materia giuridica e teologica. |
| <i>Mun'aqid</i> | <i>Annodare/stretto</i> ; in materia contrattuale tale termine indica l'avvenuta conclusione del contratto. |
| <i>Muraba</i> | Forma contrattuale che si sostanzia nella vendita di un bene con un differimento del prezzo composto dal costo originale più un margine prestabilito <i>ab initio</i> . |

| | |
|---|---|
| <i>Mushàraka</i> | È un contratto in cui la banca e il soggetto finanziato, solitamente un imprenditore, apportano capitale e lavoro per realizzare un progetto. È una fattispecie che impiega il principio della condivisione dei profitti e delle perdite in modo equo tra le parti e viene definita la forma più partecipativa fra i contratti impiegati nel comparto finanziario islamico. |
| <i>Mushàraka mutanaqisa</i> | Declinazione del contratto di <i>mushàraka</i> impiegato per il finanziamento di un bene immobiliare a uso abitativo. |
| <i>Muwada'a</i> | <i>Intesa</i> , ossia l'avvenuto accordo tra le parti di un contratto. |
| <i>Niyya</i> | Intenzione contrattuale. |
| <i>Nisab</i> | Livello di ricchezza al di sotto del quale non è lecita l'applicazione dell'imposta coranica della <i>Zakat</i> . |
| <i>Qard</i> | Assimilabile al mutuo convenzionale senza però l'applicazione del tasso di interesse, c.d. mutuo di beneficenza oppure a titolo gratuito. |
| <i>Qawa'id Kulliyya</i> | Termine traducibile con <i>principi generali</i> . |
| <i>Profit Equalization Reserve (PER)</i> | Riserva il cui scopo è quello di stabilire il rendimento di un investimento. |
| <i>Profit and Loss Sharing (PLS)</i> | Principio di condivisione degli utili e delle perdite su cui si fondano alcuni contratti di finanziamento e di investimenti conformi alla <i>Shari'ah</i> . |
| <i>Rab-al Mall</i> | Il soggetto finanziatore che solitamente è una banca/un intermediario. |
| <i>Rahn</i> | Forma di garanzia per i creditori usata per una obbligazione non ancora del tutto perfezionata. |

| | |
|---|---|
| <i>Ribà</i> | <i>Accrescimento, eccesso.</i> Nel comparto bancario indica qualsiasi forma di interesse predeterminato, corrisposta dal debitore, per la dilazione nel tempo di un credito. |
| <i>Salam</i> | Contratto di compravendita con pagamento immediato e consegna differita di beni fungibili. |
| <i>Shari'ah board</i> | Organismo di esperti la cui presenza è obbligatoria all'interno di un intermediario <i>Shari'ah compliant</i> , che si occupa di verificare se tutti i prodotti e i servizi offerti siano conformi alla <i>Shari'ah</i> . |
| <i>Shari'ah compliant</i> | Indica la conformità alla <i>Shari'ah</i> di strumenti bancario-finanziari offerti da una banca. |
| <i>Sharika</i> | Termine con cui si intende generalmente una <i>impresa</i> . |
| <i>Shirkah al milk o Shirkah ul-milk</i> | Termine che indica la titolarità della proprietà congiunta di due o più parti. |
| <i>Shuf'ah</i> | È un istituto che riconosce un diritto di preferenza in caso di aumento di capitale agli azionisti già esistenti oppure un diritto di prelazione nel caso in cui un socio voglia venir meno alla compagine societaria. |
| <i>Siga</i> | Forma giuridica dell'accordo/contratto. |
| <i>Syari'ah</i> | Forma di partnership che riconosce a tutti i soci attività differenti affianco all'attività principale. |
| <i>Sukuk</i> | Certificato di investimento che si configura come un titolo rappresentativo di una quota della proprietà di un bene o di un insieme di beni negoziabile sul mercato secondario, che riconosce ai sottoscrittori il diritto a ricevere una quota degli utili generati. |
| <i>Tabarru</i> | Termine che indica un atto di liberalità oppure il contratto di donazione. |

| | |
|-----------------------------|---|
| <i>Takaful</i> | Termine derivante dal vocabolo <i>kafala</i> , ossia <i>garantirsi a vicenda</i> . Nel comparto bancario attuale si intende il sistema assicurativo islamico. |
| <i>Taklif</i> | Capacità di intendere e volere. |
| <i>Tiga</i> | Mediatore a cui è affidato il compito di risolvere la litigiosità tra le parti di un contratto. |
| <i>Tigara</i> | Commercio oppure mercato. |
| <i>Ulama o Ulema</i> | Dottori della Legge islamica. |
| <i>Urf</i> | Consuetudine islamica. |
| <i>Waaf</i> | Termine generico che indica qualsiasi atto di beneficenza/donazione per motivi religiosi. |
| <i>Wakala</i> | Termine generico con cui si indica un <i>fondo</i> , solitamente un fondo fiduciario oppure un semplice deposito bancario. |
| <i>Zakat o Zakah</i> | <i>Purificazione</i> . È il terzo dei cinque pilastri dell'Islam; si sostanzia in una imposta religiosa, anche detta elemosina obbligatoria. Il fedele musulmano deve purificare il proprio aumento di ricchezza al fine di aiutare le frange più povere della comunità islamica. |
| <i>Zakat al-fitr</i> | Elemosina raccolta e poi distribuita durante il mese del digiuno (<i>Ramadan</i>). |

APPENDICE

SHARI'AH STANDARDS

Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution

Nella presente appendice sono riportate le riproduzioni fedeli degli *standard*¹ concessi dall'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* (cfr., sul punto, cap. IV, sez. II). Lo scopo è quello di avere una raccolta - selezionata e ragionata - dei documenti che sono stati tenuti in considerazione nell'analisi condotta in materia di contratti *Shari'ah compliant* (cfr. cap. III).

La scelta di riportare tali *standard*, rispetto a quelli di altri organismi, è dovuta al ruolo 'trainante' che tale infrastruttura ricopre nel contemporaneo comparto finanziario islamico. Nonostante l'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution* non possieda alcun potere direttivo sulle banche islamiche, l'applicazione dei principi contenuti nei suoi atti si è imposta in diversi Stati come il Qatar, la Giordania, la Siria e Dubai. In altri Stati, poi, quali l'Australia, la Malesia e l'Arabia Saudita, le normative *ad hoc* adottate in materie di finanza islamica hanno ripreso quasi totalmente i contenuti di tali *standard*.

Occorre segnalare che la presente appendice non riporta tutti gli *standard* in materia contabile, giuridica, etica emessi dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institution*, ma unicamente quelli rilevanti per la trattazione. Questi sono lo standard 8 *murabahah*, lo standard 9 *ijarah*, lo standard 10 *salam and parallel*, lo standard 11 *istisna'a*, lo standard 12 *sharikah-mushàraka* ed infine lo standard 13 *mudarabah*. Tali atti sono riportati secondo l'ordine crescente di adozione dell'infrastruttura, anche se nell'elaborato sono stati trattati seguendo il criterio della partecipazione. Si è inoltre ritenuto opportuno riportare per ciascuno *standard* prefazione e note conclusive con lo scopo di offrire il maggior grado di completezza e di comprensione possibili.

¹ Non è stato possibile modificare la numerazione a piè di pagina poiché crittografata dall'organizzazione stessa al fine di garantire l'autenticità del contenuto.

Shari'ah Standard No. (8)

Murabahah*
(Revised Standard)

* This standard was previously issued by the title "Shari'ah Rules for Investment and Financing Instruments No. (1) Murabahah to the Purchase Orderer. It is reissued as a Shari'ah standard based on the resolution of the Shari'ah Board to reformat all Shari'ah Rules in the form of Shari'ah Standards.

Contents

| Subject | Page |
|---|-------------|
| Preface | 199 |
| Statement of the Standard | 200 |
| 1. Scope of the Standard | 200 |
| 2. Procedures Prior to the Contract of Murabahah | 200 |
| 3. Acquisition of Title to, and Possession of, the Asset by the Institution or Its Agent | 206 |
| 4. Conclusion of a Murabahah Contract | 210 |
| 5. Guarantees and Treatment of Murabahah Receivables..... | 212 |
| 6. Date of Issuance of the Standard | 214 |
| Adoption of the Standard | 215 |
| Appendices | |
| Appendix (a): Notice from Institution’s Customer of Its Performance of Purchasing Asset or Good As Agent for Institution, and of Its Offer to Purchase Item from Institution According to Contract of Murabahah | 216 |
| Appendix (b): Notice of Acceptance by Institution of Customer’s Offer to Purchase Asset or Good to Be Acquired, and of selling item by Institution to Customer | 217 |
| Appendix (c): Brief History of the Preparation of the Standard | 218 |
| Appendix (d): The Shari’ah Basis for the Standard..... | 221 |
| Appendix (e): Definitions..... | 230 |

IN THE NAME OF ALLAH, THE ALL-MERCIFUL, THE MOST MERCIFUL

All praise be to Allah, the Lord of all the worlds, and blessings and peace be upon our master, Muhammad, and his household and all his companions

Preface

The purpose of this standard is to explain the Shari'ah basis and rules for a Murabahah transaction, the stages of this transaction beginning from the promise to transferring ownership of the goods to the customer, and the Shari'ah requirements that need to be observed by Islamic financial Institutions.⁽²⁾

(2) The word (Institution/Institutions) is used here to refer, in short, to Islamic financial institutions including Islamic Banks.

Statement of the Standard

1. Scope of the Standard

This standard covers the Murabahah transaction and its various stages, the issues relating to guarantees before concluding a Murabahah deal such as promise, *Hamish Jiddiyyah* (security deposit) and issues relating to guarantees for recovery of the debt created by the Murabahah transaction.

This standard does not cover deferred payment sales that take place on a basis other than that of Murabahah. It also does not cover other trust and bargaining sales.

2. Procedures Prior to the Contract of Murabahah

2/1 The customer's expression of his wish to acquire an item through the Institution

2/1/1 The Institution may purchase the item only in response to its customer's wish and application, as long as this practice is compatible with the Shari'ah precepts for the contract of sale.

2/1/2 With due consideration to item 2/2/3, it is permissible for the customer to request the Institution to purchase the item from a particular source of supply. However, the Institution is entitled to decline to carry out the transaction if the customer refuses offers from other sources of supply that are more suitable for the Institution.

2/1/3 The customer's wish to acquire the item does not constitute a promise or commitment except when it has been expressed in due form. It is permissible to prepare a single set of documentation to be signed by the customer and to include both the customer's stated wish that the Institution should buy the item from the supplier and a promise to buy the item from the Institution. It is permissible for the customer to prepare such

a document, or it may be a standard application form prepared by the Institution to be signed by the customer.

2/1/4 The customer may obtain statement of prices from the supplier whether they are addressed to the customer by name [specific offer], or with no reference to any named customer [general offer]. In the latter case, the statement is considered as an invitation to negotiate, and not as an offer of sale. It is preferable that the invoice should be addressed to the Institution so as to include an offer of sale from the supplier effective up to the end of a specified period. The contract of sale is deemed concluded once acceptance comes from the Institution.

2/2 The position of the Institution in respect to the application of the customer for Murabahah

2/2/1 When there is acceptance by the customer of an offer from the supplier that is either addressed to him personally, or that has no addressee, then the sale is concluded with the customer and so it is not permissible for the Institution to carry out Murabahah on the same item.

2/2/2 It is essential to exclude any prior contractual relationship between the customer who is the purchase orderer and the original supplier of the item ordered, if any, regarding the supply of the item. It is a requirement of Murabahah that the transaction between the two parties must genuinely, not fictitiously, exclude any prior contractual relationship.

It is not permissible to assign a contract that has been executed between the customer and the supplier of the ordered item to the Institution.

2/2/3 The Institution must ensure that the party from whom the item is bought is a third party other than customer or his agent. For example, it is not permitted for a customer to sell an ordered item to the Institution and then repurchase it through a Murabahah transaction. Nor may the party that is supplying the item be wholly, or by way of majority [more than 50%],

owned by the customer. If a sale transaction takes place and later on it is discovered that it was carried out through such practices, this would render the transaction void as it is tantamount to 'Inah.

- 2/2/4 If the supplier (owner) of the item has a blood relationship or marital relationship with the customer, then the Institution shall verify, before entering into Murabahah, that the sale is not fictitious and not a stratagem for the sale of 'Inah.
- 2/2/5 It is not permissible for the Institution and the customer to agree to form a Musharakah in a project or a specified deal together with a promise from one of them to buy the other's share in Musharakah by means of Murabahah on either spot or deferred payment terms. However, it is permissible for one partner to promise to purchase the other's share in Musharakah at market price or at a price to be agreed upon at the time of sale provided a new contract is drawn up. This sale may be on spot or on deferred payment terms.
- 2/2/6 It is not permitted to carry out a Murabahah on deferred payment terms where the asset involved is gold, silver or currencies.
- 2/2/7 It is also impermissible to issue negotiable Sukuk where the underlying asset consists of Murabahah receivables or other receivables only.
- 2/2/8 Likewise, it is not permitted to renew a Murabahah contract on the same commodity that was the subject matter of a previous Murabahah contract with the same customer, i.e. to refinance the transaction.

2/3 The promise from the customer

- 2/3/1 It is not permissible that the document of promise to purchase (signed by the customer) should include a bilateral promise which is binding on both parties (the Institution and the customer).

- 2/3/2 The customer's promise to purchase, and the related contractual framework, are not integral to a Murabahah transaction, but are intended to provide assurance that the customer will complete the transaction after the item has been acquired by the Institution. If the Institution has other opportunities to sell the item, then it may not need such a promise or contractual framework.
- 2/3/3 A bilateral promise between the customer and the Institution is permissible only if there is an option to cancel the promise which may be exercised either by both promisors or by either one of them.
- 2/3/4 It is permissible for the Institution and the customer, after the latter has given a promise but before the execution of the Murabahah, to agree to revise the terms of the promise whether with respect to the deferment of payment, the mark-up or other terms. The terms of the promise cannot be revised except by mutual consent by both parties.
- 2/3/5 It is permissible for the Institution to purchase the item from a supplier on a "sale or return" basis, i.e., with the option to return it within a specified period. If the customer then does not purchase the item, the Institution is able to return it to the supplier within the specified period on the basis of the conditional option that is established in Shari'ah. The option between the Institution and the supplier does not expire by the mere presentation of the item to the customer, but it expires by virtue of the actual sale to the customer. It is advisable to stipulate in a stipulated option to revoke (*khiyar al-Shart*) that the mere offer by the purchaser for the sale of the item to a third party does not invalidate the option.

2/4 Commissions and expenses

- 2/4/1 It is not permissible for the Institution to receive a commitment fee from the customer.

- 2/4/2 It is not permissible for the Institution to receive a fee for providing a credit facility.
- 2/4/3 The expenses of preparing the documents of the contract between the Institutions and the customer are to be borne evenly by the two parties (the Institution and the customer), provided they do not agree that the expenses are to be borne wholly by one party, and provided those expenses are proportional to the actual amount of work involved, so that they do not implicitly include a commitment fee or a facility fee.
- 2/4/4 If the Murabahah is carried out by means of syndicated financing, the Institution which acts as the arranger of the syndicate is entitled to an arrangement fee to be paid by the participants in the syndicate.
- 2/4/5 It is permissible for the Institution to receive a fee for a feasibility study that it undertakes in case such study is requested by the customer and for the benefit thereof and the customer agrees to pay the fee thereof. The customer is entitled to a copy of the study if he so requires.

2/5 Guarantees related to the commencement of the transaction

- 2/5/1 It is permissible for the Institution to obtain from the customer (the purchase orderer) a guarantee (performance deed) regarding the good performance by the supplier of his contractual obligations towards the Institution in his personal capacity and not in his capacity as purchase orderer or in his capacity as an agent of the Institution. Hence, if the Murabahah contract is not executed, his guarantee would still be valid. This guarantee is required only in cases where the customer has suggested a particular source of supply for the item that is the subject matter of the Murabahah contract.

As a consequence of this guarantee, the customer shall make good any damage suffered by the Institution due to failure of the supplier to provide good performance of his contractual obligations. These obligations concern meeting the specification

of the item to be supplied and the exercise of diligence in executing the contract, non-observance of which may result in the loss of the Institution's time and efforts or property, or in a legal dispute and damage claims.

- 2/5/2 It is not permitted to impose on a customer who is the purchase orderer a guarantee regarding hazards that may affect the item such as damage and destruction during a period of shipment or storage.
- 2/5/3 It is permissible for the Institution, in the case of a binding promise by the customer, to take a sum of money as *Hamish Jiddiyyah* (security deposit). This is to be paid by the customer at the request of the Institution, both as an indication of the financial capacity of the customer and to ensure the compensation of any damage to the Institution arising from a breach by the customer of his binding promise. Having taken this *Hamish Jiddiyyah*, the Institution need not to demand compensation for damage as this may be charged against the *Hamish Jiddiyyah*. The *Hamish Jiddiyyah* is not considered as 'Arboun (Earnest Money). The amount of money deposited by the customer as security for his commitment can be either held, if the customer permits the Institution to invest it, as an investment trust on the basis of Mudarabah between the customer and the Institution, or held in a current account at the discretion of the customer.
- 2/5/4 In the case of the customer's breach of his binding promise, the Institution is not permitted to retain *Hamish Jiddiyyah* as such. Instead, the Institution's rights are limited to deducting the amount of the actual damage incurred as a result of the breach, namely the difference between the cost of the item borne the Institution and the price at which the item is sold to a third party. The actual damage to the Institution may not include the loss of its mark-up in the Murabahah transaction, that is, its opportunity loss.

2/5/5 When the customer has fulfilled his promise and executed the contract of Murabahah, the Institution must refund *Hamish Jiddiyyah* to the customer. The Institution is not entitled to receive any amount out of *Hamish Jiddiyyah* except in the case of breach of promise as laid down in item 2/5/3. It is permissible for the Institution to agree with the customer that the amount of *Hamish Jiddiyyah* will be deducted from the price payable by the customer pursuant to the contract of Murabahah.

2/5/6 It is permissible for the Institution to take 'Arboun (Earnest Money) upon conclusion of the Murabahah sale with the customer. This may not be done during the contractual stage at which the customer has given his promise to purchase. In the event that the customer revokes the contract in an 'Arboun-based transaction, it is preferable that the Institution, after deducting the actual damage it incurs, refunds the remaining amount of 'Arboun to the customer. The damage in this context means the difference between the cost of the item borne the Institution and the price at which the item is sold to a third party.

3. Acquisition of Title to, and Possession of, the Asset by the Institution or Its Agent

3/1 The acquisition of the asset or good by the Institution prior to its sale by means of Murabahah

3/1/1 The Institution shall not sell any item in a Murabahah transaction before it acquires such item. Hence, it is not valid for the Institution to conclude a Murabahah sale with the customer before the Institution concludes a purchase contract with the supplier of the item the subject matter of the Murabahah and before it acquires actual or constructive possession of such items, which can be achieved when the supplier gives the Institution control over the item or the documents that represent possession thereof [see items 3/2/1-3/2/4]. Likewise, the Murabahah is considered void in case the contract with the supplier is void, because

in this case the Institution would fail to acquire complete title to the item.

- 3/1/2 It is permitted that the contract between the Institution and the supplier be completed by means of a meeting of the two parties to discuss the details, at which point the contract may be executed. Likewise, it is permitted that the contract be completed through exchanging of the notices of offer and acceptance, either in writing or by any form of modern communication customarily practiced according to known principles.
- 3/1/3 The original principle is that the Institution itself purchases the item directly from the supplier. However, it is permissible for the Institution to carry out the purchase by authorizing an agent, other than the purchase orderer, to execute the purchase; and the customer (the purchase orderer) should not be appointed to act as an agent except in case of a dire need. Furthermore, the agent must not sell the item to himself. Rather, the Institution must first acquire title of the item and then sell it to the agent. In such a case, the provisions of item 3/1/5 should be observed.
- 3/1/4 In cases when the customer is authorized to purchase the item as the Institution's agent, it is obligatory to adopt procedures which would ensure that certain conditions are observed. These conditions include:
- a) the Institution itself must pay the supplier, and not pay the price of the item into the account of the customer as agent, whenever possible.
 - b) the Institution should obtain from the supplier the documents that confirm that a sale has taken place.
- 3/1/5 It is obligatory to separate the two liabilities of risk attaching to the purchased item, namely the liability of the Institution and the liability of the customer as agent of the Institution. This is achieved by having an interval in time between the

performance of the agency contract and the execution of the contract of Murabahah, as indicated in the customer's notice of performance of the agency contract to acquire the item and offer to purchase the item by means of Murabahah [see Appendix (a)], followed by the institution's notice of its acceptance of the customer's offer to purchase and the execution of the Murabahah sale contract [see Appendix (b)].

3/1/6 The original principle is that all documents and contracts concerned with the execution of the sale of the item must be in the name of the Institution and not in that of the customer, unless the latter acts as the Institution's agent in acquiring the item.

3/1/7 It is permissible, at the time when the Institution appoints someone as its agent for the acquisition of the item, that the two parties agree to authorize the agent to carry out the acquisition of the item as agent, without disclosing the existence of the agency agreement. In this case, the agent will act as principal in dealing with other parties, and will undertake the purchase directly in his name but on behalf of the Institution as principal. However, it is preferable that the agent's role be disclosed.

3/2 The Institution's taking possession of the asset or good, prior to its sale by Murabahah

3/2/1 It is obligatory that the Institution's actual or constructive possession of the item be ascertained before its sale to the customer on the basis of Murabahah.

3/2/2 The condition that possession of the item must be taken by the Institution (before its onward sale to the customer) has a specific purpose: that the Institution must assume the risk of the item it intends to sell. This means that the item must move from the responsibility of the supplier to the responsibility of the Institution. Similarly, it is obligatory that the point when the risk of the item is passed on by the Institution to the customer

be clearly identified, with reference to the stages in which the item is transferred from one party to another.

- 3/2/3 The forms of taking delivery or possession of items differ according to their nature and different trade customs. Taking possession may be actual in the case of the physical delivery or transportation to the acquirer or its agent, but may also take place constructively by placing of the item at the acquirer's disposal so as to enable him to deal with it at his will, even though no physical delivery has taken place. Taking possession of an item of real property may also take place by means of the property being vacated and its being placed at the acquirer's disposal; if the latter is not able to have disposal of the purchased item, then the vacation of the property is not considered as conveying possession. In the case of moveable assets, possession will take place in accordance with the nature of the asset.
- 3/2/4 The receipt of a bill of lading by the Institution or its agent, when purchasing goods on the international market, is considered as constructive possession. The same would apply to the Institution's receipt of certificates of storage issued by warehouses following appropriate and reliable formalities.
- 3/2/5 The original principle is that the Institution itself must receive the item from the premises of the supplier or from a location that is specified in the delivery conditions. The responsibility for the risk attached to the item is transferred to the Institution upon its taking possession of the item. However, it is permissible for the Institution to authorize another party to take delivery of the item on its behalf.
- 3/2/6 As the Institution is the owner of the subject matter of Murabahah its insurance lies with the Institution before selling it to the customer. Any amount recovered from insurance at this stage will belong to the Institution exclusively and the customer has no claim to it even if the recovered amount exceeds the purchase price. The Institution is entitled to include

the expenses of insurance in the Murabahah cost price to be subsequently added to the price of Murabahah. Insurance must be on the basis of Takaful whenever possible.

3/2/7 Agency in carrying out the procedures of obtaining insurance cover for the item at the stage of the Institution's acquisition of ownership of the asset is permitted. However, it is obligatory that the Institution should bear the cost of insurance.

4. Conclusion of a Murabahah Contract

- 4/1 It is not permitted for the Institution to consider that the contract of Murabahah is automatically concluded by its mere taking possession of the asset. Likewise, the Institution may not force a customer who is the purchase orderer to take delivery of the asset and pay the Murabahah selling price, if the customer refuses to conclude the Murabahah transaction.
- 4/2 The Institution is entitled to receive compensation for any actual damage it has incurred as a result of the customer's breach of a binding promise. The compensation consists of the customer reimbursing the Institution for any loss due to a difference between the price received by the Institution in selling the asset to a third party and the original cost price paid by the Institution to the supplier.
- 4/3 When the Institution has purchased an asset for a deferred price, with the intention that it will be sold on a Murabahah basis, then the Institution is obliged to disclose to the customer that the asset is purchased by the Institution on deferred payment basis. The Institution has the obligation to disclose to the customer, when concluding the contract of sale, the details of any expenses that it would include in determining the cost. The Institution is also entitled to include any expenses relating to the item if this is acceptable to the customer. However, if the Institution failed to disclose any expenses, it is not entitled to include them unless they are customarily considered as normal expenses, such as transportation expenses, storage expenses, fees for letters of credit and insurance premiums.

- 4/4 The Institution is not entitled to include in the base cost of the item, for the purpose of calculating the Murabahah price, any amounts other than the direct expenses that are paid to a third party. It is not permissible, for example, for the Institution to add to the cost of the item payments made to its own staff for their work, and the like.
- 4/5 If the Institution has, even after the drawing up of the Murabahah contract, received a discount for the same item that was sold on Murabahah basis from the supplier of the item, then the customer should benefit from that discount by a reduction of the total Murabahah selling price in proportion to the discount.
- 4/6 It is an obligation that both the price of the item and the Institution's profit on the Murabahah transaction be fixed and known to both parties on the signature of the contract of sale. It is not permitted under any circumstances to subject the determination of the price or the profit to unknown variations or variations that are determinable in the future, such as by concluding the sale and making the profit dependent on the rate of LIBOR that will prevail in the future. There is no objection to referring to any other known indicators during the promise stage as a comfort indicator to determine the rate of profit, provided that the determination of the Institution's profit at the time of concluding the Murabahah is based on a certain percentage of the cost and is not tied up with LIBOR or a time factor.
- 4/7 The Institution's profit mark-up in Murabahah must be known, and the mere mention of the total selling price is not sufficient. It is permissible that the profit be determined based on a lump sum amount or a certain percentage of the cost price only or of the cost price plus the expenses. This determination is completed by the agreement and mutual consent of the two parties.
- 4/8 It is permissible to agree on the payment of the price of the item under Murabahah either by short or long term instalments, and the selling price of the asset becomes a debt that the customer is obligated to pay at the time agreed upon. It is not permitted subsequently to demand any extra payment either in consideration of extra time

given for payment or for delay in payment that may be for a reason or no reason.

- 4/9 It is permissible for the Institution to stipulate in the contract of Murabahah a condition that the Institution is free from responsibility for all or some of the defects of the asset, but not from destruction caused before the possession of the customer or diminution of quantity sold; this is known as *Bay' al-Bara'ah* (sale on 'as is' basis). In the case of stipulating such a condition, it is preferable that the Institution should assign to the customer the right of recourse to the supplier to obtain compensation for any defects that are established, which would otherwise be recoverable by the Institution from the supplier.
- 4/10 The Institution shall be responsible for pre-existing hidden defects which appear after the conclusion of the contract, unless it stipulates otherwise according to item 10/4. However, it shall not be responsible for any new defects (recent defects) that arise after the conclusion of the contract and taking delivery by the customer.
- 4/11 The Institution is entitled to include, as a condition of the contract, that in case of the customer's refusal, after the execution of the Murabahah contract, to take delivery of the asset at the prescribed time, the Institution could revoke the contract or sell the asset to a third party on behalf of the customer and for his account. The Institution could then recover from the selling price the amount due to it from the customer under the contract, and would have recourse to the customer for the balance if that price were not sufficient to cover the amount due to the customer.

5. Guarantees and Treatment of Murabahah Receivables

- 5/1 It is permissible for the Institution to stipulate to the customer that instalments may become due before their originally agreed due dates in case of the customer's refusal or delay in paying any instalment without any valid reason after the lapse of the time specified in the notice to be sent by the Institution to the customer within a reasonable period of time following the due date.

- 5/2 The Institution should ask the customer to provide permissible security in the contract of Murabahah. Among other things, the Institution may receive a third party guarantee or the mortgagee of the investment account of the customer or the mortgagee of any item of real or moveable property, or the mortgagee of the subject matter of the Murabahah contract as a fiduciary mortgagee (or a registered charge), either without taking possession of the mortgaged asset, or by taking possession of the mortgaged asset and then releasing the mortgagee progressively according to the percentage of the total payment received.
- 5/3 It is permissible for the Institution to require the customer to provide cheques or promissory notes before the execution of the contract of Murabahah, as a guarantee of the indebtedness that will be created after the execution of the contract. This is possible on the written condition that the Institution is not entitled to use these cheques or documents except on their due dates. The requirement to provide cheques as security is not permissible in countries where they could be presented for payment before their due date.
- 5/4 It is not permissible to stipulate that the ownership of the item will not be transferred to the customer until the full payment of the selling price. However, it is permissible to postpone the registration of the asset in the customer's name as a guarantee of the full payment of the selling price. The Institution may receive authority from the customer to sell the asset in case the customer delays payment of the selling price, in which case the Institution should issue a counter-deed to the customer to establish the latter's right to ownership. If the Institution sells the asset as a result of the customer's failure to make a payment of the selling price on its due date, it must confine itself to recovering the amount due to it and must return the balance to the customer.
- 5/5 In the case of the Institution receiving a mortgagee from the customer, the Institution is entitled to stipulate that the customer should make an assignment to the Institution to enable it to sell the mortgaged

asset for the purpose of recovering the amount due from the customer without recourse to the judiciary.

- 5/6 It is permissible that the contract of Murabahah consists of an undertaking from the customer to pay an amount of money or a percentage of the debt, on the basis of undertaking to donate it in the event of a delay on his part in paying instalments on their due date. The Shari'ah Supervisory Board of the Institution must have full knowledge that any such amount is indeed spent on charitable causes, and not for the benefit of the Institution itself.
- 5/7 It is not permissible to extend the date of payment of the debt in exchange for an additional payment in case of rescheduling, irrespectively of whether the debtor is solvent or insolvent.
- 5/8 When there is default in payment by the customer with regard to instalments of the selling price that are due, the amount due is just the amount of the unpaid selling price. It is not permissible for the Institution to impose any additional payment on the customer for the Institution's benefit. This provision is, however, subject to item 5/6.
- 5/9 It is permissible for the Institution to give up part of the selling price if the customer pays early, provided this was not part of the contractual agreement.
- 5/10 If the customer wishes to pay in a currency different from Murabahah currency, it is permissible, with the agreement of the Institution at the time of payment on condition that the payable debt is paid in full or the amount agreed to be paid in different currency is paid in full and no part of the currency exchange amount remains due. This currency exchange may not be stipulated in the contract of Murabahah.

6. Date of Issuance of the Standard

This Standard was issued on 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 16 May 2002 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah standard for Murabahah was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (4) held on 25-27 Safar 1421 A.H., corresponding to 29-31 May 2000 A.D.

In its meeting No. (8) held in Mecca on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board readopted a resolution to reformat the Shari'ah rules for Murabahah in the form of a Shari'ah standard.

Appendix (A)
**Notice from Institution's Customer of
Its Performance of Purchasing Asset or
Good As Agent for Institution, and of Its
Offer to Purchase Item from Institution
According to Contract of Murabahah**

Notice from the institution's customer of its performance of the purchase of the asset or good as agent for the institution:
From: (The Institution's customer as agent)
To: (The Institution).....

In the performance of my contract of agency with you, I hereby inform you that I have purchased the item described below on your behalf and for your benefit. This item is in my possession on your behalf.

In accordance with my promise to you, I hereby agree to purchase this item from you for a total price of, namely the cost price of plus the mark-up of

The payment of this price will be in accordance with the following schedule of instalments:

-
-
-

Please send the acceptance in accordance with this offer.

Appendix (B)
**Notice of Acceptance by Institution of
Customer's Offer to Purchase Asset or
Good to Be Acquired, and of selling item
by Institution to Customer**

Notice of the acceptance by the Institution of the customer's offer to purchase the asset or good to be acquired:

From: (The Institution).....

To: (The customer as the Institution's agent).....

In response to your notice dated, containing your offer to purchase the item described below which is owned by us, we hereby confirm to you our sale of the item to you at a total price of comprising the cost price of plus the mark-up of, in accordance with the conditions explained in the general agreement to a contract of Murabahah.

Please send the acceptance in accordance with this offer.

Appendix (C)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (1) held on 11 Dhul-Hajjah 1419 A.H., corresponding to 27 February 1999 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of a Standard setting out the Shari'ah rules for Murabahah.

On Tuesday 13 Dhul-Hajjah 1419 A.H., corresponding to 30 March 1999 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee recommended to the Shari'ah Board the commissioning of a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft of the Shari'ah Rules for Murabahah.

In its meeting held on 13-14 Rajab 1420 A.H., corresponding to 22-23 October 1999 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah Rules for Murabahah, and asked the consultant to make the amendments in light of the comments made by the members.

The revised exposure draft of the Shari'ah Rules was presented to the Shari'ah Board in its meeting No. (2) held in Mecca on 10-15 Ramadan 1420 A.H., corresponding to 18-22 December 1999 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the Shari'ah Rules and decided that it should be distributed to specialists and interested parties in order to obtain their comments in order to discuss them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain on 29-30 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 4-5 April 2000 A.D. The public hearing was attended by more than 30 participants representing central banks, institutions, accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others who are interested in this field. The members responded to the written comments that were

sent prior to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Shari'ah Studies Committee and the Fatwa and Arbitration Committee held a joint meeting on 21-23 Muharram 1421 A.H., corresponding to 26-28 April 2000 A.D., to discuss the comments made about the exposure draft of the Shari'ah Rules. The joint meeting made the necessary amendments, which it deemed necessary in light of the discussions that took place in the public hearing.

The Shari'ah Board in its meeting No. (4) held on 25-27 Safar 1421 A.H., corresponding to 29-31 May 2000 A.D., in Al-Madinah Al-Munawwarah discussed the amendments made by the Shari'ah Studies Committee and the Fatwa and Arbitration Committee, and made the necessary amendments, which it deemed necessary. The standard was adopted with the name of "Shari'ah Rules for the Murabahah". Some paragraphs were adopted by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board, while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

The Shari'ah Board decided in its meeting No. (7) held in Makkah Al-Mukarramah on 9-13 Ramadan 1422 A.H., corresponding 24-28 November 2001 A.D., to pass a resolution to reformat all Shari'ah rules in a form of standards and a committee was formed for this purpose.

In its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board adopted the reformatting of the Shari'ah Rules for Investment and Financing No. (1) on Murabahah with the name of Shari'ah Standard No. (8) on Murabahah.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the standard in its meeting held in Rabi' II, 1433 A.H., corresponding to March 2012 A.D., in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

Shari'ah Standard No. (8): Murabahah

In its meeting No. (39) held in the Kingdom of Bahrain on 13-15 Muharram 1435 A.H., corresponding to 6-8 November 2014 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved the necessary amendments, and the standard was adopted in its current amended version.

Appendix (D)

The Shari'ah Basis for the Standard

Preface on the Permissibility of Murabahah

Definition of Murabahah

Murabahah is selling a commodity as per the purchasing price with a defined and agreed profit mark-up. This mark-up may be a percentage of the selling price or a lump sum. This transaction may be concluded either without a prior promise to buy, in which case it is called an ordinary Murabahah, or with a prior promise to buy submitted by a person interested in acquiring goods through the Institution, in which case it is called a "banking Murabahah" i.e. Murabahah to the purchase orderer. This transaction is one of the trust-based contracts that depends on transparency as to the actual purchasing price or cost price in addition to common expenses.

Permissibility of Murabahah

The authorities for the permissibility of Murabahah are authorities on the permissibility of sale. Among them is the saying of Allah, the exalted: *{ "...Allah has permitted trade..." }*.⁽³⁾ Some scholars has also cited to support the permissibility of Murabahah the saying of Allah, the Exalted: *{ "It is no crime for you to seek the bounty of your Lord," }*⁽⁴⁾ arguing that the bounty mentioned here means profit. The Murabahah is also analogous to a form of sale called *Tawliyyah* (which means to sell as per the purchasing price without making profit). This is because the Prophet (peace be upon him) purchased a she-camel from Abu Bakr to use it as a transportation to immigrate to Medina. Abu Bakr wanted to give it to the Prophet (peace be upon him) free of charge, but the Prophet refused

(3) [Al-Baqarah (The Cow): 275].

(4) [Al-Baqarah (The Cow): 198].

saying: *"I will preferably take it at the acquisition price"*. The majority of scholars agreed, in principle, on the permissibility of Murabahah.

Promise from the Purchase Orderer

- The basis for the permissibility of responding to the application of the customer that the Institution buys the commodity from a particular supplier is because such a demand will not affect the acquisition of the commodity by the Institution, especially in view of the fact that this demand is not binding. The Institution is entitled to acquire the commodity from another supplier provided the commodity complies with the desired specification. The customer may be forced to fulfil his obligation on the basis of general sources of the Qur'an and Sunnah that require fulfilment of obligation and undertaking. The International Fiqh Academy has issued a resolution endorsing a unilateral binding promise.⁽⁵⁾ The same was adopted in a fatwa for Kuwait Finance House,⁽⁶⁾ Qatar Islamic Bank,⁽⁷⁾ and others.
- The basis for allowing price quotations be submitted in the name of customer is because such an act has no contractual effect if there is no acceptance by the customer. The basis why it is preferred that the quotation be submitted in the name of the Institution, is to avoid confusion and this is what was endorsed by the Fatwas of Qatar Islamic Bank,⁽⁸⁾ and Kuwait Finance House.⁽⁹⁾
- The basis for not allowing a Murabahah deal when the customer accepts the deal directly from the supplier is because, by this, a sale contract has taken place between the customer and the supplier in which case the commodity enters into ownership of the customer. This ruling will not be affected whether or not the customer has paid the price. This is because payment is not a condition for the permissibility and conclusion of a contract as payment of the price is but a consequence of a contract and is not principal requirement or a condition for regarding a contract valid.

(5) International Fiqh Academy Resolution No. 40-41 (2/5 and 3/5).

(6) Fatwa No. (49).

(7) Fatwa No. (8).

(8) Fatwa No. (35).

(9) Fatwa No. (87).

- The basis for the requirement that there must not be any contractual commitment between the customer and the supplier is to safeguard against the contract being a mere interest-based financing. Therefore, the lack of any commitment between the customer and the supplier is a basic condition for the permissibility of executing a Murabahah by the Institution.
- The basis for the requirement that the customer must not have any (business) connection with the supplier is to avoid involving in a 'Inah (sell and buy back) transaction that is prohibited by Shari'ah.
- The basis for the permissibility that the supplier may be a relative of the customer or a husband or wife to the customer is because both parties have independent legal liability unless it has come to be that they are involved in a 'Inah transaction, in which case the transaction is prohibited. This is to defeat a potential intentional arrangement to evade formalities of the transaction. The Fatwa of Kuwait Finance House supports this.⁽¹⁰⁾
- The basis for not allowing a partner to promise to buy the shares of another partner on a Murabahah basis is because this will lead to the buyer guaranteeing the share of other partner, which is Riba.
- The basis for not allowing dealings in gold, silver and currencies on deferred Murabahah basis is the saying of the Prophet, peace be upon him, in respect to exchange of gold with silver that such exchange take place "*hand to hand*";⁽¹¹⁾ i.e., without delay in delivery, and the rules of currencies are subsumed under the ruling for gold and silver. This ruling is endorsed by the resolution of the International Fiqh Academy.⁽¹²⁾
- The basis for the prohibition of Murabahah tradable securities or refinancing of a Murabahah transaction is because these fall under the heading of sale of debt that is prohibited by Shari'ah.
- The basis for not allowing a bilateral binding promise is because it amounts to a contract prior to acquisition of the item to be sold. The International Fiqh Academy has issued a resolution in this respect.⁽¹³⁾
- The basis for the permissibility of the agreement to amend the terms of the promise is because a promise is not a contract and as such the amendment

(10) Fatwa No. (55).

(11) The Hadith has been related by Muslim in his "*Sahih*".

(12) International Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

(13) International Fiqh Academy Resolution No. 41(3/5).

of the profit margin and the duration will not amount to rescheduling of debt which is prohibited by Shari'ah.

- The basis for using options when buying on Murabahah is the case of Hibban Ibn Munqidh when the Prophet (peace be upon him), said to him: *"If you buy, a condition that there is no cheating and that you have a three day period for any of the goods bought. If you are satisfied, then keep it and if you are not satisfied, return it to the buyer."*⁽¹⁴⁾ The ruling on the application of option in Murabahah is endorsed by a resolution issued during the second Fiqh Forum organised by Kuwait Finance House.
- The basis for the impermissibility of a commitment fee is because such a fee is in exchange for the right to contract, which is a mere intention and wish that is not a subject of exchange.
- The basis for the impermissibility of a facility commission is because it is not allowed to receive commission in the event of giving out a loan facility itself. It is therefore a logical conclusion to disallow commission for a mere readiness to finance the customer on a deferred payment basis.
- The basis for allowing that the expenses of preparing the document of contracts between the Institution and the customer be borne by the two parties is because both parties will equally benefit from this, and moreover there is no any impermissible act involved. The basis for the permissibility that these expenses may be borne by one of the parties is because this is a form of condition that is permissible.
- The basis for the permissibility of the customer guaranteeing the good performance of the supplier is because this guarantee secures rights and does not adversely affect any rules of the Murabahah transaction.
- The basis for not allowing that the customer guarantee the risk of transportation of the goods is because the safety of the goods is the responsibility of the owner and the customer is not the owner. Hence, the owner must bear the risk since the right to profit is associated with bearing risk.
- The basis for the permissibility of *Hamish Jiddiyyah* (security deposit) is because it is a form of guarantee for any financial damage that may occur.
- The basis for the permissibility of obtaining the earnest money to secure performance is the practice of Umar Ibn Al-Khattab (may Allah be pleased

(14) The Hadith has been related by Ibn Majah, "*Sunan Ibn Majah*" [2: 789].

with him) in the presence of some companions of the Prophet, peace be upon him,⁽¹⁵⁾ which has been permitted by Imam Ahmad. A resolution has been issued in connection with the permissibility of 'Arboun (Earnest Money) by the International Islamic Fiqh Academy.⁽¹⁶⁾

Acquisition of Title to, and Possession of, the Asset by the Institution or its Agent

- The basis for the prohibition of selling a commodity before taking possession is the saying of the Prophet (peace be upon him): *“Do not sell what you own not”*⁽¹⁷⁾ and the Hadith in which the Prophet (peace be upon him) prohibits a person from selling what he does not own.⁽¹⁸⁾ The basis for preferring that the Institution appoint an agent other than the purchase orderer in case of the need to do so is to avoid a fictitious transaction that shows on paper that the acquisition is made on behalf of the Institution. This is necessary in order that the Institution appear as the real purchaser and in order to demarcate the liabilities of the parties, the liability of the Institution and the liability of the purchase orderer after the sale contract.
- The basis for the requirement that the Institution must pay the supplier directly is to avoid the risk of the contract degenerating into mere interest-based financing.
- The basis for the requirement that the liabilities of the parties -in case the Institution acquires the goods through agency- is to demarcate the two liabilities.
- The basis for the requirement that documents must be directed to the Institution is because the purchase is taking place on behalf of the institution.
- The basis for the requirement that the agent must explain to the supplier his agency status is to control the transaction and to determine the party to be referred to for the execution of the contract.

(15) The source of the Hadith has been stated earlier.

(16) Resolution No. 72 (3/8) in respect of 'Arboun (Earnest Money).

(17) The Hadith has been related by Al-Tirmidhi *“Sunan al-Tirmidhi”* [3: 534].

(18) The Hadith has been related by Al-Tabrani in *“Al-Mu’jam Al-Awsat”* [5: 66], Dar Al-Haramayn, Cairo, 1415 A.H.

- The basis for the requirement of possession before a sale contract is to ensure that the Institution becomes liable for the risk of destruction of the commodity before it is entitled to sell it.
- The basis for separating an agency contract from a Murabahah transaction is to be sure that there is no any intentional arrangement to connect the two contracts.
- The basis for the rule that constructive possession is sufficient to meet the requirement of possession and that possession is according to the nature of the items is because the Shari'ah did not state a particular form for possession. Rather this is left to the customary practices. Again, the purpose of possession is to enable one to have control over something. Therefore, any procedure that serves this objective would be regarded as possession.
- The basis for the requirement that the contract of agency be separate from the contract of sale on a Murabahah basis is because of the risk that the contracts may be connected to each other.
- The basis for the rule that the Institution bear the expenses of insurance is because these expenses follow ownership of the goods.

Conclusion of a Murabahah Contract

- The basis for the rule that the Institution is entitled to compensation in case of breach of a binding promise by the customer to buy the goods is because of the damage that may be inflicted on the Institution due to the act of the customer. This is because the customer has caused the Institution to enter into a deal that it would not have concluded in the absence of the promise. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in this respect.⁽¹⁹⁾
- The basis for the rule that the Institution's rights are limited, in case of breach of promise, to the difference between the cost of the item to the Institution and its selling price to a third party is because the lawful right in a guarantee is limited to the amount that compensates for the damage suffered and because the Institution's right to recover loss of its mark-up is irrational since there is no mark-up unless there is actually a Murabahah transaction and in this case there is no such transaction.

(19) International Islamic Fiqh Academy's resolution No. 40-41 (2/5 and 3/5).

- The basis for the requirement of transparency as to the cost price is because Murabahah is a trust related contract that requires disclosure of the amount and the currency of the cost price because a price in a deferred payment sale is higher.
- The basis for allowing normal expenses to be included in computing the selling price of the commodity is because these expenses are paid to a third party.
- The basis for entitlement of the buyer to benefit from the discount acquired by the Institution is because Murabahah is a mark-up sale. Therefore, if the previous purchasing price decreases then the cost price is the amount that remains after the discount and this price is the cost price for the purpose of the Murabahah.
- The basis for the requirement that the price and the profit in Murabahah must be determined is to avoid uncertainty and lack of knowledge.
- The basis for the requirement that the profit must be separately disclosed from the cost price and that it is not allowed to be calculated as a single amount for the customer is because Murabahah is a sale with a profit margin. Therefore, it is necessary this profit be disclosed separately to ensure that the customer will agree to it.
- The basis for the permissibility of instalment payment is because Murabahah is one of the sale contracts that are subject to spot payment, deferred payment or instalment payment. The basis for the impermissibility of requesting an additional sum of money for delay in payment is because this is the prohibited Riba.
- The basis for the permissibility of stipulating a defect exclusion item is because a buyer is entitled to require guaranteeing hidden defects which are related to the sold commodity by the seller. However, the buyer may relinquish this right by agreeing to a defect exclusion item, as stated by a number of scholars.⁽²⁰⁾
- The basis for the permissibility of stipulating that the contract would be terminated for default in payment is because the original princi-

(20) See Al-Kasani, "*Bada`i Al-Sana`i*" [5: 276]; Al-Mawwaq, "*Al-Taj Wa Al-Iklil*" [4: 439]; Al-Shirazi, "*Al-Muhadhdhab*" [1: 284]; Ibn Qudamah, "*Al-Mughni*" [4: 129]; and Al-Buhuti, "*Kashshaf Al-Qina*" [3: 228].

ple in respect to stipulations is validity and permissibility. In addition, this item does not render permissible an impermissible act or prohibit a permissible act. Hence, this item falls under the Hadith that says: *“Muslims are bound by the conditions they made, except a condition that renders permissible an impermissible act or prohibits a permissible act.”*⁽²¹⁾

Guarantees in Murabahah and Treatment of Murabahah Receivables

- The basis for the condition that all instalments will become due if there is delay in payment is the Hadith of the Prophet, peace be upon him: Muslims are bound by the conditions they made, and because payment on a deferred basis is the right of the buyer, and the buyer may choose to pay before time and relinquish the deferral of the date of payment entirely or make payment of all instalments contingent on default on payment of one instalment.
- The basis for demanding collateral to secure payment is because such a requirement does not affect the contract; rather, it consolidates performance and such guarantees are relevant to contracts involving credit.
- The basis for not allowing a stipulation that delays transfer of ownership is because such a stipulation is against the effect of a sale contract, which is immediate transfer of ownership. The basis for allowing the Institution to hold up registering the commodity in the name of the customer until payment is realised is that such an action does not affect the transfer of ownership to the buyer.
- The basis for the permissibility of stipulating a condition, whereby the debtor in case of default is obliged to donate a sum of money in addition to the amount of the debt to be spent by the Institution on charitable causes, is because this has been considered as an instance of the commitment to make a donation, which is well established in the Maliki school of law. This

(21) This Hadith has been reported by number of the companions. It has been related by Ahmad in his *“Musnad”* [1: 312]. Ibn Majah through a good chain of transmission in his *“Sunan”* [2: 783], Mustafa Al-Babi Al-Halabi edition, Cairo, 1372 A.H./1952 A.D.; Al-Hakim in his *“Mustadrak”*, Hyderabad edition, India, 1355 A.H.; Al-Bayhaqi in his *“Sunan”* [6: 70 and 156] and [1: 133], Hyderabad edition, India, 1355 A.H.; and Al-Daraqutni in his *“Sunan”* [4: 228] and [3: 77], Dar Al-Mahasin Lil-Tiba'ah edition, Cairo, 1372 A.H./1952 A.D.

is the opinion of Abu Abdullah Ibn Nafi' and Muhammad Ibn Ibrahim Ibn Dinar, among the Maliki jurists.⁽²²⁾

- The basis for the prohibition of additional payment over the principal debt in consideration for extension of time is because such action is a pre-Islamic form of Riba.
- The basis for the permissibility of discount or rebate for earlier payment is because discount for early payment is a form of settlement between the creditor and the debtor to pay less than the amount of the debt. This is among the settlement that are endorsed by Shari'ah as stated in the case of Ubay Ibn Ka'b (may Allah be pleased with him) and his debtor where the Prophet (peace be upon him) suggested to him in words: "*write off a portion of your debt.*"⁽²³⁾ The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in support of this rule.⁽²⁴⁾
- The basis of the permissibility of payment of debt in another currency is that this would entail the settlement of the debt by discharging it. This does not involve any prohibited transaction pertaining to debts either with regard to sale or purchase.

As for some of the forms mentioned in the standard, there are texts to support them, inter alia, the Hadith reported on the authority of Ibn Umar (may Allah be pleased with him) who said: "I have met the Prophet (peace be upon him) at the house of Hafsa (may Allah be pleased with her), and I said to him: 'O Prophet of Allah, I would like to ask you: 'I sell a camel in Al-Baqi' for a price quoted in dinar but I take dirham, and I sell for a price quoted in dirham but I take dinars, I take this from this and I give this from this.' The Prophet (peace be upon him) replied: '*There is no objection to your taking the other currency based on the price of the day, provided you do not leave each other with something remaining owed as a debt between you.*'"⁽²⁵⁾ Some of the forms in the standard are a kind of set-off and this is permissible.

(22) See the book entitled: "*Tahrir Al-Kalam Fi Masa'il Al-Iltizam*" by Al-Hattab. This rule has been endorsed by the resolutions and recommendations of the Fourth Fiqh Forum organized by the Kuwait Finance House.

(23) The Hadith has been related by Al-Bukhari: "*Sahih Al-Bukhari*" [1: 179] and [2: 965].

(24) The International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 64 (7/2).

(25) Related by Abu Dawud, Al-Tirmidhi, Al-Nassa'i, Ibn Majah and Al-Hakim, who deemed it a sound Hadith. Al-Dhahabi agreed with Al-Hakim. It was also narrated without a chain of narrators, quoting only Ibn Umar: "*Al-Talkhis Al-Habir*" [3: 26].

Appendix (E)

Definitions

Murabahah

It is the sale of a commodity by an institution to its customer (the purchase orderer) as per the purchasing price/cost with a defined and agreed profit mark-up (as set out in the promise/*Wad'*), in which case it is called a banking Murabahah. The banking Murabahah involves deferred payment terms, but such deferred payment is not one of the essential conditions of such transaction, as there is also a Murabahah arranged with no deferral of payment. In this case, the seller only receives a mark-up that only includes the profit for a spot sale and not the extra charge it would, otherwise, receive for deferral of payment.

Commitment Fee

A commitment fee is the percentage or amount which the Institution takes from the customer to start processing the transaction even though a sale contract may not be concluded).

'Arboun

The term 'Arboun means an amount of money that the customer as purchase orderer pays to the Institution after concluding the Murabahah sale, with the provision that if the sale is completed during a prescribed period, the amount will be counted as part of the price. If the customer fails to execute the Murabahah sale, then the Institution may retain the whole amount.

Syndicated Financing

A syndicated financing is a partnership relationship for financing a particular project which two or more parties has interest to finance. They will distribute the profit or revenue as per agreement. In other words, syndicated financing is the acceptance of a number of companies (financial Institutions) to enter into a joint investment transaction through one of the permissible investment instruments with an understanding that one of the

Shari'ah Standard No. (9)

**Ijarah and Ijarah
Muntahia Bittamleek***
(Revised Standard)

* This standard was previously issued by the title "Shari'ah Rules for Investment and Financing Instruments No. (2) Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek. It was reissued as a Shari'ah standard based on the resolution of the Shari'ah Board to reformat all Shari'ah Rules in the form of Shari'ah Standards.

Contents

| Subject | Page |
|---|-------------|
| Preface | 237 |
| Statement of the Standard | 238 |
| 1. Scope of the Standard | 238 |
| 2. Promise to Lease (an Asset) | 238 |
| 3. Acquisition of the Asset to Be Leased, or Its Usufruct, by the Institution | 239 |
| 4. Concluding an Ijarah Contract and the Forms of Ijarah..... | 241 |
| 5. Subject Matter of Ijarah | 243 |
| 6. Guarantees and Treatment of Ijarah Receivables | 246 |
| 7. Changes to the Ijarah Contract..... | 247 |
| 8. Transfer of the Ownership in the Leased Property in Ijarah Muntahia Bittamleek..... | 249 |
| 9. Date of Issuance of the Standard..... | 251 |
| Adoption of the Standard | 252 |
| Appendices | |
| Appendix (a): Brief History of the Preparation of the Standard..... | 253 |
| Appendix (b): The Shari'ah Basis for the Standard..... | 256 |
| Appendix (c): Definitions..... | 266 |

IN THE NAME OF ALLAH, THE ALL-MERCIFUL, THE MOST MERCIFUL

All praise be to Allah, the Lord of all the worlds, and blessings and peace be upon our master, Muhammad, and his household and all his companions

Preface

This standard outlines the basis of the Shari'ah rulings on Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek, beginning with the rules relating to the promise to lease, if any, and concluding with the rules of repossession of the leased property in an operating Ijarah by the lessor or transferring its ownership in case of Ijarah Muntahia Bittamleek, within or by the end of the lease term. The Standard also aims to outline the Shari'ah requirements that must be observed by Islamic financial Institutions (Institution/Institutions)⁽²⁾ with respect to Ijarah transactions.

(2) The word (Institution/Institutions) is used here to refer, in short, to Islamic financial institutions including Islamic Banks.

Statement of the Standard

1. Scope of the Standard

This standard covers operating leases of properties or Ijarah Muntahia Bittamleek, whether the Institution is the lessor or the lessee.

This standard does not cover *Sukuk al-Ijarah*, as they are covered by Shari'ah Standard on Investment Sukuk, nor the employment of persons (labour contract), as it is covered by a separate standard.

2. Promise to Lease (an Asset)

2/1 In principle, an Ijarah contract is executed for an asset owned by the lessor or an usufruct owned by the sub-lessor. However, it is for a customer to request an Institution to acquire the asset or to acquire the usufruct of an existing asset which the customer wishes to take on lease.

2/2 In principle, Ijarah may be effected directly on the asset without any requirement of a preceding master agreement. However, it is permissible to have a master agreement drawn up covering a number of Ijarah transactions between the Institution and the customer, setting out the general terms and conditions of agreement between the two parties. In this case, there may either be a separate lease contract for each transaction, in a specific written document signed by the two parties, or alternatively the two parties may exchange notices of offer and acceptance by referring to the terms and conditions contained in the master agreement.

2/3 It is permissible for the Institution to require the customer who has promised to lease to pay a sum of money to the Institution to ensure the customer's seriousness in accepting a lease on the asset and the subsequent obligations, provided no amount is to be deducted from

this sum except in proportion to the actual damage suffered by the Institution in case the customer does not fulfil his promise. Thus, if the customer, in case of Ijarah associated with a promise to transfer ownership, breaches his promise, the promisor shall be charged either the difference between the cost of the asset intended to be leased and the total lease rentals for the asset which is leased on the basis of Ijarah Muntahia Bittamleek to a third party, or, in case of operating Ijarah, the promisor breaching his promise shall be charged the difference between the cost of acquisition and the total selling price if sold to a third party by the Institution (promisee). Otherwise; i.e., in case it is not sold, the promisee shall not be entitled to receive any compensation.

- 2/4 The amount of money deposited by the customer as security for his commitment can be either held on trust in the custody of the Institution in which case the latter cannot invest it, or it may be held on an investment trust basis in which case the customer permits the Institution to invest it on the basis of Mudarabah between the customer and the Institution. It is permissible to agree with the customer, upon the execution of the contract of lease, that this amount shall be treated as an advance payment of the instalments of the lease rental.

3. Acquisition of the Asset to Be Leased, or Its Usufruct, by the Institution

- 3/1 For the permissibility of an Ijarah contract concerning a specified asset, the lease contract should be preceded by acquisition of either the asset to be leased or the usufruct of that asset.

3/1/1 If the asset or the usufruct thereof is owned by the Institution, which should in principle be the case, an Ijarah contract may be executed as soon as agreement is reached by the two parties.

3/1/2 However, if the asset is to be acquired by the customer [see item 3/2 below], or by a third party, the Ijarah contract shall not be executed unless and until the Institution has acquired that asset.

Ownership is possible under a sale contract, even if the title is not registered in the purchaser's name (the Institution), and the purchaser has the right to obtain a counter-deed to establish the actual transfer of his ownership of the asset. [see item 3/5 below]

- 3/2 An asset may be acquired by a party and then leased to that party. In this case, the Ijarah transaction should not be stipulated as a condition of the purchase contract by which the Institution acquires the asset.
- 3/3 A lessee of an asset may enter into a sub-lease contract with a party other than the owner for a rental that is either the same, lower or higher, payable either currently or on a deferred basis, unless the owner stipulates that the lessee should not assign or sublet the property to third parties, or should not do so without his approval.
- 3/4 The lessee may lease the asset back to its owner in the first lease period for a rental that is lower, same or higher than what he is paying, if the two rentals are paid on a spot basis. However, this is not permissible if it should lead to contract of 'Inah, by varying the rent or the duration. For example, it is not permissible, if the first rental is one hundred dinars payable on a spot basis, for the lessee to sublet it to the lessor for one hundred and ten dinars payable on a deferred basis, or if the first rental is one hundred and ten dinars payable on a deferred basis, for the second to be for one hundred dinars payable instantly, or if the two rentals are of the same amount, but the payment of the first rental is deferred for one month and the second rental is deferred for two months.
- 3/5 An Ijarah contract may be executed for an asset undertaken by the lessor to be delivered to the lessee according to accurate specifications, even if the asset so described is not owned by the lessor. In this case, an agreement is reached to make the described asset available during the duration of the contract, giving the lessor the opportunity to acquire or to produce it. It is not a requirement of this lease that the rental should be paid in advance as long as the lease is not executed according to the contract of Salam (or Salaf). Should the lessee receive

an asset that does not conform to the description, then he is entitled to reject it and demand an asset that conforms to the description.

3/6 An Institution's customer may jointly acquire an asset that he wishes to lease with the Institution, and then lease the Institution's share of the asset from the Institution. In this case, the rental specified as receivable by the Institution should only be in proportion to its share in the ownership of the asset, since the lessee is a co-owner of the asset and therefore has to pay rent only on the share that he does not own.

3/7 An Institution may appoint one of its customers to act as its agent in acquiring on its behalf an asset that is desired by that customer such as equipment, machinery, etc., whose description and price are fixed with a view to the Institution's leasing such asset or assets to the customer after it has acquired their ownership through either actual or constructive possession. Although this type of agency (for the purchase of the assets) is permissible, it is always preferred that the agent is someone other than the customer (prospective lessee) as far as possible.

4. Concluding an Ijarah Contract and the Forms of Ijarah

4/1 Signature of the contract and the consequences thereof

4/1/1 The lease contract is a binding contract which neither party may terminate or alter without the other's consent [see items 5/2/2, 7/2/1, and 7/2/2]. However, an Ijarah contract may be terminated in accordance with item 7/2/1.

4/1/2 The duration of an Ijarah contract must be specified in the contract. The period of Ijarah should commence on the date of execution of the contract, unless the two parties agree on a specified future commencement date, resulting in a future Ijarah, that is, an Ijarah contract to be executed at a future date.

4/1/3 If the lessor fails to deliver the asset to the lessee on the date specified in the Ijarah contract, no rental is due for the period

between the date specified in the contract and the date of actual delivery, and the rental should be reduced accordingly, unless it is agreed that the lease be extended by an equivalent period after its original expiry date.

4/1/4 'Arboun (Earnest Money) may be taken in respect of lease at the execution of the contract of lease, with the lessee having the right to terminate the contract during a specified period of time, and 'Arboun is treated as an advance payment of the rental. If the Ijarah contract is not executed for a reason attributable to the lessee, the lessor may retain the 'Arboun. However, it is preferable for the Institution to forgo any amount in excess of the actual damage it has suffered. [see para. 3/2]

4/2 Forms of the Ijarah contract

4/2/1 Ijarah contracts may be executed in respect of the same asset for different periods for several lessees, provided that two contracts are not executed in respect of the same asset for the same period. Such an arrangement is called "successive leases", because each Ijarah is considered as being successive to the previous one and not concurrent with it on the basis of its being a future Ijarah. [see item 4/1/2 above]

4/2/2 If the lessor signs an Ijarah contract for a particular asset for a specified period of time, he cannot sign another Ijarah contract with another lessee for the duration of the existing Ijarah period or for any remaining period thereof. [see item 7/1/2 below]

4/2/3 An Ijarah contract may be signed with several lessees being entitled to the same specified usufruct of a particular asset and duration of rent, without specifying a particular period of time for a particular person. In this case, each lessee may benefit from the property during the time assigned to him in accordance with specified rules. This case is one form of Muhaya`ah (time-sharing) in benefiting from the usufruct.

4/2/4 A lessee may invite others to share with him in the usufruct he owns. In this case, they become co-owners in the usufruct of the leased property. This can only be done before entering into a sub-lease. If the property is sub-leased after the co-owners having owned the usufruct each co-owner is entitled to a share in the sub-lease rental pro rata to his share in the usufruct.

5. Subject Matter of Ijarah

5/1 Rules governing benefit and leased property

- 5/1/1 The leased asset must be capable of being used while preserving the asset, and the benefit from an Ijarah must be permissible by Shari'ah. For example, a house or a chattel may not be leased for the purpose of an impermissible act by the lessee, such as leasing premises to be used as headquarters by an Institution dealing in interest or to a shopkeeper for selling or storing prohibited goods, or leasing a vehicle to transport prohibited merchandise.
- 5/1/2 The subject matter of Ijarah may be a share in an undivided asset held in common with the lessee, whether the lessee is a partner with the lessor or not. In this case the lessee may benefit from the leased share in the same way in which the lessor used to benefit from it, i.e., by usufruct division based on Muhāya'ah i.e. by identifying a particular time (time-sharing) or a particular part of the property, used alternately by the co-owners, or any other means with consent of the other partner.
- 5/1/3 An Ijarah contract may be executed for a house or a chattel, even with a non-Muslim, if the use to be made of it is permissible, such as a house for residential purposes, a car for transport, or a computer to store data, unless the lessor knows in advance, or has reason to presume, that the use of the asset to be leased will be for an impermissible purpose.
- 5/1/4 The lessee must use the leased asset in a suitable manner or in conformity with common practice, and comply with conditions which are acceptable in Shari'ah. He must also avoid causing

damage to the leased asset by misuse through misconduct or negligence.

- 5/1/5 The lessor must accept responsibility for any defects of the leased asset which impair the intended use of the asset, and may not exclude his liability for any impairment that the leased asset may sustain, either by his own doing or as a result of events outside his control, which affect the benefits intended to be available under the Ijarah contract.
- 5/1/6 If the benefit from the leased asset is impaired wholly or partially as a result of the lessee's misconduct, while the property remains under lease, the lessee is obliged to restore or repair the usufruct, and rent for the time during which the benefit is lost is not to be waived.
- 5/1/7 The lessor may not stipulate that the lessee will undertake the major maintenance of the asset that is required to keep it in the condition necessary to provide the contractual benefits under the lease. The lessor may delegate to the lessee the task of carrying out such maintenance at the lessor's cost. The lessee should carry out operating or periodical (ordinary) maintenance.
- 5/1/8 The leased asset is the responsibility of the lessor throughout the duration of the Ijarah, unless the lessee commits misconduct or negligence. The lessor may take out permissible insurance on it whenever possible, and such insurance expenses must be borne by the lessor. The lessor may take this into account implicitly when the lease rental is to be fixed. However, he may not, after the contract is signed, charge the lessee any cost in excess of the cost anticipated at the time of fixing the rent. The lessor may also delegate to the lessee the task of taking out insurance at the lessor's expense.

5/2 Rules governing lease rentals

- 5/2/1 The lease rental may be in cash or in kind (goods) or benefit (service). The rental must be specified, either as a lump sum

covering the duration of the Ijarah contract, or by instalments for parts of the duration. It may also be for a fixed or variable amount, according to whatever designated method the two parties agree upon. [see item 5/2/3 below]

- 5/2/2 The rental is made obligatory by the contract and the lessor's entitlement to the rental runs from the time when the lessee starts to benefit from the asset or once the lessor makes the usufruct of the asset available to the lessee, and the entitlement to the rental does not necessarily commence on the date of signing the Ijarah contract. The rental may be paid entirely in advance or in instalments during a period equivalent, or more or less, to the duration of the Ijarah. However, if the asset is made available only after a period longer than what customary practices deem proper, then no payment shall be obligatory.
- 5/2/3 In case the rental is subject to changes (floating rental), it is necessary that the amount of the rental of the first period of the Ijarah contract be specified in lump sum. It is then permissible that the rentals for subsequent periods be determined according to a certain benchmark. Such benchmark must be based on a clear formula which is not subject to dispute, because it becomes the determining factor for the rentals of the remaining periods. This benchmark should be subject to a ceiling, on both maximum and minimum levels.
- 5/2/4 It may be agreed that the rental should consist of two specified parts: one to be paid or transferred to the lessor and the other to be held by the lessee to cover any expenses or costs approved by the lessor, such as the cost of major maintenance, insurance, etc. The excess of the second part of the rental shall be treated as an advance to the lessor on account, while the lessor shall bear any shortage.
- 5/2/5 The amendment of future rentals is permissible by the agreement of both parties, i.e. the periods for which the lessee has not yet received any benefit. The rentals of any previous periods which

have not yet been paid become a debt owed to the lessor by the lessee, and therefore cannot be increased.

6. Guarantees and Treatment of Ijarah Receivables

- 6/1 Permissible security, of all kinds, may be taken to secure the rental payments or as a security against misuse or negligence on the part of the lessee, such as a charge over assets, guarantees or an assignment of rights over assets of the lessee held by third parties, even if such rights are a permissible life or property insurance indemnity in favour of the lessee.
- 6/2 The two parties may agree that the rental be paid fully in advance. It is also permissible to make the rent payable in instalments, in which case the lessor may stipulate that the lessee should immediately pay the remaining instalments if he, after receiving a specified period of due notice, delays, without a valid reason, payment of one instalment or more, provided that the asset shall be made available for the lessee to use for the remaining period of time. Any stipulated upfront rental or accelerated -because of delay of payment- rental is subject to settlement at the end of the Ijarah period or, if the Ijarah contract is terminated earlier, at the time of such termination. Any extension of time by the lessor after the stipulated time for prompt payment is considered as a consent to deferral of payment throughout the extension period and not a right of the lessee, subject always to item 5/2/2 above.
- 6/3 No increase in the rental due may be stipulated by the lessor in case of delay in payment by the lessee.
- 6/4 It may be provided in the contract of Ijarah or Ijarah Muntahia Bittamleek that a lessee who delays payment for no good reason undertakes to donate a certain amount or percentage of the rental due in case of late payment. Such donation should be paid to charitable causes under the co-ordination of the Institution's Shari'ah Supervisory Board.
- 6/5 In case of foreclosure of the security provided by the lessee, the lessor may deduct from such amounts only what is due in respect

of rental for previous periods, and not all rental instalments, including instalments which have not yet fallen due and in respect of periods for which the lessee has not had the benefit of the leased asset. The lessor may also deduct from the security all legitimate compensations necessitated by the lessee's breach of contract.

7. Changes to the Ijarah Contract

7/1 Selling of or damage to the leased asset

7/1/1 If the lessor sells the leased asset to the lessee, the Ijarah contract is terminated due to the transfer of the ownership of the leased asset and ownership of usufruct to the lessee.

7/1/2 The lessor may sell the leased asset to a third party other than the lessee, and the title to the asset together with the rights and obligations of the lessor under the Ijarah contract is thereby transferred to the new owner, because the asset and the rights and obligations attached to it become the right of the third party. The lessee's consent is not necessary when the lessor decides to sell the asset to a third party. If the purchaser does not know about the Ijarah contract, he may terminate the sale contract, but if he knows about it and consents to it, he takes the place of the previous owner in his entitlement to the rental for the remaining period.

7/1/3 In case of total destruction of the leased asset, the Ijarah contract is terminated if it is concluded on an identified asset. In such a case, it may not be stipulated that the rest of the instalments should be paid.

7/1/4 The leased asset in the possession of the lessee is held by the lessee in a fiduciary capacity on behalf of the lessor. The lessee will not be held liable for any damage or destruction of the leased asset unless such damage or destruction is a result of misconduct or negligence on the part of the lessee. In this case, he is obliged to replace the asset if it is replaceable; otherwise, he is liable for the amount of the damage to be determined by valuation.

7/1/5 In case of the partial destruction of the leased asset in a manner that impairs the benefits expected from the leased asset, the lessee may terminate the Ijarah contract. Both he and the lessor may also agree to amend the rental in case of partial destruction of the leased property, if the lessee waives his right to termination. The lessor in this case is not entitled to rent for the period during which the lessee was not able to benefit from the asset unless the lessor makes it up (by agreement with the lessee) with a like benefit after the expiry of the period specified in the contract. [see para. 5/1/6]

7/1/6 In an *Ijarah Mawsufah fi al-Dhimmah* (contract for an unidentified asset undertaken by the lessor to be delivered according to the agreed specifications), the owner in cases of total and partial destruction must offer an alternative asset having a specification similar to that of the destroyed asset, unless otherwise agreed at the time. The Ijarah shall continue for the remaining time of the contract. If it is not possible to provide a substitute asset, the contract will be terminated. [see item 3/5]

7/1/7 If the lessee stops using the leased asset or returns it to the owner without the owner's consent, the rental will continue to be due in respect of the remaining period of the Ijarah, and the lessor may not lease the property to another lessee for this period, but must keep it at the disposal of the current lessee unless the lessee relinquishes to the lessor the remaining period of time, in which case the lease expires. [see item 7/2/1 below]

7/2 Termination, expiry and renewal of the Ijarah contract

7/2/1 It is permissible to terminate the lease contract by mutual consent but it is not permissible for one party to terminate it except in case of force majeure or there is a defect in the leased asset that materially impairs its use. Termination is also possible when one party secures an option to terminate the contract in which case the party who holds the option may exercise it during the specified period.

- 7/2/2 The lessor may stipulate that the Ijarah contract be terminated if the lessee does not pay the rent or fails to pay it on time.
- 7/2/3 An Ijarah contract does not terminate with the death of either party thereto. However, the heirs of the lessee may terminate the Ijarah contract if they can prove that the contract has become, as a result of the death of their legator, too onerous for their resources and in excess of their needs.
- 7/2/4 An Ijarah contract expires with the total destruction of the leased asset in the case of leasing a specific asset or with the inability to enjoy the usufruct owing to the loss of the benefit that the asset was intended to provide.
- 7/2/5 The two parties may terminate the Ijarah contract before it begins to run.
- 7/2/6 The lease expires upon the expiry of its term, but it may remain operative for a good cause, such as the late arrival to the place intended in the lease of transportation vehicles, and in the case of a late harvesting period for land leased for crop cultivation. The lease then continues with the rental based on the prevailing market value. An Ijarah may be renewed for another term, and such renewal may be made before the expiry of the original term or automatically by adding a provision in the new contract for such renewal when the new term starts, unless either party serves a notice on the other of its desire not to renew the contract.

8. Transfer of the Ownership in the Leased Property in Ijarah Muntahia Bittamleek

- 8/1 In Ijarah Muntahia Bittamleek, the method of transferring the title in the leased asset to the lessee must be evidenced in a document separate from the Ijarah contract document, using one of the following methods:
- a) By means of a promise to sell for a token or other consideration, or by accelerating the payment of the remaining amount of rental, or by paying the market value of the leased property.

- b) A promise to give it as a gift (for no consideration).
- c) A promise to give it as a gift, contingent upon the payment of the remaining instalments.

In all these cases, the separate document evidencing a promise of gift, promise of sale or a promise of gift contingent on a particular event, should be independent of the contract of Ijarah Muntahia Bittamleek and cannot be taken as an integral part of the contract of Ijarah.

- 8/2 A promise to transfer the ownership by way of one of the methods specified in item 8/1 above is a binding promise by the lessor. However, a binding promise is binding on one party only, while the other party must have the option not to proceed. This is to avoid a bilateral promise by the two parties which is Shari'ah impermissible because it resembles a concluded contract.
- 8/3 In all cases of transfer of ownership by way of gift or sale, it is necessary, when the promise is fulfilled, that a new contract be drawn up, since the ownership to the property is not automatically transferred by virtue of the original promise document that was drawn up earlier.
- 8/4 In case the Ijarah contract is combined, through a separate document, with a gift contingent upon the condition that the remaining rent instalments be paid, the ownership to the leased property is transferred to the lessee if the condition is fulfilled, without the need for any other procedure to be adopted or a document to be signed. However, if the lessee's payment is short of even one instalment, the ownership to the property is not transferred to him, since the condition has not been fulfilled.
- 8/5 If the leased asset was purchased from the lessee before it was leased back to the lessee on the basis of Ijarah Muntahia Bittamleek, a (reasonable) period of time, between the lease contract and the time of the sale of the asset to the lessee, must have expired, to avoid the contract of 'Inah. This period must be long enough so that the leased property or its value could have changed. This shall

also apply to the case of early ownership of the asset where a sale contract is concluded during the Ijarah. [see para. 7/1]

- 8/6 Subject to item 8/8 below, the rules governing Ijarah must apply to the Ijarah Muntahia Bittamleek, i.e. when a promise is made by the lessor to transfer the ownership in the leased asset to the lessee. None of these rules should be breached under the pretext that the leased asset was bought by the lessor on the basis of a promise by the lessee that he would acquire it or that ownership of it would devolve upon him, or that he would pay rentals in excess of those payable in respect of a similar property which are similar in amount to the instalments of an instalment sale, or that local laws and conventional banking practices consider such a transaction as an instalment sale with a deferred transfer of the ownership.
- 8/7 Transfer of the ownership in the leased property cannot be made by executing, along with the Ijarah, a sale contract that will become effective on a future date.
- 8/8 If the leased asset is destroyed or if the continuity of the lease contract becomes impossible up to the expiry period without the cause being attributable to the lessee in either case, then the rental is adjusted based on the prevailing market value. That is, the difference between the prevailing rate of rental and the rental specified in the contract must be refunded to the lessee if the latter rental is higher than the former. This is to avoid loss to the lessee, who agreed to a higher rental payment compared to the prevailing rate of rental in consideration of the lessor's promise to pass the title to him upon the expiry of the lease term.

9. Date of Issuance of the Standard

This Standard was issued on 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 16 May 2002 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah standard for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (4) held on 25-27 Safar 1421 A.H., corresponding to 29-31 May 2000 A.D.

In its meeting No. (8) held in Mecca on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H. corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board readopted a resolution to reformat the Shari'ah rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek in the form of a Shari'ah standard.

Appendix (A)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (1) held on 11 Dhul-Hajjah 1419 A.H., corresponding to 27 February 1999 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of the Shari'ah rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek.

On Tuesday 13 Dhul-Hajjah 1419 A.H., corresponding to 30 March 1999 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee decided to commission a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft on the Shari'ah Rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek.

In its meeting held on 13-14 Rajab 1420 A.H., corresponding to 22-23 October 1999 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah Rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bitamleek, and asked the consultant to make the amendments in light of the comments made by the members.

The revised exposure draft of the Shari'ah Rules was presented to the Shari'ah Board in its meeting No. (3) held in Mecca on 10-15 Ramadan 1420 A.H., corresponding to 18-22 December 1999 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the Shari'ah Rules and decided that it should be distributed to specialists and interested parties in order to obtain their comments in order to discuss them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain on 29-30 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 4-5 April 2000 A.D. The public hearing was attended by more than 30 participants representing central Institutions, accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others who are interested in this field. The members responded to the written comments that were sent prior

to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Shari'ah Standards Committee and the Fatwa and Arbitration Committee held a joint meeting on 21-23 Muharram 1421 A.H., corresponding to 26-28 April 2000 A.D., to discuss the comments made about the Shari'ah Rules. The committee made the amendments which it considered necessary in light of the discussions that took place in the public hearing.

The Shari'ah Board in its meeting No. (4) held on 25-27 Safar 1421 A.H. corresponding to 29-31 May 2000 A.D., in Al-Madinah Al-Munawwarah discussed the amendments made by the Shari'ah Studies Committee and the Fatwa and Arbitration Committee, and made the amendments which it considered necessary. Some paragraphs of the standard were adopted in the name of Shari'ah Rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board, while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

In its meeting No. (7) held on 9-13 Ramadan 1422 A.H. corresponding to 24-28 November 2001 A.D., in Makkah Al-Mukarramah, the Shari'ah Board decided to convert all Shari'ah rules for Investments and Financing to Standards and a committee was formed for this purpose.

In its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H. corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board adopted the reformatting of Shari'ah Rules for Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek in the name of Shari'ah Standard No. (9) on Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek. The committee did not make any changes to the substance.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the standard in its meeting held in Rabi' II, 1433 A.H. corresponding to March 2012 A.D., in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

Shari'ah Standard No. (9): Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek

In its meeting No. (39) held in the Kingdom of Bahrain on 13-15 Muharram 1435 A.H., corresponding to 6-8 November 2014 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved necessary amendments, and the standard was adopted in its current amended version.

Appendix (B)

The Shari'ah Basis for the Standard

Permissibility of Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek

- Ijarah derives permissibility from the Qur'an, the Sunnah, consensus of Fuqaha and Ijtihad (reasoning).
- On the level of the Qur'an, Allah, the Almighty, says: *{“said one of them ‘O my father engage him on wages’}*,⁽³⁾ and *{“if you had wished, surely you could have exacted some recompense for it”}*.⁽⁴⁾
- The authority for the permissibility of Ijarah in the Sunnah is the saying of the Prophet (peace be upon him): *“Whoever hired a worker must inform him of his wages”*,⁽⁵⁾ and his saying: *“Give a worker his wages before his sweat (body odour) is dried”*.⁽⁶⁾
- The permissibility of Ijarah also generated consensus among the legal community. The Ijarah is also acceptable by reasoning because it is a convenient means for people to acquire right to use assets that they do not own since not all people may be able to own tangible assets.
- The Ijarah Muntahia Bittamleek, on the other hand, is not different in its rules from an ordinary Ijarah, except that it is associated with a promise by the lessor to transfer ownership at the end of the Ijarah term. The permissibility of this form of Ijarah is confirmed by the resolution of International Islamic Fiqh Academy which explained the impermissible and the permissible forms of Ijarah Muntahia Bittamleek.⁽⁷⁾
- It must be noted that the permissible Ijarah Muntahia Bittamleek is different from hire-purchase as commonly practised by the conventional

(3) [Al-Qasas (The Narrative): 26].

(4) [Al-Kahf (The Cave): 77].

(5) This Hadith has been related by Ibn Majah in his *“Sunan”* [2: 817]; and Al-Haythami in *“Majam’ Al-Zawa’id”* [4: 98].

(6) This Hadith has been reported by Ibn Majah in his *“Sunan”* [2: 817]; and Al-Tabrani in *“Al-Mu’jam Al-awsat”*; and Al-Haithami in *“Majam’ Al-Zawa’id”* [4: 98].

(7) Resolution of the International Islamic Fiqh Academy No. 110 (4/12).

banks in the following respects. In hire-purchase, the terms and provisions of sale and leasing are applied to the subject matter at the same time, and subsequently the ownership of the subject matter is transferred to the lessee (buyer), once he pays the last instalment without the need for a separate contract for the transfer of ownership. In the permissible Ijarah Muntahia Bittamleek, on the other hand, the provisions governing Ijarah are applied to the leased asset until the end of the Ijarah term, after which the lessee obtains ownership of the asset in the manner explained in this Standard.

- It must be noted also that the Ijarah contract intended in this Standard is the lease of tangible assets (chattels or property), which is a contract giving a legal title to legitimate and identified usufruct for a defined period of time in exchange for a legitimate and determined consideration.

Promise to Lease an Asset

The basis for allowing the Institution to demand payment of money by a party who has promised to take the property as lessee is the need to confirm the commitment of the promissor. This is because a binding promise has financial implications if the promissor retracts the promise. The request for payment of a commitment fee is to cater for financial damage that the Institution may have incurred as a result of the promissor taking back the promise or defaulting in payment. The unified Shari'ah Supervisory Board of Al Baraka issued a Fatwa in respect to *Hamish Jiddiyyah* (security deposit) in Murabahah.⁽⁸⁾ This ruling is also applicable to Ijarah.

Acquisition of the Asset to be Leased, or Its Usufruct, by the Institution

- The basis for not allowing the leasing of an asset that is not owned by the lessor is the Hadith that prohibits one from selling what he does not own,⁽⁹⁾ and Ijarah proper is a sale of usufruct. The basis for allowing the leasing back of an asset to the person from whom the asset was acquired is because such a transaction does not involve any 'Inah sale.
- The basis for not allowing a simultaneous combination of Ijarah and sale is because making purchase contracts contingent upon leasing contracts is impermissible by an explicit text in the view of a number

(8) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 110 (4/12).

(9) Fatwa of Unified Shari'ah Board of Al Baraka No. (9/10).

of jurists. This is prohibited by a well-known Hadith which prohibits two sales in one sale.⁽¹⁰⁾

- The basis for the permissibility of sub-leasing when the lessor has allowed it is because the lessee has ownership of the usufruct by virtue of the Ijarah contract, in which case he is entitled to transfer such usufruct for consideration as he deems fit. The basis for impermissibility of sub-leasing when the lessor has not allowed it is because the ownership of usufruct by the lessee is limited in which case the lessee is obliged to consider any limitations on this ownership.
- The basis for the permissibility of leasing a property on the basis of specifications even if the lessor does not own it is that this will not lead to dispute, in which case it is similar to a Salam contract. However, in this case the lessor should not request advance payment of the rentals according to one of the views of the Shafi'is and Hanbalis.
- The basis for preferring that the agent who purchases on behalf of the Institution be someone other than the customer (lessee) is to avoid fictitious transactions and to demonstrate the genuine role of the Institution in making the usufruct of the asset available to the lessee.

Contract of Ijarah

- The basis for the binding nature of an Ijarah contract is because Ijarah is one of the contracts for transferring ownership that depends on an exchange of counter-values. The Shari'ah principle is that these contracts are binding because of the Saying of Allah, the Almighty: {“.. **Fulfil (your) obligations...**”}.⁽¹¹⁾ The basis for allowing cancellation of an Ijarah contract due to contingencies is because without the right to cancel the Ijarah contract the lessee would waste money by paying rent for unneeded usufruct due to an event of which he did not contribute to the occurrence.
- The basis for requiring a designated term for the lease is because without such a designated term there would be an uncertainty that might lead to dispute. The basis for allowing an Ijarah contract take effect based on

(10) The Hadith has been related by Abu Dawud in his “*Sunan*” [3: 283].

(11) The Hadith has been related by Ahmad, Al-Nasa'i and Al-Tirmidhi. Al-Tirmidhi authenticated the Hadith: see, “*Nayl Al-Awtar*” [5: 248].

future events is because Ijarah is, unlike a sale contract, a contract that involves time and for this it is relevant that it be contingent on future events.

- The basis for the permissibility of obtaining 'Arboun (Earnest Money) to secure performance is the practice of Umar Ibn Al-Khattab (may Allah be pleased with him) in the presence of some companions of the Prophet (peace be upon him). This practice is also permitted by Imam Ahmad. A resolution has been issued in connection with the permissibility of 'Arboun (Earnest Money) by the International Islamic Fiqh Academy.⁽¹²⁾
- The basis for the impermissibility of re-leasing after the lease of the asset is that under the first contract, the usufruct of the asset no longer belongs to the owner, and a new contract may not be signed with another lessee before the contract with the first lessee is terminated. Hence, this form of Ijarah is not suitable as an investment instrument, because it constitutes an impermissible sale of the rent receivable pursuant to providing new lessees with an asset already leased out to the existing lessee. The form just described is different from the transfer, by the owner, of the ownership of the leased assets to an investor, so that the latter takes his place, wholly or partially, with regard to the ownership of all or some parts of the assets, as well as in the ownership of the usufruct of, and entitlement to his share of the rent from, those assets. Al Baraka Forum has issued a resolution disallowing multiple leases of the same asset after the first Ijarah contract.⁽¹³⁾
- The basis for allowing successive leases on the same specified usufruct of a particular asset without specifying a particular period for a particular person is because the usufruct -in line with the term assigned to each party- can accommodate the parties. The justification for not allowing a specific term for each person is that each party will know the term to which he is entitled in his turn and because their applications are considered in order. This rule was supported by a resolution of Al Baraka Forum.⁽¹⁴⁾

(12) [Al-Ma'idah (The Table): 1].

(13) Resolution No. 72 (3/8) in respect of 'Arboun (Earnest Money).

(14) Resolution No. (13/4).

- The basis for the requirement that incorporating co-lessees must take place before any sub-lease contract is signed is because sub-leasing the property means the sub-lessor no longer owns the usufruct, and thus he would be leasing out a benefit of the usufruct that he does not own, which is not permissible in Shari'ah as stated earlier. The jurists have considered a bankrupt lessor -a person who leases things he does not own- among those who must be restricted in using their property.

Subject Matter of Ijarah

- The basis for the requirement that the leased asset must be capable of being used while preserving the asset is that the subject of a lease is usufruct and not the asset, as leasing is not possible for things that perish by use. The basis for the requirement that benefit from Ijarah must be permissible is that leasing an asset that will be used in impermissible way makes the lessor an accomplice in doing evil and this is prohibited as per the saying of Allah, the Almighty: {*“Help you one another in Al-Birr and At-Taqwa (virtue, righteousness and piety)”*}.⁽¹⁵⁾
- The basis for the impermissibility of stipulating a defect exclusion clause in respect to the leased asset is that such a condition defeats the purpose of the contract, which is exchange of usufruct for rentals. If the usufruct is partially or wholly impaired, the receipt of the rentals by the lessor becomes a form of unjust enrichment. The resolution of the International Islamic Fiqh Academy has declared that the lessor must accept responsibility for any destruction or impairment of the leased asset insofar as these events are not sustained as a result of misconduct or negligence on the part of the lessee.⁽¹⁶⁾ The Fatwa of the unified Shari'ah Supervisory Board of Al Baraka states that the lessor is not entitled to exclude his liability in respect of defects in the leased asset.⁽¹⁷⁾
- The reason why the lessor may not stipulate that the lessee will undertake the major maintenance of the leased asset is that this condition defeats the purpose of an Ijarah contract. Again, it is the duty of the lessor to ensure that the usufruct is intact, and this is not possible unless the asset is maintained and kept safe so that the lessor may be entitled

(15) Resolution No. (10/1).

(16) [Al-Ma'idah (The Table): 2].

(17) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 13 (1/3).

to the rentals in consideration for the usufruct. The unified Shari'ah Supervisory Board of Al Baraka issued a fatwa supporting this.⁽¹⁸⁾

- The reason why insurance expenses must be borne by the lessor is that the owner of the asset is responsible for insuring it, and the lessor is the owner. This is supported by the resolution issued by the International Islamic Fiqh Academy.⁽¹⁹⁾
- The basis for the permissibility of using a certain benchmark or price index to determine rentals of subsequent periods after the expiration of the first period of an Ijarah contract is that the rentals will subsequently be known. This is similar to the principle of *Ujrat al-Mithl* (prevailing market rate of rental) and does not lead to dispute. Again, using a benchmark to determine the rentals is to the benefit of all parties since there is possibility of rental fluctuation that may be in favour of either the lessee or the lessor in view of the fact that the contract remains binding on both parties throughout its term. This rule is supported by a Fatwa issued during Al Baraka's 11th Forum.
- The basis for the permissibility of restructuring the rentals for the future periods is that such an act is deemed to create a new contract for a new term for which the rentals are not yet due. Hence, the rentals are not regarded as a debt, in which case the prohibition of rescheduling rentals in return for higher payment is not applicable to this. However, increasing previously agreed rentals in exchange for a deferred period of payment is a form of Riba.

Guarantees and Treatment of Ijarah Receivables

- The basis for the permissibility of obtaining guarantees for payment is that this is not contrary to the purpose of an Ijarah contract. Rather guarantees are relevant to credit transactions because they secure performance.
- The basis for the permissibility of a payment acceleration clause is the saying of the Prophet (peace be upon him): "*Muslims are bound by the conditions they made*", and because payment on a deferred basis is the right of the lessee (the debtor as to rentals), and the lessee may, based

(18) Fatwa of the Unified Shari'ah Board of Al Baraka No. (1/97).

(19) Fatwa of the Unified Shari'ah Board of Al Baraka No (9/9).

on agreement, choose to pay before time and relinquish the deferral of the date of payment entirely. The lessee may also agree to a stipulation that bases acceleration of payment on the event of default in payment.

- The basis of the prohibition of increasing the amount of lease receivables in exchange for a deferral of payment is because this is a form of Riba.
- The basis for the permissibility of stipulating that a solvent debtor should undertake to make a payment to charity in case of default is that this is similar to an undertaking to make a donation that is approved by the Maliki scholars, notably Abdullah Ibn Nafi' and Muhammad Ibn Ibrahim Ibn Dinar.⁽²⁰⁾

Changes to the Ijarah Contract

- The basis for allowing the lessor to sell the leased asset to a third party without the consent of the lessee is that the lessor owns the asset and is acting within the limits of his ownership without affecting the right of the lessee that is materialised in the usufruct. If the Ijarah expires, enabling the buyer to take possession of the asset is sufficient to discharge the seller from any responsibility as to delivery in which case the buyer will own the asset excluding the right of the lessee to the usufruct which is attached to the asset even if the ownership is transferred. The Shari'ah Supervisory Board of Al Rajhi Banking and Investment Corp.,⁽²¹⁾ and the Shari'ah Supervisory Board of the Jordan Islamic Bank⁽²²⁾ have issued a resolution in support of this ruling.
- The basis for the termination of the lease contract due to a total destruction of the leased asset is that the rent is in consideration of the benefit of the leased asset and if the latter is destroyed, there is no justification for the payment of the rental.
- The basis for the entitlement of the lessor to the rentals even though the lessee returns the leased asset to the owner or stops using it is that Ijarah is a binding contract that cannot be terminated unilaterally by the lessee.

(20) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 13 (1/3).

(21) See: Al-Hattab, "*Tahrir Al-Kalam Fi Masa'il Al-Iltizam*" (pp. 170). This view appeared in the Fatwas of Kuwait Finance House.

(22) Resolution of the Shari'ah Board of Al Rajhi Banking and Investment Corp. No. (11).

- The basis for the permissibility of terminating the lease contract in case of intervening contingencies or force majeure is that there is a pressing need which calls for this. This is because if the contract were to be binding in spite of such contingencies, then a person with a valid excuse may incur loss that was not a result of a contract. The Shari'ah Supervisory Board of the Kuwait Finance House⁽²³⁾ and the unified Shari'ah Supervisory Board of Al Baraka⁽²⁴⁾ have issued a supporting Fatwa in this regard.
- The basis for the permissibility that the lessor may stipulate that an Ijarah contract be terminated due to non-payment of rental by the lessee is that contractual stipulations are primarily valid and enforceable. This stipulation does not legalise impermissible acts or invalidate permissible acts. Therefore, the permissibility of this stipulation comes under the prophetic Hadith stating: *"Muslims are bound by the conditions they made except a condition that legalises impermissible act or invalidates permissible act"*.⁽²⁵⁾
- The basis of the rule that Ijarah does not terminate with the death of either party thereto is that the subject-matter of the contract is the asset and as long as the asset is available the Ijarah contract remains unaffected. The basis for the right of the lessee's heirs to terminate the Ijarah if they can prove that the contract has become too onerous for their resources is to avoid inflicting damage on the heirs. This exceptional ruling is taken from the Maliki School of law since it serves the interests of the lessee. The heirs of the lessor may not terminate the Ijarah in the event of the death of the lessor because there is no potential damage to them, as they will receive the rentals for the remainder of the term of the contract.

Transfer of the Ownership in the Leased Asset in Ijarah Muntahia Bittamleek

- The basis of the rule that the documents of the lessor's promise to sell and the methods of transfer of ownership be separated from the Ijarah contract is to ensure that the obligations and liabilities are not

(23) Fatwas of the Shari'ah Board of Jordan Islamic Bank No. (18).

(24) Fatwa No. (233) and (253).

(25) Fatwa No. (9/9) of the Unified Shari'ah Board.

linked to each other. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in this regard.⁽²⁶⁾

- The basis for the rule that the promise of a client to take an asset acquired by the Institution on lease is binding is that the Institution has acquired the asset in order to lease it to the client due to the promise. Therefore, the rule that the promise to take the asset on lease is binding will protect the promisee.
- The basis for not allowing bilateral promises is that the resemblance of these promises to a contract, i.e. a contract is effected before taking ownership of the subject matter of the contract. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in this regard.⁽²⁷⁾
- The basis for the permissibility of a gift contingent upon the expiry of the Ijarah term is that a conditional gift is valid. The Prophet (peace be upon him) sent a gift to Negus (the former emperor of Ethiopia) on condition that he was alive at the time of the arrival of the messenger.⁽²⁸⁾ The basis for the permissibility of leasing an asset to the person from whom it is purchased by way of Ijarah Muntahia Bittamleek on condition that the parties observe the lapse of a period of time is that this prevents the contract from becoming a 'Inah transaction. This is because the physical changes to the asset or changes in the value of the asset during this period give it the economic characteristics of a different asset.
- The basis for the requirement that all the rules prescribed for an ordinary lease are applicable to Ijarah Muntahia Bittamleek is that a mere promise to transfer ownership does exclude the contract from becoming an Ijarah contract or from the applicable rules. This requirement is necessary in order to prevent a linking of contracts (the sale contract and lease

(26) This Hadith has been related by a number of companions. It was also related by Ahmad in his "*Sunan*" [1: 312]; Ibn Majah in his "*Sunan*" through a good chain of transmission [2: 783], Mustafa Al-Babi Al-Halabi edition, Cairo, 1372 A.H./1952 A.D.; Al-Hakim in "*Mustarak*", Edition of Hyderabad, India, 1355 A.H.; Al-Bayhaqi in his "*Sunan*" [6: 70 and 156] and [1: 133], Edition of Hyderabad, India, 1355H; and Al-Daraqutni in his "*Sunan*" [4: 228] and [3: 77], Dar Al-Mahasin Lil-Tiba'ah edition, Cairo, 1372 A.H./1952 A.D.

(27) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 13 (1/3).

(28) The Hadith has been related by Ibn Hibban: "*Sahih Ibn Hibban*" [11: 516]; and Ahmad in his "*Musnad*" [6: 404].

Shari'ah Standard No. (10)

Salam and Parallel Salam

(Revised Standard)

Contents

| Subject | Page |
|---|-------------|
| Preface | 271 |
| Statement of the Standard | 272 |
| 1. Scope of the Standard | 272 |
| 2. Contract of Salam | 272 |
| 3. Subject Matter of Salam | 273 |
| 4. Changes to al-Muslam Fihi | 276 |
| 5. Delivery of al-Muslam Fihi | 276 |
| 6. Parallel Salam | 278 |
| 7. Salam Sukuk Issues | 279 |
| 8. Date of Issuance of the Standard | 279 |
| Adoption of the Standard | 280 |
| Appendices | |
| Appendix (a): Brief History of the Preparation of the Standard | 281 |
| Appendix (b): The Shari'ah Basis for the Standard | 284 |
| Appendix (c): Definitions | 289 |

IN THE NAME OF ALLAH, THE ALL-MERCIFUL, THE MOST MERCIFUL

All praise be to Allah, the Lord of all the worlds, and blessings and peace be upon our master, Muhammad, and his household and all his companions

Preface

The aim of the standard is to explain the rules for and limitations of Salam and Parallel Salam in respect to concluding a Salam contract, the subject matter of Salam and changes to the contract, whether in the event of ability to deliver or otherwise. The standard also explains rulings in respect to issuing Salam Sukuk.

Statement of the Standard

1. Scope of the Standard

This standard covers Salam and Parallel Salam transactions, whether the Institution is the buyer or the seller, and issuing Salam Sukuk. This standard does not cover Istisna'a (manufacturing or supplier contract) because the latter is covered by a separate standard.

2. Contract of Salam

2/1 General framework for Salam contracts

2/1/1 It is permissible to initiate through negotiations several Salam contracts (with different parties). Each operation will end at its due date. It is also permissible to draw up a general framework or a master agreement that consists of an understanding to conclude successive Salam contracts, each of which will take place at an appropriate time. In this latter case, the transaction involved shall be concluded on the basis of a memorandum of understanding in which the contracting parties determine the framework of the contract and the intention of the parties to buy and sell. The parties shall also determine the quantity and specifications of the goods, the manner of their delivery, the basis for determining the price, and the manner of payment. The types of guarantees and other prospective arrangements shall also be specified in the memorandum. The execution of each Salam contract may then take place separately at the appropriate date.

2/1/2 If the Salam contract is concluded on the basis of what was initially agreed in the memorandum of understanding, the contents of the memorandum become part and parcel of the contract. This will hold true unless the parties agreed when the

contract was concluded to exempt themselves from some of the obligations referred to in the memorandum of understanding.

2/2 Form of a Salam contract

A contract of Salam may be concluded using the word Salam, or Salaf, or sale, or any term that indicates sale of a prescribed commodity for deferred delivery in exchange for immediate payment of the price.

3. Subject Matter of Salam

3/1 Capital of Salam contract and its conditions

3/1/1 It is permissible for the capital of Salam to be in the form of fungible goods (such as wheat and other cereals) in which case the parties must make sure that they do not fall into Riba. The capital may also be items of material value (such as livestock). It is also permissible for it to be in the form of the general usufruct of a particular asset, such as living in a house or having the use of an aircraft or a ship for a certain period. In such a case, when a party is granted access to the usufruct through delivery of the asset, this is regarded as immediate receipt (possession) of the Salam capital.

3/1/2 The capital of Salam should be made known to the two parties in a manner that removes all uncertainty and eliminates the possibility of dispute. In principle, the capital of Salam should be in the form of cash. In this case, the currency of payment, the amount and the manner of payment shall be clearly defined. If the capital of Salam is in the form of fungibles,⁽¹⁾ then the kind, type, specifications and quantity of these shall be clearly defined.

3/1/3 The capital in a Salam contract must be paid immediately at the place where the contract is concluded. However, as an exception to this ruling, payment may be delayed for two or three days at

(1) Fungibles are goods that share common features such that they do not differ significantly. Any fungibles can be replaced by any other in the event of destruction, without need to assess the value of the item destroyed or the one replacing it.

most. Even if such a short delay has been stipulated earlier, this will not affect the Salam contract provided that the period of delay is not equal to or greater than the delivery period for al-Muslam Fihī.

3/1/4 It is not permitted that a debt be recognised as the capital of Salam, such as using as the capital of Salam loans or debts owed by the seller to the Institution as a result of previous transactions.

3/2 Al-Muslam Fihī and its conditions

3/2/1 Salam contracts are permitted for fungible goods, like those that may be weighed, measured or counted, the articles of which do not differ in any significant manner, provided that no Riba ensues.

3/2/2 Among the items for which variations in numbers make no difference are the products of companies that manufacture goods in approximate units that are identified by trademarks, standardised specifications and are regularly and commonly available at any time. However, this rule must be read together with item 3/2/8.

3/2/3 Salam is not permitted for anything specific like "this car". Nor is it permitted for anything for which the seller may not be held responsible, like land, buildings or trees; or for articles whose values change according to subjective assessment, like jewellery and antiques. Also, it is not permissible to stipulate that al-Muslam Fihī must be from a specific piece of land. However, on the delivery date the seller may present the buyer with whatever items are available (and meet the contract specifications), irrespective of whether such items are from his own fields or factories or elsewhere.

3/2/4 It is not permissible for al-Muslam Fihī to be an amount of currency, gold or silver, if the capital of the Salam contract was paid in the form of currency, gold or silver.

- 3/2/5 Al-Muslam Fihi must be the kind of article for which a specification may be drawn up so that the seller may be held responsible for its conformity to the specification. It will be sufficient if the specification is explained in a manner that removes uncertainty, except for minor discrepancies that are customarily ignored, considered acceptable, and not usually regarded as grounds for dispute.
- 3/2/6 It is a requirement that al-Muslam Fihi be clearly known to the contracting parties in a manner that eliminates any possibility of uncertainty or ambiguity. The reference for determining descriptions that are used to specify and identify al-Muslam Fihi is customary practice and the experience of experts.
- 3/2/7 It is a requirement that the parties know the quantity of al-Muslam Fihi. The quantity of each item is determined according to its condition and nature with regard to weight, measurement, volume and number.
- 3/2/8 It is a requirement that al-Muslam Fihi be commonly available under normal circumstances at the place where it should be on the delivery date, so that the commodity will be accessible to the seller in order to discharge his obligation by delivering it to the buyer.
- 3/2/9 It is a requirement that the date of delivery for al-Muslam Fihi be known in a manner that eliminates any uncertainty or ambiguity which may lead to a dispute. There is no Shari'ah objection to the contracting parties setting various dates on which the delivery of al-Muslam Fihi may take place, in instalments, provided the capital of Salam was paid at the time the contract was originally concluded.
- 3/2/10 In principle, the parties may designate the place at which al-Muslam Fihi is to be delivered. If the parties to the contract do not determine the place of delivery, then the place at which the contract was concluded will be regarded as the place of delivery unless it turns out to be impossible to make delivery

to such a place. In that case, the place of delivery should be determined according to customary practice.

3/3 Security for al-Muslam Fihi

Al-Muslam Fihi may be secured by a mortgagee or a guarantee or any other permissible means of securing payment.

4. Changes to al-Muslam Fihi

4/1 Selling al-Muslam Fihi before taking possession

It is not permitted for the buyer to sell al-Muslam Fihi before taking possession of it.

4/2 Replacement of al-Muslam Fihi

It is permissible for the buyer to exchange al-Muslam Fihi for other goods, except currency, after the delivery date falls due, as long as such a substitution was not stipulated in the contract. This rule applies whether or not the substitute is similar in kind to al-Muslam Fihi. This is provided that the substitute is suitable for being exchanged as al-Muslam Fihi for the capital of the Salam contract, and that the market value of the substitute should not be greater than the market value of al-Muslam Fihi at the time of delivery.

4/3 Cancellation (Iqalah) of a Salam contract

It is permissible, when both parties agree, to cancel the entire Salam contract in return for repayment in full of the amount of the capital of Salam. Partial cancellation, that is, cancellation of the delivery of part of al-Muslam Fihi, in return for repayment of a corresponding part of the capital of Salam, is also permissible.

5. Delivery of al-Muslam Fihi

5/1 The seller is under an obligation to deliver al-Muslam Fihi to the buyer on the due date in accordance with the terms of the contract, such as agreed specifications and quantity. The buyer, on the other hand, must accept the goods if they meet the specifications explained in the contract. If the buyer refuses to accept al-Muslam Fihi, he shall be compelled to do so.

- 5/2 If the seller offers delivered goods of a quality that is superior to that required by the contractual specifications, the buyer must accept the goods, provided that the seller shall not seek a higher price for the better quality. This may be considered one of the ways in which a contract is ethically fulfilled. However, this will apply only if the (inferior) description specified in the contract is not itself deemed vital.
- 5/3 If the quality of the delivered goods is inferior to that required by the contractual specifications, the buyer is entitled either to reject or to accept the goods in that condition. If he accepts the goods, his action is considered as ethical acceptance. It is also permissible for the two parties to agree to a settlement on terms for acceptance of the goods even at a discounted price.
- 5/4 It is not permitted for a seller to deliver al-Muslam Fihi in the form of a commodity different from the one agreed upon if the commodity is considered to belong to the same genus as al-Muslam Fihi (e.g., al-Muslam Fihi is corn and the commodity that the seller wants to deliver is wheat). However, the delivery of al-Muslam Fihi in the form of a different type of commodity from that agreed upon may take place only on the basis of the conditions for the replacement of al-Muslam Fihi by other goods. [see item 4/2]
- 5/5 Delivery of al-Muslam Fihi may take place before the due date, on condition that the goods conform to the agreed specifications and quantities. If the buyer has a valid reason for rejecting the goods, then he will not be compelled to accept them. Otherwise, the buyer will be forced to accept the goods.
- 5/6 If the seller fails to perform his obligation, owing to insolvency, he should be granted an extension of time for delivery.
- 5/7 It is not permitted to stipulate a penalty clause in respect of delay in the delivery of al-Muslam Fihi.
- 5/8 In case all or part of al-Muslam Fihi is not available to the seller on the due date, the buyer shall have the following options:

5/8/1 To wait until al-Muslam Fihi is available.

5/8/2 To cancel the contract and recover the paid capital.

It is also permissible for the parties to agree to replacement of al-Muslam Fihi by other goods. [see item 4/2]

6. Parallel Salam

- 6/1 It is permissible for the seller to enter into a separate, independent Salam contract with a third party in order to acquire goods of a similar specification to those specified in the first Salam contract, so that the first Salam obligation will be discharged by delivering these goods. Hence, the seller in the first Salam contract becomes the buyer in the second Salam contract.
- 6/2 It is permissible for the buyer to conclude a separate parallel Salam with a third party for the purpose of selling, on the basis of Salam, a commodity whose description corresponds to the description of the commodity to be acquired through the first Salam contract. In this situation, the buyer in the first Salam contract becomes the seller in the second Salam contract.
- 6/3 In both the two situations mentioned in items 6/1 and 6/2, it is not permissible for the parties to link the obligations under the two Salam contracts together so that the execution of the obligations of one contract is contingent on the outcome of the other. Hence, it is necessary that both the obligations and the rights under the two contracts stand alone in all respects. Therefore, if one party breaches his obligation under the first Salam contract, the other party (the injured party) has no right to relate this damage or loss to the party with whom he concluded a Parallel Salam. Consequently, he has no right on the basis of his loss or damage under the first Salam contract to terminate the second Salam contract or to delay in performing it.
- 6/4 All the rules of Salam as explained in items 1-5 above are applicable to Parallel Salam as well.

7. Salam Sukuk Issues

It is not permitted to issue tradable Sukuk based on the debt from a Salam contract. [see item (4/1)]

8. Date of Issuance of the Standard

This Shari'ah Standard was issued on 29 Safar 1422 A.H., corresponding to 23 May 2001 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah Standard on Salam and Parallel Salam was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (6) held on 25-29 Safar 1422 A.H., corresponding to 19-23 May 2001 A.D.

In its meeting No. (8) held in Mecca on 28 Safar - 4 Rabi' I 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board readopted a resolution to reformat the Shari'ah Rules for Salam and Parallel Salam in the form of a Shari'ah Standard.

Appendix (A)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah on 8-12 Ramadan 1421 A.H., corresponding to 4-8 December 2001 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of the a Shari'ah rules for Salam and Parallel Salam.

On Monday 11 Shawwal 1420 A.H., corresponding to 17 January 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee decided to commission a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft on the Shari'ah Rules for Salam and Parallel Salam.

In its meeting held in Bahrain on 21-23 Muharram 1421 A.H., corresponding to 26-28 April 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah rules for Salam and Parallel Salam and asked the consultant to make the amendments in light of the comments made by the members.

In its meeting No. (4) held in Abu Dhabi, United Arab Emirates, on 14 Sha'ban 1421 A.H., corresponding to 10 November 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft and made some relevant amendments.

The revised exposure draft of the Shari'ah rules was presented to the Shari'ah Board in its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah on 8-12 Ramadan 1421 A.H., corresponding to 4-8 December 2000 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the standard and decided that it should be distributed to specialists and interested parties in order to obtain their comments to discuss them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain on 4-5 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 27-28 February 2001 A.D. The public hearing was attended by more than 30 participants representing central banks, institutions, accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others interested in this field. Members of the Shari'ah Studies Committee responded to the written comments that were sent prior to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Fatwa and Arbitration Committee held its meeting No. (5) in Bahrain on 15 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 10 March 2001 A.D., to discuss the comments made about the exposure draft. The committee made the necessary amendments in light of both the written comments that were received and oral comments that took place in the public hearing.

The Shari'ah Board in its meeting No. (6) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 25-29 Safar 1422 A.H., corresponding to 19-23 May 2001 A.D., discussed the amendments made by the Fatwa and Arbitration Committee, and made the necessary amendments. The standard was adopted in the name of Shari'ah rules for Salam and Parallel Salam. Some paragraphs were adopted by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

The Shari'ah Board decided in its meeting No. (7) held in Makkah Al-Mukarramah on 9-13 Ramadan 1422 A.H., corresponding 24-28 November 2001 A.D., to reformat all Shari'ah rules in a form of standards and a committee was formed for this purpose.

In its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board adopted the reformatted version of the Shari'ah rules for Investment and Financing No. (3) on Salam and Parallel Salam with the title of Shari'ah Standard No. (9) on Salam and Parallel Salam, without any substantial changes in the content.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the standard in its meeting held in Rabi' II, 1433 A.H., corresponding to March 2012 A.D.,

in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

In its meeting No. (39) held in the Kingdom of Bahrain on 13-15 Muharram 1435 A.H., corresponding to 6-8 November 2014 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved necessary amendments, and the standard was adopted in its current amended version.

Appendix (B)

The Shari'ah Basis for the Standard

Permissibility of Salam

A contract of Salam derives its permissibility from the Qur'an, the Sunnah and Ijma' (consensus of Fuqaha). On the level of the Qur'an, Allah, the Almighty, says: ***{“O ye who believe! When you deal with each other, in transactions involving future obligations in a fixed period time, reduce them to writing”}***.⁽²⁾ Ibn Abbas said: “I declare that a Salam contract in which the commodity is guaranteed for future delivery has been permitted by Allah” and then he read: ***{“O ye who believe! When you deal with each other, in transactions involving future obligations in a fixed period time, reduce them to writing”}***. It is reported that Ibn Abbas said: “This verse is a revelation for the particular purpose of making Salam permissible.”⁽³⁾

On the level of Sunnah, Ibn Abbas is reported to have said: *“The Prophet (peace be upon him) has come to Medina and found that people were selling dates for deferred delivery after a duration of one or two years on a Salam basis. The Prophet (peace be upon him) said: ‘Whoever pays for dates on a deferred delivery basis (Salam) should do so on the basis of a specified scale and weight’”*. In another text of the Hadith the Prophet (peace be upon him) said: *“Whoever pays on a deferred delivery basis should do so on the basis of a specified scale, weight and date of delivery”*.⁽⁴⁾

The scholars are unanimous on the permissibility of a Salam contract. Ibn Mundhir said that the scholars agreed that a Salam contract -i.e, a contract

(2) [Al-Baqarah (The Cow): 282].

(3) See: Ibn Al-Jawzi, *“Zad Al-Masir Fi 'Ilm Al-Tafsir”* [1: 336]; and Ibn Kathir, *“Tafsir Al-Qur'an Al-'Azim”* [1: 496].

(4) The Hadith has been related by Al-Bukhari, Muslim and others. See: *“Sahih Al-Bukhari”* [2: 781], Damascus: Dar Al-Qalam edition; and *“Sahih Muslim”* [3: 1226], Beirut: Dar Al-Fikr edition.

in which a person sells to his fellow man a specific and determined thing by weight or measure for a future defined date of delivery—is permissible.⁽⁵⁾

Wisdom of Making Salam Permissible

The wisdom of making Salam permissible lies in the fact that Salam facilitates a type of financing for people in need of it. In particular, farmers, market gardeners and merchants, among others, need working capital for their businesses and for their living expenses in order to operate. Hence, Salam is made permissible so that these businesses may benefit from it. The buyer may benefit from its permissibility as well, by acquiring the commodity at a price below the market price.

Similarly, a contract of Salam responds to the needs of a large number of business enterprises at different levels, ranging from small and medium-sized enterprises to conglomerates that are involved in agricultural and industrial production or trade and the like. In order for these businesses to be productive, they need working capital in the form of either cash or assets. Hence, Salam has provided an investment opportunity in the form of financing of the working capital for trade. It also covers the demands of those in need of liquidity, as long as they are able to fulfill the orders they receive in return at the due date.

Although the contract of Salam is commonly used by agricultural businesses, its permissibility is not, however, confined to these fields. It can also be used in other investment opportunities, such as industry or trade.

The contract of Salam also meets immediate needs for liquidity. This is because it gives the seller flexibility in using the sale proceeds (before the commodity is delivered), and the opportunity to arrange for the counter-value (al-Muslam Fihi) and its delivery to the buyer at the date of delivery.

Subject Matter of a Salam Contract

- The basis for the permissibility of presenting usufruct as capital in a Salam contract is the view of the Maliki scholars. This is regarded as immediate receipt of the capital based on the Shari'ah maxim that says:

(5) Ibn Al-Mundhir, *“Al-Ijma’”* (P. 54); and Ibn Qudamah; *“Al-Mughni”* [6: 385], Cairo: Matba'at Hajar edition.

“Taking possession of part of a thing is like taking possession of the whole thing”.⁽⁶⁾ Hence, this is not a sale of debt (because the buyer has received control over the usufruct).⁽⁷⁾

- The basis for the requirement that the capital of Salam must be known to the two parties is that a Salam contract is one of the exchange contracts in which the consideration need to be known so as to remove any uncertainty.⁽⁸⁾
- The basis for the requirement that the capital must be paid at the conclusion of a Salam contract is the saying of the Prophet (peace be upon him): “Whoever pays on a deferred delivery basis should do so on the basis of specifying the scale”.⁽⁹⁾ The *Taslif* or *Islaf* means payment in advance. Salam was so named because the capital must be paid in advance. If payment is delayed, the transaction is not called Salam.⁽¹⁰⁾ Again, any delay in payment of the capital and dispersal of the parties renders the transaction a sale of debt for debt⁽¹¹⁾ which is prohibited, and the scholars agreed on its prohibition. Ibn Rushd said: “As for sale of debt for debt, Muslim scholars are unanimous regarding its prohibition”.⁽¹²⁾
- The basis for it not being permitted that a debt be capital in Salam is because this would render the transaction a form of sale of debt and this is prohibited by the Shari'ah.
- The basis for the impermissibility of Salam where the subject matter is a specific and identified thing is the Hadith stating that “A man came

(6) Al-Dardir, “*Al-Sharh Al-Saghir*” [4: 347].

(7) Al-Buhuti, “*Sharh Muntaha Al-Iradat*” [2: 37].

(8) Al-Qadi Abdul-Wahhab, “*Al-Ma'unah*” [2: 987]; Ibn Juzay, “*Al-Qawanin Al-Fiqhiyyah*” (P. 202); Al-Kasani, “*Bada'i' Al-Sana'i'*” [5: 301]; Ibn Qudamah, “*Al-Mughni*” [6: 411]; and Al-Shirazi, “*Al-Muhadhdhab*” [1: 300].

(9) The Hadith has been related by Al-Bukhari, Muslim and others: “*Sahih Al-Bukhari*” [2: 781], Damascus: Dar Al-Qalam edition; and “*Sahih Muslim*” [3: 1226], Beirut: Dar Al-Fikr edition.

(10) Ibn Qudamah, “*Al-Mughni*”, [6: 408]

(11) See: Al-Kasani, “*Bada'i' Al-Sana'i'*” [5: 202]; Ibn Rushd (the grandson) “*Bidayat Al-Mujtahid Wa Nihayat Al-Muqtasid*” [2: 205], Beirut, Dar Al-Qalam edition; Al-Qadi Abdul-Wahhab, “*Al-Ma'unah*” [2: 988]; and Al-Zayla'i, “*Tabyin Al-Haqa'iq Sharh Kanz Al-Daq'iq*” [4: 117].

(12) Ibn Rushd, “*Bidayat Al-Mujtahid*” [2: 150].

to the Prophet (peace be upon him) and said; 'The kin of so and so from the Jews had embraced Islam. However, they are hungry and I am afraid they may become apostates'. The Prophet (peace be upon him) asked the people around him; 'Who has something (money)?' One Jew said; 'I have so and so (he mentioned a sum of money), may be he said; 'I have three hundred dinars and I will pay such and such price for the products of the farm of the kin of so and so'. The Prophet (peace be upon him) said: '(buy) With such and such price to be delivered after such and such period, but not for the products of the kin of so and so"⁽¹³⁾ Again, if a Salam contract is concluded for providing products from a specific farm, there might not be products from this farm at the time of delivery, and this leads to Gharar (uncertainty).

- The basis for the requirement that the subject-matter of Salam be commonly available under normal circumstances where it is required is to remove uncertainty and to ensure that the seller will be able to deliver it at the date of delivery.

Changes to a Salam Contract

- The basis for the impermissibility of selling the subject-matter of Salam before taking possession of it is because such an action is a form of sale of debts which is not permissible.
- The basis for the impermissibility of substituting the subject-matter of Salam with a commodity, the price of which is higher than the prevalent market value of the subject-matter of Salam at the date of delivery is to deter the buyer from making a compound profit on one deal.
- The basis for the permissibility of the termination of a Salam by agreement (Iqalah) is because the Prophet (peace be upon him) has encouraged Iqalah in general and Salam is not an exception from this concession. Salam is also a form of sale and since sale contracts admit Iqalah, so too does a Salam contract. Again, Iqalah is actually

(13) The Hadith has been related by Ibn Majah and Abu Dawud. See: "Sunan Ibn Majah" [2: 765-766]; and "Sunan Abu Dawud" [3: 744]. Al-Shawkani said: "There is an unknown narrator in the chain of transmission of this Hadith. This is because Abu Dawud narrated it through Muhammad Ibn Kathir from Sufyan from Abu Ishaq from a Najrani man from Ibn Umar. Therefore, the Hadith is not of a strong authority. See: "Nayl Al-Awtar" [5: 345-346].

permitted for the sale of tangible goods in consideration of the need of contracting parties to be able to deal with regret and a desire to withdraw from the contract. In the case of Salam, the possibility that the parties may regret concluding the transactions is greater than in the sale of tangible goods because Salam is a low cost form of sale for which permissibility of Iqalah is easily applicable in Salam.⁽¹⁴⁾

Delivery of al-Muslam Fih

The basis for not allowing penalty clauses in Salam is because al-Muslam Fih is considered to be a debt; and it is not permitted to stipulate payment in excess of the principal amount of debts.

Parallel Salam

- The basis for the permissibility of Parallel Salam is that it represents two Salam deals that are separable from each other despite the fact that the descriptions of the subject-matter in the two contracts are similar. However, the contract does not lead to two sales in one, which is impermissible.
- The basis for the impermissibility of tradeable Salam Sukuk is because trading with such Sukuk is a form of sale of debt which is prohibited.

(14) See: Al-Kasani, "*Bada' i' Al-Sana`i*" [5: 214].

3. Subject-Matter of, and Guarantees in, Istisna'a

3/1 The rulings concerning al-Masnoo'

- 3/1/1 An Istisna'a contract is permissible only for raw materials that can be transformed from their natural state by a manufacturing or construction process involving labour. Therefore, Istisna'a is valid only in so far as the supplier has agreed to provide a subject-matter that is manufactured or constructed.
- 3/1/2 It is permissible that a contract of Istisna'a be concluded for the production of a subject-matter having unique descriptions according to the requirement of the ultimate purchaser even if such a subject-matter has no substitutes in the market, provided the subject-matter is subject to specification. Similarly, it is permissible that the subject-matter of a contract of Istisna'a be items that have perfect substitutes in the market, and can be substituted for one another in fulfilling an obligation, because they share common characteristics by virtue of the process of manufacture or construction. This rule applies whether the items to be produced are intended for consumption or for use with their substance kept intact.
- 3/1/3 It is not permissible that the subject-matter of an Istisna'a contract be an existing and identified capital asset. For example, it is invalid for the Institution to conclude a contract to sell a particular designated car or factory on the basis of Istisna'a. This is because Istisna'a is a sale contract applicable to items that are identified by specification, not by designation. Unless the items are completely or partially delivered, the ultimate purchaser has no prior right (in the event that the supplier is declared bankrupt or insolvent) over a third party to the items that are the subject-matter of the contract while they are still in the process of being produced and have not yet been delivered to him. In addition, the ultimate purchaser cannot be regarded as the owner of the materials in the possession of the manufacturer for the purpose of producing the subject-

matter of the contract, unless the manufacturer has previously undertaken, as a guarantee for the completion of the work, that such materials will only be used for the order of the ultimate purchaser.

- 3/1/4 The contract of Istisna'a may be concluded with a condition that the production shall be carried out by the Institution using its own resources, in which case it has to abide by this condition and has no right to assign the process of production to another entity.
- 3/1/5 It is permissible for the manufacturer to fulfil his obligation in an Istisna'a contract by using items produced by his own resources or items produced by other parties that existed before the contract was concluded. The latter option is, however, only valid if the ultimate purchaser did not stipulate that the manufacturer should use his own resources. However, this rule should not be used as a device for deferment of consideration (the price and the commodity) of a sale of a subject-matter that is to be delivered in the future based on its specification as given by the seller, but which are not intended to be produced.
- 3/1/6 The manufacturer is under an obligation to produce the subject-matter according to specification and within the period agreed upon or within such reasonable time as the nature of the work may permit, in accordance with accepted practice that is recognised by experts.
- 3/1/7 The parties may agree on a period during which the manufacturer will be liable for any defects or the maintenance of the subject-matter. They may also leave the determination of liability relating to defects and maintenance to customary practice.
- 3/1/8 It is permissible to draw up an Istisna'a contract for real estate developments on designated land owned either by the ultimate purchaser or the contractor, or on land in which either of them

owns the usufruct. This is permissible because the contract involves the construction of specified buildings that will be built and sold according to specification and the contract of Istisna'a in this case does not concern a particular identified place (i.e. the land).

3/2 Price and guarantees of Istisna'a contract

3/2/1 It is a requirement that the price for an Istisna'a contract be known at the conclusion of the contract, in which case it can be in the form of cash or tangible goods or the usufruct of an asset for a particular duration, whether such usufruct is related to an asset other than the subject-matter or to the subject-matter itself. The use of usufruct of the subject-matter itself as consideration for an Istisna'a contract is relevant to situations when a government offers a preferential contract giving usufruct to the builder or manufacturer for a particular duration, commonly known as Build Operate Transfer (BOT).

3/2/2 The price of an Istisna'a contract may be deferred or paid in instalments within a certain period of time, or if delivery of the subject-matter is to be made in stages a portion of the price may be paid immediately while the balance is paid by instalments according to the stages of delivery. It is also permissible to connect payment with the stage of completion of the work, (such that a payment is made at the end of each stage), provided the stages of this type of work are by custom subject to specification and their identification will not lead to dispute.

3/2/3 If the process of manufacture or construction is divided into phases, or payment is designed according to the stage of completion of the work, then the manufacturer or contractor is entitled to request that the ultimate buyer make payment accordingly for each stage that has been carried out according to specification.

- 3/2/4 It is permissible that the price of Istisna'a transactions vary in accordance with variations in delivery date. There is also no objection to a number of offers being subject to negotiation, provided that eventually only one offer will be chosen for concluding the Istisna'a contract. This is to avoid uncertainty and lack of knowledge that may lead to dispute.
- 3/2/5 A contract of Istisna'a cannot be drawn up on the basis of a Murabahah sale, for example, by determining the price of Istisna'a on a cost- plus basis.
- 3/2/6 If the actual costs incurred by the Institution to bring the subject-matter to completion are substantially less than the estimated costs or the Institution secures a discount from the party with whom it contracted on a Parallel Istisna'a basis to acquire the subject-matter in order to fulfil its contractual obligation, the Institution is not obliged to give a discount to the ultimate purchaser and the latter is not entitled to the amount or part thereof the Institution has gained over the estimated costs. The same rule applies conversely when the actual costs of production are substantially greater than the estimated costs.

3/3 Guarantees

- 3/3/1 It is permissible for the Institution, acting either in the capacity of the manufacturer or of the ultimate purchaser, to give or demand accordingly 'Arboun as a guarantee, which will either be part of the price, if the contract is fulfilled, or forfeited, if the contract is rescinded. However, it is preferable that the amount forfeited be limited to an amount equivalent to the actual damage suffered.
- 3/3/2 In an Istisna'a contract, it is permissible for the Institution, whether acting in the capacity of manufacturer or in the capacity of the ultimate purchaser, to demand guarantees that it considers sufficient to secure fulfilment of its rights against

an ultimate purchaser or a manufacturer. It is also permissible for the institution, when acting in the capacity of an ultimate purchaser, to give guarantees requested by the manufacturer, which can be in a form of a mortgage, personal guarantee, assignment of rights, a current account, or an investment account or consent to blocking withdrawal from an account.

4. Changes to Istisna'a Contract

4/1 Amendments, changes and introduction of new conditions

4/1/1 It is permissible, after the conclusion of an Istisna'a contract, for the manufacturer and the ultimate purchaser to agree on amending the manufacturing or construction specifications previously agreed upon or introducing additional specification requirements on condition that the price is adjusted accordingly and a reasonable period for the execution of the new requirements is granted. It is also permissible to state in the contract that the consideration for amendments or introduction of additional requirements shall be determined and added to the original price as per the expert opinion, custom or an identified price index which preclude any uncertainty that may potentially lead to dispute.

4/1/2 The ultimate purchaser cannot oblige the manufacturer to introduce modifications and changes to the subject matter of an Istisna'a contract without the consent of the manufacturer.

4/1/3 It is not permissible for amendments and changes to the contract to be agreed on the basis that an additional sum will be paid in consideration for an extension of the period of payment. However, a rebate for pre-payment is permissible provided it is not stipulated at the conclusion of the contract.

4/2 Intervening contingencies (force majeure)

4/2/1 It is permissible, by way of agreement of the contracting parties or arbitration or judicial procedure, to amend the contract price

of an Istisna'a contract upwards or downwards, as a result of intervening contingencies (force majeure). This rule must be read together with item 4/1/3 above.

- 4/2/2 It is permissible for the Institution to replace a contractor and enter into an Istisna'a contract with a customer to complete a project which had been started by the previous contractor of such a customer. In this case, an assessment of the project should be undertaken on the basis of the existing status of the project. The cost of this assessment is chargeable to the account of the customer, in which case all outstanding debts, if any, that arise from the incomplete Istisna'a contract shall be the personal responsibility of the customer. The parties may after this conclude a new Istisna'a contract for the remaining work. The Institution is not bound to deal with the previous contractor. Rather, the Institution has the right to stipulate that the work needed to complete the project will be carried out by any means it deems fit.
- 4/2/3 In the case of constructing buildings or public utilities on land owned by the ultimate purchaser, it is permissible to stipulate that the ultimate purchaser has the right to perform the contract of Istisna'a at the expense of the manufacturer if the latter fails to perform the contract or to complete the work within a particular period of time, and that this performance will be effected from the date the manufacturer halted the work.
- 4/2/4 If the contractor is unable to continue to discharge his obligation, the ultimate purchaser (the owner of the land) is not entitled to acquire ownership of the incomplete building structures or utilities that are already in place without giving consideration to the contractor. However, this rule depends on the cause of the failure to continue the work. If the failure to perform is due to the misconduct of the contractor, the ultimate purchaser is liable only for the value of the building structure and the builder is liable to compensate the ultimate purchaser for any actual

damage or loss he suffered. If the failure to perform is due to the misconduct of the ultimate purchaser, the contractor is entitled to the value of the work he has completed and compensation for any damage or loss. However, if the failure to perform has not been caused by either of them, the ultimate purchaser is liable only for the value of the building structure that is already in place and neither of them has any responsibility to pay compensation for the loss or damage the other party had suffered. [see item 4/2/3]

4/2/5 It is permissible that a contract of Istisna'a includes a clause to the effect that if any additional conditions are inserted into the contract at a later date as a result of directives of the relevant authorities, and these additional conditions lead to extra expenses that cannot, by virtue of the terms of the contract, be borne by the manufacturer because they were not in the original contract as signed or there is no law making such payment compulsory, the extra expenses will be borne by the ultimate purchaser.

5. Supervision of the Execution of an Istisna'a Contract

- 5/1 It is permissible for the seller and purchaser to appoint technically experienced consulting firm to represent it in determining whether the subject-matter conforms to the contractual specification, and to advise the Institution as to whether payment for the subject-matter, or delivery or acceptance of it, under the terms of the contract, should take place, and they should adhere to its resolutions
- 5/2 It is permissible for the Institution, when acting as the manufacturer, to draw-up an independent and separate contract of agency appointing the ultimate purchaser as an agent of the Institution to supervise the manufacturing or construction process so as to ensure that the items produced conform to contractual specification.
- 5/3 It is permissible for the manufacturer and the ultimate purchaser to agree on the party who will bear the additional costs of supervision of an Istisna'a contract.

6. Delivery and Disposal of the Subject-Matter

- 6/1 The manufacturer is discharged from liability if the subject-matter is delivered to either the ultimate purchaser or to a person appointed by him or if the ultimate purchaser is enabled to exercise full control over the subject-matter.
- 6/1/1 If the condition of the subject-matter does not conform to the contractual specifications at the date of delivery, the ultimate purchaser has the right to reject the subject-matter or to accept it in its present condition, in which case the acceptance constitutes satisfactory performance of the contract. It is also permissible for the contracting parties to agree on acceptance of a subject-matter that fails to conform to the specification even if such an arrangement involves a price discount.
- 6/1/2 If the seller offers to deliver a better quality, then the purchaser shall accept his conditions, provided that the seller shall not charge any additional amounts for the better quality, which may be considered one of the ways in which a contract is ethically fulfilled, unless the quality specified in the contract is particularly pursued by the purchaser.
- 6/2 It is permissible that delivery of the subject-matter takes place before the due date, on condition that the subject-matter meets the specifications agreed upon, in which case the ultimate purchaser is obliged to accept the subject-matter. If the ultimate purchaser is unwilling to take delivery of the subject-matter, the rule on this point depends on whether or not there is justification for this refusal. If there is a good reason for the rejection of the subject-matter, the ultimate purchaser shall not be obliged to accept it. If there is not a good reason for rejecting it, then the ultimate purchaser will be obliged to accept the subject-matter.
- 6/3 The delivery of the subject-matter may take place through constructive possession, by enabling the ultimate purchaser to take control over the subject-matter after the production process is completed. At this

point, the liability of the manufacturer in respect of the subject-matter comes to an end and the liability of the ultimate purchaser begins. If after enabling the ultimate purchaser to take control over the subject-matter any loss or damage subsequently occurs to the subject-matter without any proof of negligence or misconduct on the part of the manufacturer, then the ultimate purchaser is liable. This is therefore the demarcation line between the liabilities of the two parties: the liability of the manufacturer and the liability of the ultimate purchaser.

- 6/4 If the ultimate purchaser refuses to accept the subject-matter without a good reason after he is enabled to take possession, the subject-matter will remain in the possession of the manufacturer on a trust basis, in which case the manufacturer will not be liable for loss or damage that occurs to it, unless such loss or damage is a result of negligence or misconduct on the part of the manufacturer. The ultimate purchaser bears the expenses for the safe keeping of the subject-matter.
- 6/5 It is permissible to state in a contract of Istisna'a that the manufacturer will act as the agent of the ultimate purchaser to sell the subject-matter if there is a delay on the part of the purchaser in taking delivery of the subject-matter within a particular period of time. In this case, the manufacturer will sell the subject-matter on behalf of the ultimate purchaser and, after deducting the agreed contract price, the balance, if any, will be returned to the purchaser. If the price obtained is less than the contract price, the manufacturer shall have a right of recourse to the ultimate purchaser for the recovery of the remaining balance. In addition, the ultimate purchaser will bear the expenses incurred in selling the subject-matter.
- 6/6 It is permissible for the contract of Istisna'a to include a fair penalty clause stipulating an agreed amount of money for compensating the ultimate purchaser adequately if the manufacturer is late in delivering the subject-matter. Such compensation is permissible only if the delay is not caused by intervening contingencies (*force majeure*). However, it is not permitted to stipulate a penalty clause against the ultimate purchaser for default on payment. [see item 2/1/2 of the Shari'ah Standard No. (3) on Procrastinating Debtor]

- 6/7 It is not permissible to sell the subject-matter prior to taking either actual or constructive possession of it [see item 6/4]. However, it is permissible to conclude an Istisna'a contract to sell an item on the basis of description or specification that is similar to an item to be acquired from a manufacturer, and this is called *Istisna'a Muwazi*: Parallel Istisna'a [see item 7].
- 6/8 It is permissible for the Institution acting in the capacity of ultimate purchaser to appoint, after taking possession of the subject-matter, the manufacturer as an agent to sell the subject-matter to latter's customers on behalf of the Institution. This agency is permissible whether it is carried out free of charge, or for consideration either in the form of a fixed fee or a particular percentage of the sale price, on condition that the contract of agency and the contract of Istisna'a were not entered into in connection with each other.

7. Parallel Istisna'a

- 7/1 It is permissible for the Institution to buy items on the basis of a clear and unambiguous specification and to pay, with the aim of providing liquidity to the manufacturer, the price in cash when the contract is concluded. Subsequently, the Institution may enter into a contract with another party in order to sell, in the capacity of manufacturer or supplier, items whose specification conforms to the wishes of that other party, on the basis of parallel Istisna'a, and fulfil its contractual obligation accordingly. This is permissible on condition that the delivery date stipulated in the parallel (sale) contract must not precede that stipulated in the original purchase contract, and, moreover, the two contracts should remain separate from each other. [see item 3/1/4]
- 7/2 It is permissible for the Institution, acting in the capacity of the producer or supplier, to conclude an Istisna'a contract with the aim of selling such items to the customer on a deferred payment basis, and to enter into a Parallel Istisna'a contract on an immediate payment basis with a manufacturer or builder to acquire such items as per the specifications in the first contract and sell them to the customer. This

is permissible on condition that the two contracts should remain separate and, moreover, be subject to the matters set out in item 3/1/4.

7/3 As a result of concluding an Istisna'a contract in the capacity of a producer or supplier, the Institution must assume liability for ownership risk and maintenance and insurance expenses prior to delivering the subject-matter to the ultimate purchaser (the customer). Moreover, the Institution is not permitted, in the Parallel Istisna'a contract concluded with the manufacturer, to transfer to the latter the risk arising from its obligations towards the customer.

7/4 It is not permissible to make any contractual link between the obligations under two contracts (the contract of Istisna'a and the contract of Parallel Istisna'a) when they are concluded. Therefore, it is also not permissible for a party to an ordinary Istisna'a contract (I) to withdraw his contractual obligations or delay delivering the subject-matter of the contract because the obligation under Parallel Istisna'a did not take place or (II) to increase the price of the goods to be delivered because of an increase in the cost of goods in the Parallel Istisna'a. However, there is no restriction on the right of the Institution to stipulate conditions and requirements when concluding a Parallel Istisna'a contract as a purchaser, including a penalty clause similar to, or different from, that which the customer has stipulated in the first Istisna'a contract in which the Institution is the supplier.

8. Date of Issuance of the Standard

This Standard was issued on 29 Safar 1422 A.H., corresponding to 23 May 2001 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah Standard on Istisna'a and Parallel Istisna'a was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (6) held on 25-29 Safar 1422 A.H., corresponding to 19-23 May 2001 A.D.

In its meeting No. (8) held in Makkah Al-Mukarramah on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board readopted a resolution to reformat the Shari'ah rules for Istisna'a and Parallel Istisna'a in the form of a Shari'ah standard.

Appendix (A)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah on 8-12 Ramadan 1421 A.H. corresponding to 4-8 December, 2000 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of the a Shari'ah rules for Istisna'a and Parallel Istisna'a.

On Monday 11 Shawwal 1420 A.H. corresponding to 17 January 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee recommended to the Shari'ah Board the commissioning of a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft on the Shari'ah Rules for Istisna'a and Parallel Istisna'a.

In its meeting held in Bahrain on 21-23 Muharram 1421 A.H., corresponding to 26-28 April 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah Rules for Istisna'a and Parallel Istisna'a and asked the consultant to make amendments in light of the comments made by the members.

In its meeting No. (4) held in Abu Dhabi, United Arab Emirates on 14 Sha'ban 1421 A.H. corresponding to 10 November 2000 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft and made some relevant amendments.

The revised exposure draft of the Shari'ah Rules was presented to the Shari'ah Board in its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah on 8-12 Ramadan 1421 A.H. corresponding to 4-8 December 2000 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the standard and decided that it should be distributed to specialists and interested parties to obtain their comments in order to discuss them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain on 4-5 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 27-28 February 2001 A.D. The public hearing was attended by more than thirty participants representing central banks, Institutions, accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others who are interested in this field. Members of the Shari'ah Studies Committee responded to the written comments that were sent prior to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Fatwa and Arbitration Committee held its meeting No. (5) in Bahrain on 15 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 10 March 2001 A.D., to discuss the comments made about the exposure draft. The committee made the necessary amendments in light of both the written comments that were received and oral comments that took place in the public hearing.

The Shari'ah Board in its meeting No. (6) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 25-29 Safar 1422 A.H., corresponding to 19-23 May 2001 A.D., discussed the amendments made by the Fatwa and Arbitration Committee, and made necessary amendments. The standard was adopted in the name of Shari'ah Rules for Istisna'a and Parallel Istisna'a. Some paragraphs were adopted by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

The Shari'ah Board decided in its meeting No. (7) held in Makkah Al-Mukarramah on 9-13 Ramadan 1422 A.H. corresponding 24-28 November 2001 A.D. to reformat all Shari'ah rules in the form of standards and a committee was formed for this purpose.

In its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 28 Safar - 4 Rabi' I 1423 A.H. corresponding to 11-16 May 2002 A.D., the Shari'ah Board adopted the reformatting of the Shari'ah Rules for investment and Financing No. (4) on Istisna'a and Parallel Istisna'a in the name of Shari'ah Standard No. (11) on Istisna'a and Parallel Istisna'a without any substantial changes in the content.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the standard in its meeting held in Rabi' II 1433 A.H. corresponding to March 2012 A.D.

in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

In its meeting No. (4) held in Al-Madinah Al-Munawwarah, Kingdom of Saudi Arabia on 27-29 Sha'ban 1436 A.H. corresponding to 14-16 June 2015 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved necessary amendments, and the standard was adopted in its current amended version.

Appendix (B)

The Shari'ah Basis for the Standard

Legitimacy of Istisna'a Contract

The legitimacy of Istisna'a is based on the request of the Prophet (peace be upon him) that a pulpit (a platform) for preaching and a finger ring be manufactured for him.⁽²⁾ An Istisna'a contract is also permissible on the basis of the principle of Istihsan (Shari'ah approbation), the general principles of contracts and transactions and the objectives of Shari'ah. The Istisna'a is a binding contract and not a mere promise. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in support of the legitimacy of Istisna'a.⁽³⁾

Istisna'a Contract

- The basis for it not being permissible that the role of the Institution remain as a mere financier for a deal concluded between the supplier and the ultimate purchaser is that this would lead to involvement in a Riba transaction which makes the Istisna'a contract a mere cover-up and not a real Istisna'a.
- The basis for stating that an Istisna'a contract is binding is the view of Imam Abu Yusuf, as stated in the "*Majjalat Al-Ahkam Al-'Adliyyah*", (known in English by the name the Mejjelle), that the manufacturer has spent money in order to manufacture and to deliver according to specification. If the ultimate purchaser has a right to refuse the manufactured goods, then the manufacturer will incur losses.

(2) The Hadith in which the Prophet (peace be upon him) requested the manufacture of finger ring has been related by Al-Bukhari and Muslim: "*Sahih Al-Bukhari*" [5: 220]; and "*Sahih Muslim*" [3: 1655]. The Hadith in which the Prophet (peace be upon him) requested the manufacture of a pulpit for preaching has been related by Al-Bukhari in his "*Sahih*" [2: 908].

(3) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 65 (3/7).

- The basis for the impermissibility of the manufacturer including a defect exclusion clause in an Istisna'a contract is that a valid Istisna'a is a sale of specified goods to be delivered in the future and exclusion of liability as to defects is valid only in the sale of particular identified goods. This prohibition of excluding liability as to defects in Istisna'a is one feature that makes it different from an ordinary sale.
- The basis for the impermissibility of drawing up Istisna'a contracts or procedures in a way that appears to be a mere interest-based financing is the need to avoid involvement in a Riba transaction, a potential Riba or 'Inah sales.

Subject Matter of, and Guarantees in, an Istisna'a Contract

- The basis for the impermissibility of concluding an Istisna'a contract for items that are not manufactured or constructed is that items that are not the subject of transformation by manufacture or construction by man, that is natural things such as animals, fruits and vegetables, are not by definition covered by the term Istisna'a which means a sale of materials on condition that they be subjected to transformation by a manufacturing or construction process.
- The basis for the permissibility of concluding an Istisna'a for manufactured items that either have or do not have equivalents in the market is because it is normal for people to deal in these kinds of item. As a principle, rules that are based on customary practice will change whenever such customary practice is changed. Therefore, any customary transaction that is subject to specifications may be a subject-matter of Istisna'a, regardless of whether it is for use or consumption.
- The basis for not allowing the subject-matter of Istisna'a to be a specific identified item is that an Istisna'a contract involves a sale for future delivery based on a specification. Therefore, if the items to be sold are specific identified items, the transaction involves selling identified items that the seller does not own, which is prohibited by the saying of the Prophet (peace be upon him): "*Do not sell what you own not*".⁽⁴⁾

(4) The Hadith has been related by Al-Tirmidhi in his "*Sunan*" [3: 534], edited by Ahmad Shakir; and Al-Albani, "*Irwa' Al-Ghalil*" [5: 132].

Again, items to be manufactured or constructed do not yet exist and thus cannot be specific and identified. The non-existent item is to be produced and delivered later and this constitutes a non-monetary obligation of the supplier.⁽⁵⁾

- The basis for the permissibility of a stipulation by the ultimate purchaser that the manufacture be carried out by the Institution itself is because this stipulation does affect the purpose of the contract. Rather, this condition is relevant in this contract because the ultimate purchaser may be interested in the items that are produced by a particular supplier due to this supplier's distinguished competence in manufacturing or construction and the quality of the items manufactured or constructed by this supplier.
- The basis for the permissibility of the manufacturer presenting to the ultimate purchaser either what he has produced or what other parties have produced, if the ultimate purchaser did not stipulate to the contrary, is because this satisfies the purpose of the contract. This is the case because the items are being delivered according to the specifications that are laid down in the contract.
- The basis for the permissibility of stipulating a time-period during which manufacturer remains liable for any manufacturing or construction defects is that such a stipulation serves the purpose of the contract. This is because the ultimate purchaser wants to use the subject-matter and this is not possible unless the subject-matter is free from defects.
- The basis for the requirement that the price be known is to remove any lack of knowledge and uncertainty that may lead to dispute.
- The basis for the permissibility in Istisna'a of payment on deferred terms or on an instalment basis is that labour (i.e. transformation and added value) is an important part of the items to be sold and this makes the transaction similar to a leasing contract in which it is permissible for the rentals to be paid on a deferred or instalment basis without this being considered as a sale of debt for debt which is prohibited. The same ruling applies to Istisna'a.

(5) See: "*Majallat Al-Ahkam Al-'Adliyyah*", article (158).

- The basis for the permissibility of offering a difference in the price for an Istisna'a contract relating to a difference in the date of delivery is that Istisna'a is analogous to an Ijarah contract. The fuqaha have stated that it is permissible to give a labourer in Ijarah an option regarding wages depending on whether the worker finishes the work in one day or in two days. The hirer may say two dinars if the worker finishes in one day or one dinar if he finishes in two days. Istisna'a is similar to this. There is a resolution issued during the Al Baraka Annual Forum supporting this ruling.⁽⁶⁾
- The basis for not allowing a contract of Istisna'a to be drawn up on the basis of a Murabahah sale, for example, by determining the price of Istisna'a on a cost- plus basis, is because the subject-matter of Murabahah should be something already in existence, the cost of which is known and which is owned prior to the conclusion of a Murabahah sale. An Istisna'a contract, on the other hand, is concluded prior to ownership of the subject-matter, because (I) it is a sale based on a specification giving rise to a future obligation, and (II) the actual cost will be known only after the completion of the work, and, (III) the price in a contract of Istisna'a should be known when the contract is concluded.
- The basis for deciding that the Institution is not obliged to give a discount when the actual costs of the manufacture are substantially greater than the estimated costs or when it secures a discount from the manufacturer is because the Istisna'a contract and Parallel Istisna'a contract are independent in terms of obligation and effects. The Shari'ah Supervisory Board of the Kuwait Finance House has issued a Fatwa in this respect.⁽⁷⁾
- The basis for the permissibility of the Institution acquiring all necessary guarantees is that these guarantees secure its rights and this request does affect the purpose of a contract.

Changes to an Istisna'a Contract

- The basis for the impermissibility of extending the date of payment in return for consideration is because that is Riba.

(6) See: Resolution No. (13/7).

(7) "Al-Fatawa Al-Shar'iyyah Fi Al-Masa'il Al-Iqtisadiyyah", Fatwa No. (447).

- The basis for the permissibility of discounting for unconditional earlier payment is the saying of the Prophet (peace be upon him) in the case of Ubay Ibn Ka'b (may Allah be pleased with him) and his debtor: "*Write off a portion of your debt*".⁽⁸⁾ The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in support of this rule.⁽⁹⁾
- The ultimate purchaser (the owner of the land) is not entitled to acquire ownership of incomplete building structures or utilities that are already in place without giving consideration to the builder if the builder is unable to continue to discharge his obligation. The basis for this is that the construction was initiated by the builder at the request of the ultimate purchaser and such a request is stronger than a mere permission to build on the latter's land.
- The basis for the permissibility of a contract of Istisna'a including a clause that the manufacturer is not liable for extra expenses that result from additional conditions inserted into the contract at a later date as a result of directives of the relevant authorities, is because this condition is agreed upon by the parties and does not affect the purpose of Istisna'a contract. The Shari'ah Supervisory Board of Kuwait Finance House has issued a Fatwa in respect to this ruling.⁽¹⁰⁾
- The basis for the permissibility of a penalty clause in an Istisna'a contract is that such a clause is in the interest of the contract and because it is laid down in respect to an obligation regarding items that must be produced and delivered in the future and not in respect to monetary debt.

Supervision of the Execution of an Istisna'a Contract

The basis for the permissibility for the Institution, when acting as the ultimate purchaser, to appoint a technically experienced consulting firm and the permissibility for the Institution, when acting as the manufacturer, to appoint the ultimate purchaser as an agent is because agency is permissible and there is nothing against it in an Istisna'a contract provided it is done with the agreement of the parties.

(8) The Hadith has been related by Al-Bukhari in his "*Sahih*" [1: 179] and [2: 965].

(9) International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 64 (7/2).

(10) See: Fatwa No. (251).

Delivery and Disposal of the Subject-Matter

The basis for the impermissibility of selling the items to be produced prior to taking either actual or constructive possession of them is that such an action is considered as selling a non-existent item. It is also considered as selling what one does not own because it is not available for the seller at the time of conclusion of the contract.

Parallel Istisna'a

The basis for the permissibility of the Institution entering into a contract with another party in order to sell, in the capacity of manufacturer, builder or supplier, items whose specification conforms to the wishes of that other party, on the basis of Parallel Istisna'a, is that in such a case there are two separate deals of Istisna'a. There is no link between the two contracts; hence, this is not an instance of two sales in one deal, which is impermissible. The separation of the two contracts also has the effect of making the transaction a type of non-Riba-based financing.

Appendix (C)

Definitions

Istisna'a Contract

Istisna'a is a contract of sale of specified items to be manufactured or constructed, with an obligation on the part of the manufacturer or builder (contractor) to deliver them to the customer upon completion.

Parallel Istisna'a

Another form of Istisna'a, known in modern custom as Parallel Istisna'a "*al-Istisna'a al-Muwazi*", takes effect through two separate contracts. In the first contract, the Islamic Financial Institution acts in the capacity of a manufacturer, builder or supplier and concludes a contract with the customer. In the second contract, the Institution acts in the capacity of a purchaser and concludes another contract with a manufacturer, builder or supplier in order to fulfil its contractual obligations towards the customer in the first contract. By this process, a profit is realised through the difference in price between the two contracts and, in most cases, one of the two contracts is concluded immediately, (i.e. the Istisna'a contract entered into with the manufacturer, builder or supplier), while the second contract (i.e. the contract entered into with the customer) is concluded later.

Difference Between Istisna'a and Ijarah

The contract of Istisna'a differs from the contract of Ijarah in the sense that the latter is a contract of services without any commitment to supply materials whereas the former requires that the manufacturer or builder provide both services for the transformation or construction process and ultimately to supply the materials in the form of the finished items.

Difference Between Istisna'a and a Standard Construction Contract

The contract of Istisna'a also differs from a standard construction contract in that the latter is regarded as an Ijarah contract if it is confined to providing

Shari'ah Standard No. (12)

Sharikah (Musharakah)
and Modern Corporations

(Revised Standard)

Contents

| Subject | Page |
|---|-------------|
| Preface | 325 |
| Statement of the Standard | 326 |
| 1. Scope of the Standard | 326 |
| 2. Definitions, Classifications and Types of Sharikat al-'Aqd..... | 326 |
| 3. First Category: Traditional Fiqh-Nominate Partnerships..... | 327 |
| 3/1 General rulings of Sharikah, especially Sharikat al-'Inan | 327 |
| 3/2 Partnership in creditworthiness or reputation..... | 337 |
| 3/3 Service partnerships (professional or vocational partnerships and partnerships in skilled trades)..... | 337 |
| 4. Second Category: Modern Corporations | 338 |
| 4/1 Stock company | 338 |
| 4/2 Joint-liability company | 342 |
| 4/3 Partnership in commendum | 343 |
| 4/4 Company limited by shares..... | 344 |
| 4/5 Allotment/particular (Muhassah) partnership..... | 345 |
| 5. Diminishing Musharakah | 346 |
| 6. Date of Issuance of the Standard..... | 348 |
| Adoption of the Standard | 349 |
| Appendices | |
| Appendix (a): Brief History of the Preparation of the Standard..... | 350 |
| Appendix (b): The Shari'ah Basis for the Standard..... | 352 |
| Appendix (c): Definitions..... | 363 |

IN THE NAME OF ALLAH, THE ALL-MERCIFUL, THE MOST MERCIFUL

All praise be to Allah, the Lord of all the worlds, and blessings and peace be upon our master, Muhammad, and his household and all his companions

Preface

The objective of this standard is to explain the basis and general rulings for Sharikat al-'Aqd, (contractual partnership) which is known today as Musharakah, including the rulings for joint partnership, reputation (creditworthiness) partnership, vocation partnership, diminishing partnership and modern corporations. The explanation of these partnerships includes definitions, rulings applicable to each partnership and the Shari'ah limitations that must be taken into account by Islamic financial Institutions (Institution/Institutions).⁽¹⁾

(1) The word (Institution/Institutions) is used here to refer, in short, to Islamic financial institutions including Islamic Banks.

Statement of the Standard

1. Scope of the Standard

This standard covers all forms of traditional Fiqh-nominate partnerships that operate on the basis of Sharikat al-'Aqd (contractual partnership), except the partnerships that are explicitly excluded by this standard as indicated below. The standard also applies to all modern forms of partnerships including diminishing Musharakah. The standard does not cover ownership partnership where the parties jointly own an asset. It does not include rules for Sharikat al-Mufawadah because the practical application of this form of partnership is rare and, if need be, reference should be made to Fiqh books. The standard does not cover Mudarabah, because this form of partnership has a separate standard. In the same vein, it does not cover sharecropping partnerships, such as irrigation and agricultural partnerships. The standard also does not cover, as far as modern partnerships are concerned, regulatory policies and procedures necessary for operations in the market.

2. Definition, Classifications and Types of Sharikat al-'Aqd

2/1 Definition of Sharikat al-'Aqd

Sharikat al-'Aqd (contractual partnership) means an agreement between two or more parties to combine their assets, labour or liabilities for the purpose of making profits.

2/2 Classifications of Sharikat al-'Aqd

Sharikat al-'Aqd is classified into two main categories:

First Category: Traditional Fiqh-Nominate Partnerships.

Second Category: Modern Corporations.

2/2/1 The traditional Fiqh-nominate partnerships are as follows:

a) Sharikat al-'Inan (contractual partnership)

- b) Sharikat al-Wujuh or Al-Dhimam, i.e. partnership of credit-worthiness or reputation (liability partnership)
- c) Sharikat al-'Amal (vocational partnerships and partnerships for undertaking difficult work or accepting jobs)

2/2/2 Modern corporations and their well-known forms are as follows:

- a) Stock company
- b) Joint-liability company
- c) Partnership in commendum
- d) Company limited by shares
- e) Allotment (Muhassah) partnership
- f) Diminishing partnership (this partnership has originated from Sharikat al-'Inan)

3. First Category: Traditional Fiqh-Nominate Partnerships

3/1 General rulings for Sharikah, especially Sharikat al-'Inan

Sharikat al-'Inan is a partnership between two or more parties whereby each partner contributes a specific amount of money in a manner that gives each one a right to deal in the assets of the partnership, on condition that the profit is distributed according to the partnership agreement and that the losses are borne in accordance with the contribution of each partner to the capital.

3/1/1 Conclusion of a Sharikah contract

3/1/1/1 A Sharikah contract can be concluded by agreement between the parties concerned on the basis of offer and acceptance. The contract of partnership should, if necessary, be documented and registered officially. The objectives of the partnership must be clearly spelt out in the document of partnership or in the articles of association of the company.

3/1/1/2 It is permissible for the Institution to enter into a partnership contract with non-Muslims or conventional banks to carry out operations acceptable by Shari'ah

unless it has become evident that the funds or items presented by these entities for the purpose of the partnership are from non-permissible sources. In operating a partnership with non-Muslims or conventional banks, arrangements must be made to obtain all necessary assurances and guarantees that rules and principles of the Shari'ah are observed during operations of the partnership. Among such guarantees is one to the effect that the operations of the company be either managed or supervised by an entity that observes the Shari'ah rules.

3/1/1/3 It is permissible for the Institutions to include conventional banks as partners in a syndicated financing which operates on the basis of Shari'ah, provided that the Institution secures the right to manage the partnership's operations and that such operations are subject to the Shari'ah supervision. [see Shari'ah Standard No. (24) on Syndicated Financing]

3/1/1/4 It is permissible for the partners to amend at any point of time the terms of a partnership contract. They may make changes to the ratio of profit-sharing, taking into account that any losses are shared according to the share of each partner in the partnership capital.

3/1/2 The capital of Sharikah

3/1/2/1 In principle, the capital of Sharikah should be contributed in the form of monetary assets on which one can rely in order to determine the amount of the capital and to recognise profit or loss. Nevertheless, it is permissible, with the agreement of all partners, to provide tangible assets (commodities) as the capital of Sharikah after the monetary values of these assets are determined and expressed in currency in order to know the share contributed by each partner.

- 3/1/2/2 If partners have contributed their partnership capital in different currencies, these currencies must be translated into the currency of the Sharikah at current exchange rates so as to determine the shares and liabilities of each partner.
- 3/1/2/3 The share of each partner in the capital should be determined, whether it is contributed in the form of one lump sum or by more than one payment over time; i.e., when there is a need for additional funds to increase the capital.
- 3/1/2/4 It is not permitted that debts (receivables) alone be used as a contribution to the Sharikah capital. However, debts may form part of the contribution to the capital where they become inseparable from other assets that can be presented as a contribution to the capital in Sharikah, such as when a manufacturing firm use its net assets as a contribution to the capital. [see Shari'ah Standard No. (21) on Financial Paper]
- 3/1/2/5 The funds of current accounts, although they are juristically classified as loans to the Institutions, can be presented as a contribution to the capital in a Sharikah either with the Institution itself or with a third party.

3/1/3 Managing a Sharikah venture

- 3/1/3/1 In principle, each partner is entitled to act in the interest of the partnership in the following transactions: spot or deferred sales; taking possession or custody of the partnership receivables; making payments or deposits and providing or receiving a mortgage on behalf of the partnership; asking for payment of debts, admission of liabilities, taking up legal actions, cancellation of contracts, rejecting defective goods, renting the assets of the partnership, processing transfers of rights and

debts; requesting credit facilities in the interest of partnership; and doing what is customary in the interest of trading. A partner is not entitled to act against the interest of the partnership or to perform actions that will damage the partnership, such as giving out grants or loans, unless all the partners have consented to such an action. However, the partner may give out short-term minor loans that will not, according to customary practice, affect the operation of partnership.

- 3/1/3/2 It is permissible for the partners to agree that the management of the partnership will be restricted to certain partners or to a single partner. In this case, the other partners are bound to abide by their consent not to act on behalf of the partnership.
- 3/1/3/3 It is permissible for the partners to appoint a manager other than one of the partners and pay him a fixed remuneration that will be included in the expenses of the Sharikah. It is also permissible that the partners set aside a portion of the investment profit plus a fixed remuneration as a form of incentive for the manager. However, if the management is carried out from the outset for a percentage share in the profit earned, this action classifies the manager as a Mudarib and he is only entitled to a share in the profit, if any, and deserves no further remuneration for management services.
- 3/1/3/4 It is not permitted, in a Sharikah contract, to specify a fixed remuneration for a partner who contributes in managing the Sharikah funds or provides some form of other services, such as accounting. However, it is permissible to give him a greater share of profit than he would receive solely on the basis of his share in the partnership capital.

3/1/3/5 It is permissible that one of the partners be appointed to provide services that are mentioned in item 3/1/3/4 provided that the appointment is based on an independent contract from the Sharikah contract so that he may be dismissed as a manager at any point of time without the need to amend or to terminate the Sharikah contract. In this case, the appointed partner may earn a specific remuneration.

3/1/4 Guarantees in a Sharikah contract

3/1/4/1 All partners in a Sharikah contract maintain the assets of the Sharikah on a trust basis. Therefore, no one is liable except in cases of misconduct, negligence or breach of contract. It is not permitted to stipulate that a partner in a Sharikah contract guarantees the capital of another partner.

3/1/4/2 It is permissible for a partner in a Sharikah contract to stipulate that another partner provides a personal guarantee or a mortgage to cover cases of misconduct, negligence or breach of contract.

3/1/4/3 A third party may provide a guarantee to make up a loss of capital of some or all partners. This guarantee is circumscribed with the conditions that (I) the legal capacity and financial liability of such a third party as a guarantor are independent from the Sharikah contract, (II) the guarantee should neither be provided for consideration nor linked in any manner to the Sharikah contract; (III) the third party guarantor should not own more than a half of the capital in the entity to be guaranteed, and (IV) the guaranteed entity should not own more than a half of the capital in the entity that undertakes to provide a guarantee. In case of a third party's undertaking to guarantee, the partner benefiting from such

an undertaking is not, however, entitled either to claim that the Sharikah contract becomes null and void or to refuse to meet his obligations under the contract if the guarantor fails to meet his voluntary promise to cover the loss of his capital, on the grounds that he (the beneficiary) entered into the Sharikah contract taking into account the state of such a third party's undertaking to guarantee the loss of his capital.

3/1/5 The outcome of Sharikah investments (profit and loss)

- 3/1/5/1 The Sharikah contract should incorporate a provision specifying the manner of sharing profits between the parties. The allocation of profits must be made in a manner that gives each partner an undivided percentage of profit, not a sum of money or a percentage of the capital. [see item 3/1/5/9]
- 3/1/5/2 It is not permitted to defer the determination of the profit percentages due to each partner until the realisation of profit. The profit percentage for each partner must be determined at the conclusion of Sharikah contract. The parties may bilaterally agree to amend the percentages of profit-sharing on the date of distribution. Also, a partner may relinquish, on the date of distribution, a part of the profit that is due to him in favour of another party.
- 3/1/5/3 In principle, the shares of profit may be in proportion to the percentage of each partner's contribution to the Sharikah capital. Nevertheless, the partners may agree to make profit-sharing not proportionate to their contributions to capital, provided the additional percentage of profit over the percentage of contribution to the capital is not in favour of a sleeping partner. If a partner did not stipulate a condition that he be

a sleeping partner, then he is entitled to stipulate an additional profit share over his percentage of contribution to the capital even if he did not work.

- 3/1/5/4 It is a requirement that the proportions of losses borne by partners be commensurate with the proportions of their contributions to the Sharikah capital. It is not permitted, therefore, to agree on holding one partner or a group of partners liable for the entire loss or liable for a percentage of loss that does not match their share of ownership in the partnership. It is, however, valid that one partner takes, without any prior condition, the responsibility of bearing the loss at the time of the loss.
- 3/1/5/5 It is permissible for the partners to agree on the adoption of any method of allocation of profit, either permanent or variable, for example, by agreeing that the percentages of profit shares in the first period are one set of percentages and in the second period are another set of percentages, depending on the disparity of the two periods or the magnitude of the realised profit. This is allowed provided that using such a method does not lead to the likelihood of a partner being precluded from participation in profit.
- 3/1/5/6 It is not permitted to start the allocation of profit between the partners unless the operating costs, expenses and taxes are deducted in calculating the profit and the capital of the Sharikah is maintained intact.
- 3/1/5/7 It is not permitted that the conditions or modes of profit allocation in a Sharikah contract include any clause or condition that may result in the probable violation of the principle of sharing profit. For example, if a pre-determined amount of profit or a specific percentage of capital is assigned to one of the partners, this assignment will be rendered void. If the assignment

is amended before profit comes forth, profit shall be divided in accordance with what partners agreed on as to amendment. Otherwise, profit shall be divided based on each partner's respective share in capital.

- 3/1/5/8 Taking into account the provisions of item 3/1/5/3, it is permissible to agree that if the profit realised is above a certain ceiling, the profit in excess of such a ceiling belongs to a particular partner. The parties may also agree that if the profit is not over the ceiling or is below the ceiling, the distribution will be in accordance with their agreement.
- 3/1/5/9 The profit may be finally distributed on the basis of the proceeds of selling all the existing assets, known as actual valuation, or on the basis of constructive valuation of assets which means valuation of the assets of the Sharikah at fair value. The receivables must be valued at the cash value that is expected to be realised, i.e. after deduction of an allowance for doubtful debts. In valuing receivables, it is not permitted to take account of the time value of money (interest) or the notion of discount on the basis of current value, i.e. a discount of the amount of the debt as consideration for earlier payment, and cash amounts shall be recognized as is.
- 3/1/5/10 It is not permitted that the final allocation of profit take place based on expected profit, i.e. it is necessary that the allocation of profit take place on the basis of actual profit earned through actual or constructive valuation of the sold assets.
- 3/1/5/11 It is permissible to allocate some funds to any of the partners on account, i.e. before actual or constructive valuation, on condition that the final actual settlement will take place at a later stage. In this case, the parties

should undertake to reimburse to the Sharikah any amount that they have received in excess of their share of profit after actual or constructive valuation.

3/1/5/12 If the subject matter of Sharikah is assets acquired for leasing that bring in income or the subject matter is services that bring in revenue, then the amount distributed to the partners annually is on account, and it is subject to settlement and reimbursement at the end of the Sharikah.

3/1/5/13 It is permissible, based on the articles of association or a decision of the partners, not to distribute the profits of the company. It is also permissible to set aside periodically a certain ratio of profit as a solvency reserve or as a reserve for meeting losses of capital (investment risk reserve) or as a profit equalisation reserve.

3/1/5/14 It is permissible to agree on setting aside a proportion of profit for non-partners as a charitable donation.

3/1/6 Maturity of Sharikah

3/1/6/1 Each partner is entitled to terminate the Sharikah (i.e. to withdraw from the partnership) after giving his partner/s due notice to this effect, in which case he shall be entitled to his share in the partnership, and this withdrawal would not necessitate the termination of the partnership of the remaining partners. It is permissible for the partners to enter into a binding promise for the continuity of the partnership for a period of time. In this case, it is permissible for the parties to agree to terminate the partnership before such a fixed period. In all these cases, the obligations and actions that took place before termination will remain unaffected and they will continue to exist.

- 3/1/6/2 It is permissible for a partner to issue a binding promise to buy, either within the period of operation or at the time of liquidation, all the assets of the Sharikah as per their market value or as per agreement at the date of buying. It is not permissible, however, to promise to buy the assets of the Sharikah on the basis of face value.
- 3/1/6/3 A Sharikah venture comes to an end at the expiry date or before the expiry date if the partners agree to terminate it prematurely, or, in the case of partnership in a particular business, by actual liquidation of the assets that constitute the subject matter of the partnership. The termination of a Sharikah can take place on the basis of constructive liquidation. In this case, the Sharikah will be regarded as if it has been ended and the parties have commenced a new partnership whereby the assets that were not sold through actual liquidation, but have been valued on the basis of constructive liquidation, will be considered as the capital of the new partnership. If the liquidation is based on the expiry date, then all the existing assets shall be sold according to current market values and the proceeds will be used as follows:
- a) Payment of liquidation expenses.
 - b) Payment of financial liabilities from the net assets of the partnership.
 - c) Distribution of the remaining assets among the partners in accordance with their percentage of contribution to the capital. If the assets fall short and the partners do not recover all of their contributed capital, the distribution shall take place on a pro rata basis to the shares of capital.

3/2 Partnership in creditworthiness or reputation (liability partnership)

3/2/1 A partnership in creditworthiness (partnership of liability) is a bilateral agreement between two or more parties to conclude a partnership to buy assets on credit on the basis of their reputation for the purpose of making profit, whereby they undertake to fulfil their obligations according to the percentages determined by the parties. In addition, the parties should determine for each partner the percentage of profit sharing and of liability sharing, which latter may, by agreement, differ, downwards or upwards, from the percentage of profit sharing.

3/2/2 The partnership in creditworthiness has no monetary capital. This is because the subject matter of the partnership is an obligation or a liability that is contingent on creditworthiness (outstanding reputation). This is the obligation of the partners to pay the amount of debts created through purchases on credit, which form the liability of the partners. Therefore, the parties should agree on the ratio of liability for which each partner is responsible when paying such debts.

3/2/3 The profit shall be distributed according to the agreement. However, the loss will be borne by each partner according to the ratio that each partner had undertaken to bear in proportion to overall assets that are purchased on credit. It is not permitted that the contract of partnership incorporates a provision that specifies a lump sum from the profit for a particular partner.

3/3 Service partnerships (professional or vocational partnerships and partnerships in skilled trades)

3/3/1 A service partnership is an agreement between two or more parties to provide services pertaining to a profession, vocation or skilled trade or to render some services or professional advice or to manufacture goods, and to share profit according to an agreed upon ratio.

- 3/3/2 The service partnership has no monetary capital. This is because the subject matter of the partnership is rendering services. There is no Shari'ah implication regarding any disproportion in the services the partners or their representatives may have rendered. The partners may also distribute different types of services among themselves and may assign some or all partners a set of services or a particular service in a way that will achieve the integration and purpose of the overall service to be rendered.
- 3/3/3 The profit shall be distributed among the partners according to the agreed ratio, but the contract should not specify that a lump sum be paid from the profit to a particular partner.
- 3/3/4 If the service partnership requires capital goods (e.g., equipment or tools), then it is permissible for each party to provide the necessary goods that his services require, in which case each partner owns the goods he has provided. The partners may contribute funds to acquire the goods on the basis of a partnership in ownership. It is also permissible for a party to a Sharikah contract to provide the capital goods required by the partnership in consideration for fees that will be charged against the Sharikah operation as expenses.

4. Second Category: Modern Corporations

4/1 Stock company

4/1/1 Definition of a stock company

- 4/1/1/1 A stock company is a company of which the capital is partitioned into equal units of tradable shares and each shareholder's (co-owner's) liability is limited to his share in the capital. It is a form of financing partnership. The rules of Sharikat al-'Inan apply to this company except on the issue of the limited liability of the shareholders and the fact that this type of company cannot be unilaterally terminated by one party or a minority of its shareholders. [see items 4/1/2/1 and 4/1/2/9]

4/1/1/2 The stock company has a juristic personality through its incorporation by law in such a way that it cannot avoid its obligations to people dealing with it. This separates the liability of the company from the liability of its shareholders (the co-owners) and also establishes for it a separate legal capacity as required for necessary legal arrangements, irrespective of the legal capacity of the shareholders. By definition, a stock company is entitled to initiate legal claims through its representative. It is subject to the jurisdiction of the place of its incorporation.

4/1/2 Shari'ah Rulings relating to a stock company

4/1/2/1 The contract forming a stock company is binding during the duration designated by the articles of association for the continuity of the company on the basis of the undertaking of the parties not to dissolve the company unless the majority of the partners have consented to do so. Therefore, no one is entitled to dissolve (to terminate) the company in respect to his shares. However, a shareholder is entitled to sell his shares or to relinquish title to them in favour of another person.

4/1/2/2 It is permissible for the issuer of shares to add a certain percentage to the actual value of the shares on the subscription date in order to recover issuing expenses, provided that such percentage is appropriately estimated to reflect the actual expenses incurred.

4/1/2/3 It is permissible to issue new shares in order to increase the capital provided the new shares are issued at the fair value of the old shares. This should be done in accordance with the opinion of experts in valuation of the company's assets. In other words, the new issues can be issued at a premium or at a discount to their nominal value, or issued at a market value.

- 4/1/2/4 It is permissible that a shareholder underwrite an issue of shares without any consideration. In such a case, there is an agreement between a person and the company on the date of incorporation of the company, or of a share issue, to the effect that such a person is undertaking to buy all or part of the shares issued. In other words, it means an undertaking to subscribe all the remaining shares that are not subscribed at its nominal value. However, it is permissible for a shareholder to ask for consideration for services provided other than the underwriting, such as conducting feasibility studies or marketing the shares.
- 4/1/2/5 It is permissible that a part of payment for subscription of shares be made in an instalment and that the other instalments be deferred. In this case, the paid instalment is a contribution to the Sharikah capital, and the deferral of some instalments constitutes an undertaking to increase his share of capital in the company subsequently. This is permissible provided the instalments cover all the shares and that the company's liability is confined to the value of the subscribed shares.
- 4/1/2/6 It is not permitted to purchase shares using interest-based loans, provided by either a broker or any other person, in consideration for mortgaging the shares as a security for payment.
- 4/1/2/7 It is not permitted for someone to sell shares that he does not own and the promise of a broker to lend the shares to him at the date of delivery does not constitute ownership or possession of the shares. This is not allowed especially if the broker stipulates that the seller must pay the price of the shares so that he can deposit it and earn interest in return for such a loan.

- 4/1/2/8 In the legitimate public interest, it is permissible for the relevant authorities to organise trading in shares in such a way that trading will not take place except through specific licensed stockbrokers.
- 4/1/2/9 It is permissible to restrict the liability of a company to its paid up capital if this is made public, in order to make the customers of the company aware of the financial position of the company without any uncertainty or lack of transparency.
- 4/1/2/10 It is permissible to sell shares in the company subject to rules and regulations of the company that do not conflict with Shari'ah, such as pre-emptive rights of the existing shareholders to purchase the shares.
- 4/1/2/11 It is permissible to mortgage the company's shares. However, this is subject to the rules and regulations of the company vis-à-vis the right of the shareholders to mortgage their ownership rights to undivided shares in the company.
- 4/1/2/12 It is permissible to issue shares "to the order of" (nominative shares).
- 4/1/2/13 It is permissible to issue "bearer shares". This is executed by handing over to the investor a certificate that represents a right to shares in the company and receiving their value in cash or acquiring a counter deed recognising a debt against the shareholder. In this case, the common ownership of shares represented by the certificate is vested in the holder of the certificate of shares at any time.
- 4/1/2/14 It is not permitted to issue preference shares, i.e. shares that have special financial characteristics that give them a priority at the date of liquidation of the company or at the date of distribution of profit. However, it is

permissible to grant certain shares, in addition to being entitled to rights attached to common shares, certain procedural and administrative privileges, such as a right of vote.

4/1/2/15 It is not permitted to issue *Tamattu'* (enjoyment) shares: shares that entitles the holder a participation in the net profit, but not to vote and which are gradually redeemed before the termination of the company through distribution of profits.

4/2 Joint-liability company

4/2/1 Definition of Joint-liability Company

4/2/1/1 A joint-liability company is a form of personal partnership. It is a necessary requirement that this partnership is publicly declared as a registered company assigned a unique title (trademark).

4/2/1/2 A joint-liability company has a juristic personality and independent financial liability unrelated to the liability of the partners. Nevertheless, all the partners are personally responsible for the obligations and liabilities of the company if the existing assets cannot meet the liabilities of the company.

4/2/1/3 In addition to maintaining documents of the joint-liability company, the partners are also obliged to maintain commercial documents relating to external trade activities.

4/2/2 Shari'ah Rulings relating to Joint-liability Companies

4/2/2/1 A creditor of a joint-liability company is entitled to demand fulfilment of all or part of his rights from any of the partners in any way the creditor deems fit. Therefore, the creditor is not obliged to claim such fulfilment from the company first.

4/2/2/2 The contract of a joint-liability partnership is not binding; hence, a partner is entitled to withdraw from the partnership on the following conditions:

- a) If the partners did not set a duration for the company. If they agreed on a duration, then such duration must be observed.
- b) The partner should notify the other partners of the intention to withdraw.
- c) If the unilateral withdrawal from the partnership would not cause damage to other partners.

4/2/2/3 It is not permissible for the partner to bring in a substitute for himself without the agreement of the other partners.

4/3 Partnership in commendum

4/3/1 Definition of partnership in commendum

4/3/1/1 Partnership in commendum is a form of financing partnership. This is because the personality of the operating partner is important for the sleeping partner and because there is a difference in terms of determination of the ownership of the partners, whereby the ownership is calculated based on disproportionate lots and not on the basis of proportionate shares that are equal in number.

4/3/1/2 This form of company consists of managing partners and sleeping partners. The managing partners in this partnership are jointly liable for the obligations of the company from their personal wealth on the basis of joint-liability. The liability of each sleeping partner is limited to the number of lots he owns and his liability does not extend to his personal assets. It is permissible to limit the liability of some investors

without any consideration for limiting their liability, in which case the company consists of joint-liability partners and partners with limited liability. [see item 4/1/2/9]

4/3/1/3 It is not permissible for the sleeping partners to interfere in the operations of the company. The law does not even allow that their names be mentioned on the date of the registration of the company. Only the funds collected from the sleeping partners are mentioned.

4/3/1/4 The management of the company may be delegated either to one of the joint liability partners or to a third party. The sleeping partners are not entitled to manage the company.

4/3/2 Shari'ah Rulings relating to the partnership in commendum

4/3/2/1 Profit must be distributed according to the ratio of lots or agreement. Losses are borne by managing and sleeping shareholders partners, according to the ratio of their shares in the capital.

4/3/2/2 It is not permissible to stipulate that a sleeping partner has a right to an amount of profit according to a particular percentage of the capital or a lump sum. [see item 3/1/5/8]

4/4 Company limited by shares

4/4/1 Definition of a company limited by shares

The company limited by shares is a form of personal partnership. The subscription in this company is in accordance with equal numbers of shares and it comprises of managing partners and sleeping partners.

4/4/2 Shari'ah Rulings relating to the company limited by shares

4/4/2/1 The managing partners in this company are liable for the obligations of the company from their personal

assets on the basis of joint liability. They are in the position of a person who works as a Mudarib and simultaneously participates in a partnership. The sleeping partners' liability is limited to the number of the shares each partner owns and does not extend to his own assets. In this case, the liability of sleeping partners is equivalent to that of the capital providers in a Mudarabah contract. It is permissible to limit the liability of some investors without any consideration for limiting their liability, in which case the company consists of joint liability partners and partners with limited liability. [see item 4/1/2/9]

- 4/4/2/2 It is not permissible for the sleeping partners to interfere in the operations of the company. The law does not even allow that their names are mentioned on the date of the registration of the company. Only the funds collected from the sleeping partners are mentioned.
- 4/4/2/3 The management of the company may be delegated either to one of the managing partners or to a third party. The sleeping partners are not entitled to manage the company.
- 4/4/2/4 Profit must be distributed according to the ratio of participation or agreement. Losses are borne by the managing shareholding partners and sleeping shareholding partners according to their shares in the capital. And any excess losses shall be borne by managing partners.
- 4/4/2/5 It is not permissible to stipulate that a sleeping partner has a right to an amount of profit according to a particular percentage of the capital or a lump sum.

4/5 Allotment/particular (Muhassah) partnership

4/5/1 Definition of allotment partnership

- 4/5/1/1 The definition of Sharikat al-'Inan is applicable to an allotment partnership [see item 3/1]. This type of partner-

ship belongs to the personal (private) form of company. The reason for this is that the partners take into account before concluding a partnership each ones financial strength and ability to meet financial obligations from his personal assets.

4/5/1/2 Sharikat al-Muhassah has no juristic personality because people other than the partners do not know about it. This partnership does not have any separate financial liability as an entity.

4/5/2 Shari'ah rulings relating to Muhassah Company

4/5/2/1 The rulings for and basis of a Muhassah company do not differ from those for an 'Inan partnership. [see item 3/1]

4/5/2/2 The liability of partners is personal and, as such, they are liable for the liabilities of the company from their personal assets. The rules for and classification of an allotment partnership do not differ from 'Inan partnership.

4/5/2/3 The contract of a Muhassah partnership is not binding. However, if the parties agree to make it binding for a particular period of time, then they shall be bound by such an agreement. [see 4/3/2/2]

4/5/2/4 A partner in Sharikat al-Muhassah is entitled to terminate his partnership on condition that (I) he notifies other partners of his intention to withdraw and (II) the unilateral withdrawal from partnership would not cause damage to other partners or clients of the company. The partnership can be liquidated by way of actual or constructive liquidation of the company's assets.

5. Diminishing Musharakah

5/1 Diminishing Musharakah is a form of partnership in which one of the partners promises to buy the equity share of the other partner

gradually until the title to the equity is completely transferred to him. It is necessary that this buying and selling should not be stipulated in the partnership contract. In other words, the buying partner is allowed to give only a promise to buy. This promise should be independent of the partnership contract. In addition, the buying and selling agreement must be independent of the partnership contract. It is not permitted that one contract be entered into as a condition for concluding the other.

- 5/2 The general rules for partnerships must be applied to a diminishing partnership, especially the rules for Sharikat al-'Inan. Therefore, it is not permitted that the contract of diminishing partnership include any clause that gives any of the parties a right to withdraw his share in the capital.
- 5/3 It is not permitted to stipulate that one partner should bear all the cost of insurance or maintenance on the ground that he will eventually own the subject matter of the partnership.
- 5/4 Each partner should contribute part of the capital. The contribution may be in the form of cash or tangible assets that can be translated into a monetary value, for example, a land for building or equipment required for the operation of partnership. The loss, if any, shall be borne periodically by the parties in accordance with the participation ratio of each partner as the equity stake of one partner decreases and the stake of the other partner increases.
- 5/5 The ratio of profit or income of the partnership that each partner (the Institution and customer) is entitled to should be clearly determined. However, it is permissible for the partners to agree on a ratio of profit sharing that is disproportionate to the ratio of equity ownership. It is also permissible for the partners either to maintain the ratio of profit already determined even if the ratio of equity shares has changed, or to agree on amending the ratio of profit sharing due to the change in the ratio of equity shares. In doing so, they must ensure that the principle of allocation of losses in accordance with the ratio of equity share of ownership is maintained.

- 5/6 It is not permitted to stipulate that one partner has a right to receive a lump sum out of the profits. [see item 3/1/5/8]
- 5/7 It is permissible for one of the partners to give a binding promise that entitles the other partner to acquire, on the basis of a sale contract, his equity share gradually, according to the market value or a price agreed at the time of acquisition. However, it is not permitted to stipulate that the equity share be acquired at their original or face value, as this would constitute a guarantee of the value of the equity shares of one partner (the Institution) by the other partner, which is prohibited by Shari'ah.
- 5/8 The partners may arrange for the acquisition of the equity share of the Institution in a manner that serves the interests of both parties. This includes, for example, a promise by the Institution's client to set aside a portion of the profit or the return he may earn from the partnership for the acquisition of a percentage of the equity of the Institution. The subject matter of the partnership may be divided into shares, in which case the Institution's partner can purchase a particular number of these shares at certain intervals until the partner becomes the owner of the entire shares and consequently becomes the sole owner of the subject matter of the partnership.
- 5/9 It is permissible for either of the partners to rent or to lease the share of the other partner for a specified amount and for whatever duration, in which case each partner will remain responsible for the periodical maintenance of his share on a timely basis.

6. Date of Issuance of the Standard

This Standard was issued on 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 16 May 2002 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah Standard on Sharikah (Musharakah) and Modern Corporations was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah on 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D.

Appendix (A)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah on 8-12 Ramadan 1421 A.H., Corresponding to 4-8 December 2000 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of a Shari'ah Standard on Sharikah (Musharakah) and Modern Corporations.

On Saturday 15 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 10 March 2001 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee recommended to the Shari'ah Board the commissioning of a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft on the Shari'ah Rules for Sharikah (Musharakah) and Modern Corporations.

In its meeting held on 18 Muharram 1422 A.H., corresponding to 12 April 2001 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah Rules for Sharikah (Musharakah) and Modern Corporations and asked the consultant to make amendments in light of the comments made by the members. The Committee also held a meeting on 20 Jumada II 1422 A.H., corresponding to 8 September 2001 A.D. and made some amendments in light of the comments made by the members.

The revised exposure draft of the Standard was presented to the Shari'ah Board in its meeting No. (7) held in Makkah Al-Mukarramah on 9-13 Ramadan 1422 A.H., corresponding to 24-28 November 2001 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the standard and decided that it should be distributed to specialists and interested parties in order to obtain their comments and discuss them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain on 29-20 Dhul-Hajjah 1422 A.H., corresponding to 2-3 February 2002 A.D. The public hearing was attended by more than thirty participants representing central banks, institutions,

accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others who are interested in this field. Some of the members of the Shari'ah Board responded to the written comments that were sent prior to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Shari'ah Standards Committee in its meeting held on 21-22 Dhul-Hajjah 1422 A.H., corresponding to 6-7 March 2002 A.D., in the Kingdom of Bahrain discuss the comments made about the exposure draft. The Committee made the necessary amendments, which it deemed necessary in light of both the discussions that took place in the public hearing, and the written comments that were received.

The Shari'ah Board in its meeting No. (8) held on 28 Safar – 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., in Al-Madinah Al Munawwarah discussed the amendments made by the Shari'ah Standards Committee, and made the necessary amendments, which it deemed necessary. Some paragraphs of the standard were adopted by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board, while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the standard in its meeting held in Rabi' II 1433 A.H., corresponding to March 2012 A.D. in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

In its meeting No. (41) held in Al-Madinah Al Munawwarah, Kingdom of Saudi Arabia on 27-29 Sha'ban 1436 A.H., corresponding to 14-16 June 2015 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved necessary amendments, and the standard was adopted in its current amended version.

Appendix (B)

The Shari'ah Basis for the Standard

Permissibility of Partnership

The Fuqaha have classified partnerships into four categories, namely Sharikat al-'Inan (contractual partnership), Sharikat al-Abdan (skilled trade partnership), Sharikat al-Mufawadah (agency-like partnership) and Sharikat al-Wujuh (creditworthiness or reputation partnership). The most important of all is Sharikat al-'Inan (contractual partnership). The permissibility of this form of partnership is established by the Qur'an, the Sunnah and practical consensus of the Fuqaha.

The permissibility of Sharikah is supported by the Saying of Allah, the Almighty: *{“...And, verily, many partners oppress one another, except those who believe and do righteous good deeds, and they are few...”}*.⁽²⁾

Among the Sunnah provisions that support the permissibility of partnership is the case of Al-Sa'ib Ibn Abu Al-Sa'ib Al-Makhzumi who was a partner of the Prophet (peace be upon him) in business at the beginning of Islam. On the day when the Prophet (peace be upon him) conquered Mecca, he met Al-Sa'ib, then he (peace be upon him) said: *“Welcome my brother and my partner. He jokes not (i.e. he is serious in business) and do not argue (unnecessarily).”*⁽³⁾

Moreover, partnership is one of the main transactions in all societies since the advent of Islam. This constitutes, therefore, a practical consensus for the permissibility and validity of partnerships.

The partnerships for which the jurists have clarified their rules are the origins of the modern corporations, such as joint-stock companies whose

(2) [Sad: 24]

(3) The Hadith had been related by Al-Hakim who deemed it authentic [2: 61]. Al-Dhahabi agreed with Al-Hakim.

financial standing and obligations are related to the volume of the shares of the company and on its juristic personality, not on the personality of the shareholders. Therefore, the general rules for various partnerships in Shari'ah will govern modern forms of corporations. However, the procedural systems relating to representation of partnership companies and bureaucratic, administrative and accounting procedures are required by Maslahah (consideration of the public good or common need), which is an acceptable source for validating human actions provided it is employed in line with the principles of Shari'ah.

The general basis of Sharikah is agency (Wakalah) because each partner is acting as a principal partner, on one hand, and acting in the interest of the partnership, on the other hand, as an agent for the remaining partners. Unlike other partnerships, *Sharikat al-Mufawadah* combines rules of agency and guarantee simultaneously.

Conclusion of Sharikah Contract

- It is permitted to conclude a partnership contract with non-Muslims or conventional banks for carrying out permissible operations in association with necessary guarantees that they will observe Shari'ah precepts and principles. The Shari'ah basis for this is the Hadith stating: *"The Messenger of Allah has prohibited concluding partnership with Jews and Christians unless the selling and buying is in the hands of the Muslim"*.⁽⁴⁾ The cause of the prohibition is the fear of being involved in interest-based transactions or in concluding impermissible contracts and this fear is absent when there are guarantees to observe and apply Shari'ah rulings.⁽⁵⁾ Al Baraka Forum has issued a resolution in support of partnership between Islamic banks and conventional banks.⁽⁶⁾
- The basis for the permissibility of an agreement on amending the terms of partnership and the profit sharing ratio is that this action does not lead to a possibility of precluding a partner from getting a share of profit.⁽⁷⁾

(4) *"Musannaf Ibn Abu Shaybah"* [6: 9].

(5) See: Ibn Qudamah, *"Al-Mughni"* [7: 110-111].

(6) See: Resolution No. (9/1): *"Fatawa Nadwat Al Baraka"* No. 9, (P. 151).

(7) See: Resolution No. (11/8): *"Fatawa Nadwat Al Baraka"* No. 11, (P. 194).

Capital of Sharikah

- The basis for the permissibility that Sharikah capital may be contributed in the form of tangible assets other than cash, after valuation, is that the purpose of Sharikah is to give partners a right to use the contributed money freely and to share the profit. This objective is realisable even if the capital is contributed in the form of tangible assets just as it is in the case of a contribution in cash. Therefore, it is just as valid to present tangible assets for Sharikah investment as to present cash. At the liquidation, each one of the partners will be entitled to the equivalent value of the assets presented at the conclusion of the Sharikah.⁽⁸⁾ This is the view of the Maliki and the Hanbali scholars.⁽⁹⁾
- The basis for the requirement that a payment of contribution to Sharikah capital in a currency different from the designated currency of partnership must be valued according to the current exchange rate at the time of payment is that this action is a currency exchange between two currencies which is permitted provided it is carried out at the current exchange rate. This is evidenced by the Hadith in which Ibn Umar asked the Prophet (peace be upon him) concerning selling camels at (a place in Medina called Al-Baqi') in a currency and collecting payment in a different currency. The Prophet (peace be upon him) endorsed the transaction provided it had taken place according to the current exchange rate.⁽¹⁰⁾
- The basis for the requirement that the investments of parties in the capital should be properly determined is that failure to do so will lead to ambiguity in respect to the capital. It is not permissible that the capital of Sharikah be ambiguous since certainty as to the amount of the capital is a benchmark for sharing profit. The equitable distribution of profit is not possible if the amount of capital contributed by each party is ambiguous.⁽¹¹⁾
- The basis for rejecting payment of partnership capital in receivables alone is that debts owed to a partner by another partner cannot actually be used in partnership operations, as they are not assets in possession.

(8) "Al-Mughni" [7: 124]

(9) "Hashiyat Al-Dusuqi" [2: 517]; and "Al-Mughni" [5: 17].

(10) The source of the Hadith has been stated earlier.

(11) "Al-Mughni" [7: 125].

Again, this may potentially lead to Riba when the partner is the one in debt.⁽¹²⁾ However, if the receivables are combined with other assets and the ratio of debt to the total assets is negligible, then debt and the other assets can be presented as a contribution to partnership capital. The basis for this is the principle of *Taba'iyyah* (things dependent on another thing) as per the legal maxim: "A thing which in fact follows from another thing follows it also in law and judgment cannot be given separately for a thing that follows from another" and the legal maxim: "The law is flexible in things that follow from another".

- The basis for allowing current accounts as capital in partnership is that, in spite of their being considered as loan, they are presumed to be possessed by the accountholders because the funds are available on demand. This is because the Institutions are obliged by their regulations and directives of the supervisory bodies to pay the owner on demand or accept cheques against these accounts irrespective of the financial situation of the Institution.

Managing a Partnership

- The basis for the right of each partner to participate in the management of the partnership is that partnership is based on elements of agency and trust. The element of agency requires that each party be entitled to be involved in the operations in a manner that is in the interest of the partnership. The element of trust requires that each party act for the benefit of the partnership.⁽¹³⁾
- The basis for not allowing a fixed remuneration for a partner who assists in the management is that this may lead to guaranteeing the capital of this partner, or to his not being exposed to risk of loss, if any, in proportion to his contribution in the capital.
- The basis for the permissibility of appointing, by a separate independent contract, one partner to manage the partnership and the permissibility of paying him wages is that the partner becomes an employee of the company and he is not acting in the capacity of a partner.

(12) "*Hashiyat Al-Dusuqi*" [3: 517]; and "*Al-Mughni*" [5: 17].

(13) See: "*Al-Mughni*" [7: 128].

Guarantees in Partnership

- The basis of the requirement that a partner is not liable except in cases of misconduct or negligence, and of the impermissibility of a stipulation to the effect that a partner guarantees the capital of another partner, is that partnership operates on the basis of trust, and to hold a trustee liable for losses (except in the case of misconduct or negligence) is impermissible.⁽¹⁴⁾
- The basis for allowing a party to a partnership to require a guarantee or a mortgage from another party as security against cases of misconduct and the like is that this requirement does not conflict with the rules for partnership. Again, the general principle of contracts and partnerships is that parties are required to observe stipulated terms as far as possible.⁽¹⁵⁾
- The basis for the permissibility of a “promise to guarantee” by a third party whose financial liability is independent from the parties to a partnership is that this action is a mere charitable act and an undertaking that is independent of the partnership contract. In other words, a fulfilment of a promise by a third party is not a condition for the permissibility of the contract. In addition, the third party’s guarantee does not adversely affect the established Shari’ah principle against guaranteeing capital or profit. A resolution was issued by International Fiqh Academy in support of the permissibility of a third party’s promise to guarantee.⁽¹⁶⁾
- The basis for the requirement that the guaranteeing Institution should not be the owner of the guaranteed Institution or vice versa is that by ownership the transaction becomes in substance a guarantee by a partner of the capital of another partner.

Outcome of Partnership Investment (Profit and Loss)

- The basis for the impermissibility of an agreement to determine the profit share on the basis of a lump sum or a percentage of the capital is because this is inconsistent with the sharing of profit and because profit is not realised unless the capital is maintained intact.

(14) See: Ibn Qudamah, *“Al-Kafi”* [2: 230]; and *“Al-Mubdi”* [4: 256].

(15) See: Fatwa (1/5) of Al Baraka First Forum, 1403 A.H.: *“Qararat Wa Fatawa Nadwat Al Baraka”* (P. 18).

(16) International Fiqh Academy resolution No. 30 (5/4).

- The basis for the impermissibility of deferring the statement of the profit ratio of each party until profit is realised is because such a procedure involves uncertainty which may potentially lead to dispute. However, the parties are entitled to amend the profit ratio or to relinquish a right to profit on the date of distribution. This is because the profit belongs to them; hence, it is permissible for them to make amendments or relinquishments.
- The basis for the requirement that the profit share may be either proportionate or disproportionate to the contribution of each party in the capital is that an individual deserves a share in profit on the basis of the funds contributed, the work done or the risk borne. If an individual is involved in any of these three, then it is allowed for the parties to agree on a profit ratio accordingly. This is the opinion of the Hanafi and Hanbali schools.⁽¹⁷⁾
- The basis for the impermissibility of one party bearing losses or that each party bear a portion of losses that may not be proportionate to the share of each party in the capital is the saying of Ali Ibn Abu Talib (may Allah be pleased with him): "Profit distribution is according to agreement of the partners and loss must be borne in proportion to the contribution in the capital."⁽¹⁸⁾ Therefore, it is a void condition that one party should bear the loss of other parties and such a condition facilitates misappropriation of the property of others.
- The basis for the permissibility of the partners agreeing on any method for allocation of profit, whether fixed or variable during a particular period, is that this agreement is circumscribed with a condition that the method adopted should not contravene any Shari'ah principle, which means the method should not preclude a party from sharing in profit.
- The basis for not allowing final distribution of profit before deduction of expenses and expenditure is that there is no profit unless the capital is maintained intact.

(17) See: Al-Mirghinani, *"Al-Hidayah Sharh Al-Bidayah"* [3: 7-8], Al-Maktabah Al-Islamiyyah edition; Al-Kasani, *"Bada' i' Al-Sana' i'"* [6: 62-63]; and Ibn Muflih, *"Al-Mubdi"* [5: 4], Al-Maktab Al-Islami edition

(18) This Athar has been reported by Ibn Abu Shaybah in his *"Musannaf"* [4: 268], Riyadh: Maktabat Al-Rushd.

- The basis for the impermissibility of specifying a lump sum profit amount for one partner is that this action is inconsistent with sharing in profit.
- The basis for not allowing a partner to earn a share of profit and a fee simultaneously is that this fee is a lump sum that may preclude sharing in profit due to the possibility that the partnership business may not realise enough profit to cover it. The basis for allowing a partner to receive, based on a separate contract, a fee is that the contract that entitles a partner to a fee is not part of the partnership contract and because this fee is not inconsistent with sharing in profit, as the partner in this case is considered to be a third party.
- The basis for the permissibility of an agreement that if the profit realised is above a certain ceiling, the profit over such ceiling belongs to a particular partner, is because this constitutes a valid condition that is not inconsistent with profit sharing.⁽¹⁹⁾ Moreover, the capital provider is the one who will bear losses, if any.
- The basis for the permissibility of distributing profit based on constructive valuation is that the use of this method is permitted by Shari'ah⁽²⁰⁾ and was used in a number of cases, such as Zakah and theft. The basis for the permissibility of constructive valuation is also the saying of the Prophet (peace be upon him): *"If a co-owner of a slave frees his part, the slave will be set free against his property if he has property; otherwise, it will be valued by fair value and freed."*⁽²¹⁾
- The basis for the permissibility of distributing funds to partners on account, i.e. subject to settlement and refund of any additional profit acquired over the contribution to the capital on the date of actual liquidation, is because this action causes no damage to any of the partners since the distributed funds on account are subject to settlement at a later stage.

(19) *"Al-Bahr Al-Zakhkhar"* [5: 83], Dar Al-Kitab Al-Islami edition.

(20) See: Resolution No. (4) of the Islamic Fiqh Academy under the auspices of Muslim World League that was issued in the 16th session held in Mecca on 21-26/10/1422 A.H.; the International Islamic Fiqh Academy resolution No. 30 (5/4) and Fatwa No. (8/2) issued during the Al Baraka's 8th Forum on Islamic Economics in *"Fatawa Al Baraka"* (P. 134).

(21) This Hadith has been related by Muslim, See: *"Sahih Muslim"* [2: 1140].

- The basis for allowing distribution of partnership revenues, including the capital assets, prior to liquidation of the partnership is that the partners suffer no damage from this and also the distribution is subject to review and reimbursement when liquidation is actually effected.⁽²²⁾

Termination of Partnership

- The basis for the rule that termination of partnership will not affect obligations and actions that took place before it is protection of the remaining partners against any potential damage.
- The basis for the impermissibility of a promise by one of the partners to buy assets of the partnership at face value is that this constitutes a guarantee of the capital which is prohibited by Shari'ah. The basis for the permissibility of a promise to buy the assets of partnership at the market value is that this does not constitute a guarantee of capital.

Modern Corporations

- The permissibility of modern corporations is dependent on the principle of Shari'ah that human transactions are, in principle, permissible (*Mubah*) as long as there is no clear injunction against them, especially in view of the fact that the categorisation of any one or more of these corporations had parallels in Shari'ah-nominate contracts, such as 'Inan partnership, Mudarabah and the like.⁽²³⁾

Stock Companies

- The basis for the permissibility of underwriting issues of shares without taking consideration is that this is an undertaking that does not involve an impermissible act, such as taking a commission for a guarantee. The International Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in this respect.⁽²⁴⁾
- The basis for the impermissibility of buying shares using an interest-based loan provided by a stockbroker or other party against a mortgage of the shares is that this is an interest-based transaction secured by

(22) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 30 (5/4), and resolution of Islamic Fiqh Academy under the auspices of Muslim World League during its 16th session.

(23) See: Abdul-Aziz Al-Khayyat, "Al-Sharikat" [2: 158-159].

(24) See: The International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

shares.⁽²⁵⁾ In this case, both transactions are prohibited by an explicit source that indicates that Allah, the Almighty, has cursed a person who lives on interest-based transactions, a person who pays such interest, and a person who notarises or acts as a witness for such transactions.

- The basis for the impermissibility of selling shares that the seller does not own is that this constitutes selling of an item that one does not own or an involvement in a transaction without bearing a risk which is prohibited by Shari'ah.
- The basis for allowing a mortgage of shares is that mortgaging is permissible. Moreover, anything that can be sold may be presented as a mortgage as in the case of shares unless the bylaws of the company state otherwise in which case the conditions stated must be observed.
- The basis for the permissibility of "shares to the order of" (nominative shares) is that this is a form of transferring ownership of shares to another investor. The acceptance by the remaining shareholders of the bylaws of the company that give a right to transfer is an implied consent to the transfer of ownership.⁽²⁶⁾ The basis for the permissibility of "bearer shares" is that it is a sale of shares by a shareholder to another investor. The acceptance by the remaining shareholders of the bylaws of the company that give a right to sell is an implied consent to the sale. The fact that the identification and personality of the new shareholder (the purchaser) is not known to other shareholders will not affect the sale as they may be provided with this information if need be.⁽²⁷⁾
- The basis for the impermissibility of issuing preference (preferred) shares is that preference shares are inconsistent with profit sharing and involve depriving other partners of their fair share of profit.⁽²⁸⁾
- The basis for the impermissibility of issuing shares that entitle the holder a participation in the net profit and entitles the company to gradually redeem the participation through the distribution of profits before the termination of the company, is because the funds the certificate holders receive constitute profit in respect of their shares. The claim that the

(25) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

(26) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

(27) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

(28) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

participations are redeemed in consideration for the distributed profit is invalid. Therefore, the certificate holders remain owners of the shares and are entitled to proceeds when the company is liquidated.⁽²⁹⁾

Joint Liability Company

- The basis for the permissibility of the undertaking of partners in a joint liability company to be jointly responsible is that the joint liability in this way is subject to the rules for guarantees. The permission granted by each of them to the others to act on behalf of the company is subject to the rules of agency as in the case of Mufawadah partnership which combines elements of guarantee and agency. The partners have consented to be liable jointly because there is no gain at the expense of any of the partners and no one is to be cheated.⁽³⁰⁾
- The basis for the impermissibility of bringing in a substitute partner in a joint liability company when the other partners did consent to it is that the personality of the partner is significant for the partners because the liability of the company includes his personal assets and the substitute may not be in the same financial position as the partner.

Partnership in Commendum

- The basis for the impermissibility of sleeping partners of partnership in commendum or company limited by shares being entitled to interfere in the management of the company is that they have agreed not to do so and this agreement does not affect the rules of partnership.
- The reason why the financial liability of the sleeping partners in partnership in commendum is limited to their shares is that they are in the position of capital providers in a Mudarabah contract.

Allotment (Particular) Partnership

The basis for the permissibility of unilateral termination of participation in this kind of partnership by any of the partners is that, in principle, unilateral termination of participation is allowed provided such action inflicts no damage to any of the partners as per the saying of the Prophet (peace be upon him): *"No harm to be inflicted and no reciprocal harm."*⁽³¹⁾

(29) See: International Islamic Fiqh Academy Resolution No. 63 (1/7).

(30) See: Abdul-Aziz Al-Khayyat, *"Al-Sharikat"* [2: 235].

(31) The Hadith has been related by Ibn Majah in his *"Sunan"* [2: 784].

Diminishing Partnership

- The basis for saying that all the general rules for partnerships, especially the rules for 'Inan partnership, are applicable to diminishing partnerships is to safeguard this new form of partnership from becoming a mere interest-based financing transaction in which a client undertakes to pay another party for his finance in addition to a share in the partnership income.
- The basis for the impermissibility of one partner being responsible for the expenses of insurance or maintenance is that this condition is in conflict with the nature of the partnership contract.⁽³²⁾

(32) See: Fatwa No. (219) of the Fatwas of Kuwait Finance House.

Appendix (C)

Definitions

Contract Partnership (Sharikat al-'Aqd)

Contract partnership is an agreement between two or more parties to combine their assets or to merge their services or obligations and liabilities with the aim of making profit.

Partnership of Ownership (Sharikat al-Milk)

Partnership of ownership (Sharikat al-Milk) is the combination of the assets of two or more persons in a manner that creates a state of sharing the realised profit or income or benefiting from an increase in the value of the partnership assets. This combination of assets for making profit necessitates bearing losses, if any. The ownership partnership is created by events beyond the partners' control such as the inheritance rights of heirs in the legacy of a deceased person. This partnership is also created by the wish of the partners such as when two or more parties acquire common shares in a particular asset.

Mufawadah Partnership

Mufawadah partnership is any partnership in which the parties are equal in all respects, such as funds contributed by them, their right to act and their liability, from the commencement of the partnership to the date of its termination.

Sharecropping Partnership (Muzara'ah)

Sharecropping is partnership in crops in which one party presents land to another for cultivation and maintenance in consideration for a common defined share in the crop.

Irrigating Partnership (Musaqat)

Irrigating partnership is a partnership that depends on one party presenting designated plants/trees that produce edible fruits to another in order to work on their irrigation in consideration for a common defined share in the fruits.

Shari'ah Standard No. (13)

Mudarabah
(Revised Standard)

Contents

| Subject | Page |
|--|-------------|
| Preface | 369 |
| Statement of the Standard | 370 |
| 1. Scope of the Standard | 370 |
| 2. Definition of Mudarabah..... | 370 |
| 3. Agreement of Mudarabah Financing | 370 |
| 4. Mudarabah Contract..... | 371 |
| 5. Types of Mudarabah..... | 372 |
| 6. Guarantees in a Mudarabah Contract | 372 |
| 7. Requirements Relating to the Capital..... | 372 |
| 8. Rulings and Requirements Relating to Profit | 373 |
| 9. Duties and Powers of the Mudarib..... | 375 |
| 10. Liquidation of a Mudarabah Contract | 378 |
| 11. Date of Issuance of the Standard..... | 378 |
| Adoption of the Standard | 379 |
| Appendices | |
| Appendix (a): Brief History of the Preparation of the Standard..... | 380 |
| Appendix (b): The Shari'ah Basis for the Standard..... | 382 |
| Appendix (c): Definitions..... | 389 |

IN THE NAME OF ALLAH, THE ALL-MERCIFUL, THE MOST MERCIFUL

All praise be to Allah, the Lord of all the worlds, and blessings and peace be upon our master, Muhammad, and his household and all his companions

Preface

The aim of this standard is to explain the Shari'ah rulings for restricted and unrestricted Mudarabah, whether the Islamic financial Institution (Institution/ Institutions)⁽¹⁾ is acting in the capacity of a Mudarib (entrepreneur) or in the capacity of an investor.

(1) The word (Institution/Institutions) is used here to refer, in short, to Islamic financial institutions including Islamic Banks.

Statement of the Standard

1. Scope of the Standard

This standard covers Mudarabah contracts between the Institution and the other entities or individuals. It also covers joint investment accounts and special purpose investment accounts if these accounts are administered on the basis of Mudarabah.

The standard does not cover Sukuk of Mudarabah (Mudarabah Certificates) or other types of partnership contracts, as these are covered by separate standards.

2. Definition of Mudarabah

Mudarabah is a partnership in profit whereby one party provides capital (Rab al-Mal) and the other party provides labour (Mudarib).

3. Agreement of Mudarabah Financing

3/1 It is permissible, on the basis of a general framework or a memorandum of understanding, to conclude Mudarabah financing contracts for a particular sum of money and within a particular defined duration provided that the memorandum of understanding will be later implemented in line with specific or successive Mudarabah transactions.

3/2 The memorandum of understanding should define the general contractual framework, indicating the intention of the parties to use either unrestricted or restricted Mudarabah financing instrument, either through revolving transactions or separate transactions. Also, the memorandum of understanding should indicate the profit ratio, and type of guarantees that shall be presented by the Mudarib to cover situations of negligence, misconduct or breach of contract and other relevant issues in this regard.

- 3/3 If the Mudarabah contract is actually concluded on the basis of the memorandum of understanding, the contents of the memorandum become an integral part of any future contract, unless the parties had originally agreed to exempt themselves from some of the obligations mentioned therein.

4. Mudarabah Contract

- 4/1 The Mudarabah contract may be concluded using terms such as Mudarabah, Qirad or Mu'amalah.
- 4/2 Both parties should possess the legal capacity to appoint agents and accept agency. Therefore, a Mudarabah contract may not be concluded in the absence of two contracting parties with absolute legal capacity or of their agents who enjoy legal capacity similar to that of the contracting parties.
- 4/3 The general principle is that a Mudarabah contract is not binding, i.e. each of the contracting parties may terminate it unilaterally except in two cases:
- 4/3/1 When the Mudarib has already commenced the business, in which case the Mudarabah contract becomes binding up to the date of actual or constructive liquidation.
- 4/3/2 When the contracting parties agree to determine a duration for which the contract will remain in operation. In this case, the contract cannot be terminated prior to the end of the designated duration, except by mutual agreement of the contracting parties.
- 4/4 A Mudarabah contract is one of the trust-based contracts. Therefore, the Mudarib is investing Mudarabah capital on a trust basis in which case the Mudarib is not liable for losses except in case of breach of the requirements of trust, such as misconduct in respect to the Mudarabah fund, negligence and breach of the terms of Mudarabah contract. In committing any of these, the Mudarib becomes liable for the amount of the Mudarabah capital.

5. Types of Mudarabah

Mudarabah contracts are divided into unrestricted and restricted Mudarabah.

5/1 An unrestricted Mudarabah contract is a contract in which the capital provider permits the Mudarib to administer a Mudarabah fund without any restrictions. In this case, the Mudarib has a wide range of trade or business freedom on the basis of trust and the business expertise he has acquired. An example of unrestricted Mudarabah is when the capital provider says, "Do business according to your expertise". However, such unrestricted business freedom in an unrestricted Mudarabah must be exercised only in accordance with the interests of the parties and the objectives of the Mudarabah contract, which is making profit. Therefore, the actions of the Mudarib must be in accordance with the business customs relating to the Mudarabah operations: the subject matter of the contract.

5/2 A restricted Mudarabah contract is a contract in which the capital provider restricts the actions of the Mudarib to a particular location or to a particular type of investment as the capital provider considers appropriate, but not in a manner that would unduly constrain the Mudarib in his operations.

6. Guarantees in a Mudarabah Contract

The capital provider is permitted to obtain guarantees from the Mudarib that are adequate and enforceable. This is circumscribed by a condition that the capital provider will not enforce these guarantees except in cases of misconduct, negligence or breach of contract on the part of Mudarib.

7. Requirements Relating to the Capital

7/1 In principle, the capital of Mudarabah must be provided in the form of cash. However, it may be presented in the form of tangible assets, in which case the value of the assets is the contribution to the Mudarabah capital. The valuation of the assets may be conducted by experts or as agreed upon by the contracting parties.

- 7/2 The capital of Mudarabah should be clearly known to the contracting parties and defined in terms of quality and quantity in a manner that eliminates any possibility of uncertainty or ambiguity.
- 7/3 It is not permissible to use a debt owed by the Mudarib or another party to the capital provider as capital in a Mudarabah contract.
- 7/4 For a Mudarabah contract to be valid and for the Mudarib to be considered as having control over the capital, the capital must be, wholly or partially, put at the disposal of the Mudarib, or the Mudarib must have free access to the capital.

8. Rulings And Requirements Relating to Profit

- 8/1 It is a requirement that the mechanism for distributing profit must be clearly known in a manner that eliminates uncertainty and any possibility of dispute. The distribution of profit must be on the basis of an agreed percentage of the profit and not on the basis of a lump sum or a percentage of the capital.
- 8/2 In principle, it is not permissible to earn a share of profit in addition to a fee in a Mudarabah contract. However, it is permissible for the two parties to construct a separate agreement independent of the Mudarabah contract assigning one party to perform, for a fee, a business activity that is not by custom part of Mudarabah operations. The independence of this separate agreement means that if the contract of providing this activity is terminated, this will not affect the contract of Mudarabah.
- 8/3 The parties shall agree on the ratio of profit distribution when the contract is concluded. It is also permissible for the parties to change the ratio of distribution of profit at any time and to define the duration for which the agreement will remain valid.
- 8/4 If the parties did not stipulate the ratio of profit distribution, then they shall refer to customary practice, if any, to determine the shares of profit. If the customary practice is that the profit is distributed equally, then this will be applied as such. If there is no customary practice in this regard, the Mudarabah contract is regarded void

ab initio, and the party who acts as the Mudarib should receive a common market price for the kind and amount of services that he provided as Mudarib.

- 8/5 If one of the parties stipulates that he should receive a lump sum of money, the Mudarabah contract shall be void. This rule does not apply to a situation where the parties agree that if the profit is over a particular ceiling then one of the parties will take the additional profit and if the profit is below or equal to the amount of the ceiling the distribution of profit will be in accordance with their agreement.
- 8/6 It is not permissible for the capital provider to give the Mudarib two amounts of capitals on condition that the profit earned on one of the two amounts would be taken by the Mudarib while the capital provider would take the profit earned on the other amount. It is not also permissible for the capital provider to state that the profit of one financial period would be taken by the Mudarib and the capital provider would take the profit of the following financial period. Similarly, it is not permissible to assign the profit from a particular transaction to the Mudarib and the profit from another transaction to the capital provider.
- 8/7 No profit can be recognised or claimed unless the capital of the Mudarabah is maintained intact. Whenever a Mudarabah operation incurs losses, such losses stand to be compensated by the profits of future operations of the Mudarabah. The losses brought forward should be set against the future profits. All in all, the distribution of profit depends on the final result of the operations at the time of liquidation of the Mudarabah contract. If losses are greater than profits at the time of liquidation, the balance (net loss) must be deducted from the capital. In this case, as he is a trustee the Mudarib is not liable for the amount of this loss, unless there is negligence or misconduct on his part. If the total Mudarabah expenses are equal to the total Mudarabah revenues, the capital provider will receive his capital back without either profit or loss, and there will be no profit in which the Mudarib is entitled to a share. If profit is realised, it must be distributed between the parties as per the agreement.

- 8/8 The Mudarib is entitled to a share of profit as soon as it is clear that the operations of the Mudarabah have led to the realisation of a profit. However, this entitlement is not absolute, as it is subject to the retention of interim profits for the protection of the capital. It will be an absolute right only after distribution, i.e. when actual or constructive valuations take place. It is permissible to distribute the realised profit among the parties on account, in which case the distribution will be revised when actual or constructive valuation takes place. The final distribution of profit should be made based on the selling price of the Mudarabah assets, which is known as actual valuation. It is also permissible that the profit be distributed on the basis of constructive valuation, which is valuation of the assets on the basis of fair value. Receivables shall be measured at the cash equivalent, or net realisable value, i.e. after the deduction of a provision for doubtful debts. In measuring receivables, neither time value (interest rate) nor discount on current value for extension of period of payment shall be taken into consideration.
- 8/9 If the Mudarib has commingled his own funds with the Mudarabah funds, the Mudarib becomes a partner in respect of his funds and a Mudarib in respect of the funds of the capital provider. The profit earned on the two commingled funds will be divided proportionately to the amounts of the two funds, in which case the Mudarib takes the profit attributable to his own funds, while the remaining profit is to be distributed between the Mudarib and the capital provider according to the provisions of the Mudarabah contract.

9. Duties and Powers of the Mudarib

The Mudarib should employ his best efforts to accomplish the objectives of the Mudarabah contract. The Mudarib should assure the capital provider that his money is in good hands that will act to find the best ways of investing it in a permissible manner.

- 9/1 If a Mudarabah contract is concluded on an unrestricted basis, the Mudarib is permitted, in general, to do what entrepreneurs do in his field of activity, including the following:

- 9/1/1 Attending to all permissible investment or trading fields that are feasible, given the amount of the capital at his disposal, and in which he believes that his expertise, and technical and professional qualifications are likely to give him the ability to compete effectively.
- 9/1/2 Carrying out the work himself or appointing another person to carry out some work if necessary, such as buying a commodity or marketing it for him.
- 9/1/3 Choosing as far as possible appropriate places and markets that are seemingly free of risks.
- 9/1/4 Safeguarding the Mudarabah funds or depositing them in the custody of a trustworthy person whenever appropriate.
- 9/1/5 Selling and buying on a deferred payment basis.
- 9/1/6 The Mudarib may do, either by permission or appointment of the capital provider, the following:
- a) The Mudarib may, at any time, combine a Mudarabah contract and a partnership (Sharikah) contract, irrespective of whether this takes place at the outset of the contract or after the commencement of Mudarabah operations, and of whether the partnership contribution is from the Mudarib himself or from a third party. The mixture of unrestricted investment deposits with the Institutions' funds is an example of this kind of combination.
 - b) The Mudarib may accept funds from a third party on a Mudarabah basis if this new contract will not affect his investment and management responsibility in respect of the first Mudarabah contract.
- 9/2 It is permissible for the capital provider, on the basis of his interests, to place restrictions on the actions of the Mudarib. Thus, Mudarabah operations may be restricted to a specified time and place, so that the Mudarib may only invest the Mudarabah funds during a particular time period or in a specified country or in a market of a particular

country. In addition, the Mudarabah operations may be restricted to investment in certain sectors such as services or trade sectors or a single commodity or a group of commodities. However, restricting the Mudarabah operations to certain commodities is circumscribed with a condition that such commodities must be commonly available so that, other things being equal, the restriction will not prevent the objectives of the Mudarabah contract from being achieved. For example, the commodities to which the Mudarabah is restricted must not be scarce, seasonal (and out of season) or in very limited supply with the consequence that the objectives of the Mudarabah contract cannot be achieved.

- 9/3 The capital provider is not permitted to stipulate that he has a right to work with the entrepreneur (Mudarib) and to be involved in selling and buying activities, or supplying and ordering. However, the Mudarib should refer to him in performing any action and should not act without consulting him. Also, the capital provider is not entitled to lay down conditions that will restrict movements or actions of the Mudarib, such as a stipulation that the Mudarib must enter into a partnership with others or a stipulation that the Mudarib must mix his personal funds with the Mudarabah funds.
- 9/4 The Mudarib must carry out all the work that any similar asset or fund manager would be liable, by custom, to do. In this case, the Mudarib is not entitled to a fee for this work as this is part of his responsibilities. If the Mudarib appoints another party on an Ijarah (hiring contract) basis to carry out such work, the wages for the worker must be paid from the personal funds of the Mudarib and not from the Mudarabah funds. The Mudarib may hire against the account of Mudarabah funds another party, at the prevailing rate, to execute work that is not by custom the responsibility of the Mudarib.
- 9/5 The Mudarib is not entitled to sell items for the Mudarabah operation at less than the common or market price, or to buy items for the Mudarabah operation at a price higher than common prices, unless if such action in either case is intended to achieve an objective that is obviously in the interest of the Mudarabah.

9/6 It is not permissible for the Mudarib to make a loan or a gift or a charitable donation out of the Mudarabah funds. Likewise, the Mudarib is not entitled to waive a right associated with the Mudarabah operation unless the capital provider has consented to his doing so.

9/7 If the Mudarib has a right to receive living expenses from the Mudarabah funds that has been approved by the capital provider, then he is entitled to the amount so approved for him. If there is no agreement on this, then the Mudarib should take living expenses in accordance with custom and reason. The Mudarib is also entitled to travelling expenses in accordance with custom and reason.

10. Liquidation of a Mudarabah Contract

10/1 A Mudarabah contract can be liquidated in the following manner:

10/1/1 Being a non-binding contract, it can be liquidated by unilateral termination of the contract by one of the parties.
[see item 4/3]

10/1/2 With the agreement of both parties.

10/1/3 On the date of maturity if the two parties had earlier agreed to set a time limit for it. [see item 3/4]

10/1/4 When the funds of Mudarabah contract have been exhausted or have suffered losses.

10/1/5 The death of the Mudarib or the liquidation of the institution that acts as Mudarib.

10/2 On the maturity of a Mudarabah operation, the assets should be liquidated in the manner explained in item 8/8.

11. Date of Issuance of the Standard

This Standard was issued on 4 Rabi' I, 1424 A.H., corresponding to 16 May 2002 A.D.

Adoption of the Standard

The Shari'ah Standard on Mudarabah was adopted by the Shari'ah Board in its meeting No. (8) held in Al-Madinah Al-Munawwarah during the period of 28 Safar to 4 Rabi' I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D.

Appendix (A)

Brief History of the Preparation of the Standard

In its meeting No. (5) held in Makkah Al-Mukarramah during the period of 8-12 Ramadan 1421 A.H., corresponding to 4-8 December 2001 A.D., the Shari'ah Board decided to give priority to the preparation of a Shari'ah Standard on Mudarabah.

On Saturday 15 Dhul-Hajjah 1421 A.H., corresponding to 10 March 2001 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee recommended to the Shari'ah Board the commissioning of a Shari'ah consultant to prepare a juristic study and an exposure draft on the Shari'ah Standard for Mudarabah.

In its meeting held on 18 Muharram 1422 A.H., corresponding to 12 April 2001 A.D., the Fatwa and Arbitration Committee discussed the exposure draft of the Shari'ah Rules for Mudarabah and asked the consultant to make amendments in light of the comments made by the members. The Committee also held a meeting on 20 Jumada II, 1422 A.H., corresponding to 8 December 2001 A.D., and made some amendments in light of the comments made by the members.

The revised exposure draft of the Standard was presented to the Shari'ah Board in its 7th meeting held in Makkah Al-Mukarramah during the period of 9-13 Ramadan 1422 A.H., corresponding to 24-28 November 2001 A.D. The Shari'ah Board made further amendments to the exposure draft of the Standard and decided that it should be distributed to specialists and interested parties in order to obtain their comments with the objective of discussing them in a public hearing.

A public hearing was held in Bahrain during the period of 29-20 Dhul-Hajjah 1422 A.H., corresponding to 2-3 February 2002 A.D. The public

hearing was attended by more than thirty participants representing central Institutions, Institutions, accounting firms, Shari'ah scholars, academics and others who are interested in this field. Some of the members of the Shari'ah Board responded to the written comments that were sent prior to the public hearing as well as to the oral comments that were expressed in the public hearing.

The Shari'ah Standards Committee in its meeting held during the period of 21-22 Dhul-Hajjah 1422 A.H., corresponding to 6-7 March 2002 A.D., in the Kingdom of Bahrain discussed the comments made on the exposure draft. The Committee made the amendments which it considered necessary in light of both the discussions that had taken place in the public hearing and the written comments that had been received.

The Shari'ah Board in its 8th meeting held on 28 Safar - 4 Rabi'I, 1423 A.H., corresponding to 11-16 May 2002 A.D., in Al-Madinah Al-Munawwarah discussed the amendments made by the Shari'ah Standards Committee, and made the necessary amendments, which it deemed necessary. Some paragraphs of the standard were adopted by the unanimous vote of the members of the Shari'ah Board, while the other paragraphs were adopted by the majority vote of the members, as recorded in the minutes of the Shari'ah Board.

The Shari'ah Standards Review Committee reviewed the Standard in its meeting held on Rabi' II, 1433 A.H., corresponding to March 2012 A.D., in the State of Qatar, and proposed after deliberation a set of amendments (additions, deletions, and rephrasing) as deemed necessary, and then submitted the proposed amendments to the Shari'ah Board for approval as it deemed necessary.

In its 41st meeting held in Al-Madinah Al-Munawwarah, Kingdom of Saudi Arabia during the period of 27-29 Sha'ban 1436 A.H., corresponding to 14-16 June 2015 A.D., the Shari'ah Board discussed the proposed amendments submitted by the Shari'ah Standards Review Committee. After deliberation, the Shari'ah Board approved necessary amendments, and the Standard was adopted in its current amended version.

Appendix (B)

The Shari'ah Basis for the Standard

Permissibility of Mudarabah and Its Rationale

- Mudarabah, known also as Qirad, is a contract that arranges cooperation in business investment between capital on one hand and entrepreneurship on the other, whereby the contracting parties jointly and commonly own the realised profit as per the agreement. The party providing the capital is known Rab al-Mal and the investor is known as Mudarib or 'Amil (literally, worker) or Muqarid.⁽²⁾

Mudarabah contract derives its permissibility from the following:⁽³⁾

- a) From the Qur'an is the Saying of Allah, the Almighty: {***“Others travelling through the land, seeking of Allah’s bounty”***}.⁽⁴⁾ This verse is interpreted to mean those who travel for the purpose of trading and seeking permissible income in order to provide for themselves and their family.
- b) From the Sunnah is the Hadith that says, “Al-'Abbas Ibn Abdul-Muttalib used to pay money for Mudarabah and to stipulate to the Mudarib that he should not travel by sea, pass by valleys or trade in livestock, and that the Mudarib would be liable for any losses if he did so. These conditions were brought before the Prophet (peace be upon him) and he approved them”.⁽⁵⁾ Among the Hadiths regarding the permissibility of Mudarabah is the case that states that “Umar Ibn

(2) Al-Marghinani, *“Al-Hidayah Sharh Bidayat Al-Mubtadi”* [3: 202]; Al-Kasani, *“Bada`i Al-Sana`i”* [6: 56 and 57]; Ibn Rushd, *“Bidayat Al-Mujtahid”* [2: 236]; and Ibn Qudamah, *“Al-Mughni”* [3: 26].

(3) *“Takmilat Al-Majmu”* [14: 357-360]; *“Subul Al-Salam”* [3: 76]; *“Bidayat Al-Mujtahid”* [2: 236]; *“Al-Hidayah”* [2: 202]; *“Al-Mughni”* [5: 26]; and *“Al-Muhadhdhab”* Printed with *“Al-Majmu”* [14: 357].

(4) [Al-Muzzammil (The One Wrapped in Garments): 20].

(5) The Hadith has been related by Al-Bayhaqi [6: 111].

Al-Khattab gave one man the funds belonging to an orphan for the purpose of Mudarabah and the man was trading with these funds in Iraq".⁽⁶⁾

- c) Ibn Al-Mundhir mentioned that there is generally consensus among the scholars in respect to the permissibility of a Mudarabah contract.⁽⁷⁾
 - The rationale for making this contract permissible includes the following:
 - a) Money cannot increase unless it is associated with work. It is also not permissible to provide money in return for a periodic pre-agreed payment (rent) to a person who is willing to invest it as this will constitute a debt with Riba.
 - b) The Mudarabah contract is made permissible to facilitate investment cooperation between capital providers who are not prepared to invest and manage their money themselves, and competent business or investment experts who lack adequate capital. In other words, there are some individuals who are rich but lack business or investment know-how and others who have business or investment expertise but lack money. This situation thus calls for the permissibility of the Mudarabah contract so as to combine the interests of the two parties.⁽⁸⁾

Moreover, a Mudarabah contract is an instrument that was commonly used in trade and which usage expanded in modern times to include business, services, and agricultural or horticultural and industrial activities.

- a) The business philosophy of conventional banks depends on the concept of renting out money and making profit in doing so, while Shari'ah prohibits this philosophy because of its being Riba. The Mudarabah financing instrument has been an essential instrument to develop Islamic financial Institutions (Institution/Institutions). This instrument is used by these institutions to attract unrestricted or restricted investment accounts and to reinvest these funds in various activities.

(6) The Hadith has been related by Al-Bayhaqi in "*Al-Ma'rifah*" (see: Al-Zayla'i, "*Nasb Al-Rayah*").

(7) "*Al-Mughni*" [7: 133-134].

(8) "*Takmilat Al-Majmu*" [14: 371].

Contract of Mudarabah

- The basis for the rule that both parties to a Mudarabah contract must be legally capable to appoint, or act as, an agent is because each party acts as an agent of the other party and appoints the other party to act on his behalf. The entitlement to appoint or act as an agent entitles one to conclude a Mudarabah contract.
- The basis for regarding a Mudarabah contract initially as a non-binding contract is that the Mudarib is using the capital provider's funds with his consent in a contractual relationship in which the Mudarib is just an agent, and an agency contract is not binding.
- The basis for making a Mudarabah contract binding once the work has commenced is that a unilateral termination of the contract at this stage might frustrate the objective of the parties to make profit and might cause damage to the Mudarib since he might not receive any compensation for his work.
- The basis for allowing a time limit for the operation of a Mudarabah contract is that a Mudarabah contract is, in essence, an agency contract, which is subject to a designated duration.⁽⁹⁾ The International Fiqh Academy has issued a resolution in this respect.⁽¹⁰⁾
- The basis for considering the Mudarib as a trustee with respect to the Mudarabah funds is that the Mudarib is using another person's money with his consent, and the Mudarib and the owner of the funds share the benefits from the use of the funds. In principle, a trustee should not be held liable for losses sustained by the funds. Rather, the risks of such losses must be borne by the Mudarabah funds.

Guarantees in a Mudarabah Contract

- The basis for allowing guarantees in a Mudarabah that would be used in case of misconduct and negligence of the Mudarib is that in such a case the Mudarib then becomes liable for losses and must bear the consequences of these actions.⁽¹¹⁾

(9) *"Al-Mughni"* [7: 133-134].

(10) Resolution No. 122 [5: 13].

(11) This is the opinion of the Shari'ah Board of Al Rajhi Company, see *"Al-Mudhakkirah Al-Tafsiriyyah"*. It is also endorsed in the First Al Baraka Forum.

Requirements Relating to the Capital

- The basis for it being permissible that the capital of Mudarabah may be constituted by the value of tangible assets contributed is that the objective of Mudarabah is to make profit. This objective can be realised whether the capital is contributed in the form of tangible assets or cash. This rule is based on the view of the Maliki and the Hanbali jurists.⁽¹²⁾
- The basis for the requirement that the capital of Mudarabah should be clearly known and should be defined in terms of quality and quantity in a manner that eliminates any possibility of uncertainty or ambiguity is because recognition of profit is dependent on the recovery of the capital on the date of liquidation. However, recovery of the capital cannot be ascertained if its amount was not known earlier, and this lack of knowledge may potentially lead to a dispute.
- The basis for not allowing a debt owed by the Mudarib to the capital provider be contributed as capital in a Mudarabah contract is because, as a principle, Mudarabah capital must be (at the conclusion of a Mudarabah contract) an asset that is available and cannot be used on the spot for the Mudarabah operations. A debt fails to meet this requirement, as it is a receivable that is not available for use when the contract is concluded. Moreover, considering a debt as capital of Mudarabah involves potential Riba. This is because the creditor may be suspected of having extended the debt tenure in order to get additional consideration (for the extension) from the debtor under the name of Mudarabah.
- The basis for the requirement that the Mudarabah operation is valid only if the capital is presented to the Mudarib is because the Mudarib is the manager of the Mudarabah operation, and the trustworthy trustee for the Mudarabah capital and income. Therefore, it is necessary that the capital be fully released to the Mudarib so that he will be able to protect and invest the capital and achieve the objective of the Mudarabah contract.⁽¹³⁾

(12) *"Hashiyat Al-Dusuqi"* [3: 517]; and *"Al-Mughni"* [5: 17].

(13) *"Al-Hidayah"* [3: 203]; and *"Hashiyat Al-Dusuqi"* [3: 517].

Rules and Requirements Relating to Profit

- The basis for the requirement that the profit ratio is known is because profit is the subject matter of a Mudarabah contract and a lack of knowledge as to the subject matter renders a contract void.
- The basis for the requirement that the profit share of each party be a percentage of the profit and not a lump sum is because a Mudarabah contract is a form of partnership for sharing profit. Any condition that allocates a lump sum to one party would not be consistent with the sharing of profit. This is because the Mudarabah operation may not realise a profit other than the lump sum which goes to one party, thus excluding the other party from partnership in profit.
- The basis for the impermissibility of simultaneously receiving a share of profit and a fee for managing a Mudarabah is likewise that the fee is provided in the form of a lump sum and the Mudarabah operation may not realise a profit other than the lump sum, thus precluding the sharing of profit.
- The basis for the permissibility of an agreement to change the ratio of profit distribution at any time is that the profit is a right belonging to the parties and an agreement in the manner described does not lead to a prohibited act, such as preclusion of sharing in profit. Rather, the agreement makes the parties partners in profit.⁽¹⁴⁾
- The basis for nullifying a Mudarabah contract when the contract is silent on the ratio of profit distribution and there is no customary practice according to which the profit is to be distributed to each party is that the subject matter of a Mudarabah contract is profit. The lack of knowledge as to the subject matter nullifies contracts.
- The basis for nullifying a Mudarabah contract when one party stipulates entitlement to a lump sum is because a Mudarabah is about sharing profit and this form of condition precludes sharing of profit and may potentially lead to one party being wrongfully deprived of his rights.

(14) See: Al Baraka's 11th Forum, Fatwa No. (8); Al Baraka's 4th Forum, Fatwa No. (5). This is also seconded by the Fatwa of the Shari'ah Board of Faisal Islamic Bank, Sudan (P. 107), which was published in *"Dalil Al-Fatawa Al-Shar'iyyah Fi Al-'amal Al-Masrafiyyah"*, Islamic Economic Centre, International Islamic Bank, (P. 53).

- The basis for not allowing an agreement that the Mudarib be entitled to the profit earned on one of two capital funds, while the profit earned on the other capital fund belongs to the capital provider, is that such an agreement may preclude the sharing of profit and may potentially lead to one party being wrongfully deprived of his rights.
- The basis for stating that profit is not realised unless the capital is recovered or maintained intact is the Hadith in which the Prophet (peace be upon him) said: *"The instance of a Musali (a person who performs prayer) is that of a businessperson who will not secure profit unless the capital is secured. Likewise, a supererogatory prayer is not acceptable unless the obligatory prayer is performed"*.⁽¹⁵⁾ This Hadith shows that distribution of profit prior to recovery of the capital, or unless the capital is maintained intact, is invalid. Moreover, profit is an addition to the capital and such an addition cannot be recognised or realised unless the capital that is the source of the profit is maintained.
- The basis for the requirement that the Mudarib is preliminarily entitled to a profit when realised, i.e. prior to distribution (an encumbrance right), and that the net profit earned will be known absolutely only after allocation through actual or constructive valuation, is analogous to the contract of sharecropping. The Mecca based Islamic Fiqh Academy has issued a resolution in support of constructive valuation.⁽¹⁶⁾

Duties and Powers of the Mudarib

- The basis for allowing the Mudarib freedom of action in an unrestricted Mudarabah is that the Mudarib has the aim of achieving the objective of the capital provider, which is making profit, and this is not possible unless the capital is vigorously put into operation.
- The basis for not allowing the capital provider to stipulate a right to work with the entrepreneur (Mudarib) or to be involved in acts relating to Mudarabah operations is because such a stipulation would curtail

(15) The Hadith has been related by Al-Bayhaqi in his *"Sunan"*, and was narrated by Ali Ibn Abu Talib. Al-Bayhaqi stated that there is a weak narrator in the chain of transmission of this Hadith, *"Al-Mawsu'ah Al-Fiqhiyyah"* [38: 74].

(16) Resolution No. (4) of the Islamic Fiqh Academy under the auspices of Muslim World League issued in the sixth session that was held in Mecca. This is also the view that was endorsed by Al Baraka's 8th Forum, Fatwa No. (2).

the freedom of the Mudarib, limit the investment scope and hinder the Mudarib in achieving the objective of the Mudarabah contract, i.e. making profit.

- The basis for not allowing the Mudarib to make a loan, gift or charitable donation from the Mudarabah fund is because these actions do not benefit the Mudarabah operation, rather, they involve potential loss to the capital provider.
- The basis for allowing the Mudarib, when acting in the interest of the Mudarabah and in the event that the parties did not specify an amount of money for expenses, to obtain personal expenses from the Mudarabah funds as per customary practice is because what is known by custom is deemed to apply as a condition even if the parties did not clearly stipulate it. Again, the permission for the Mudarib to obtain common personal expenses in these cases is granted by custom.

Liquidation of Mudarabah Contract

- The basis for allowing liquidation of a Mudarabah contract unilaterally or by agreement of the parties or at the maturity date is because a Mudarabah contract is non-binding if the parties did not stipulate a term for its maturity.
- The basis for allowing constructive valuation is because Shari'ah has endorsed the concept of valuation. In addition, this is allowed because it is a valid tool that passes rights to owners appropriately. The actual valuation of assets for distribution is based on a common sense because this is the principle.
- The basis for allowing a Mudarabah contract be terminated on the grounds of loss of capital is that when the capital has been lost, the Mudarib is not able to put it to work in a business, and that the fund that was assigned for the Mudarabah is no longer in existence, thus entailing the termination of the Mudarabah contract.
- The basis for allowing termination of a Mudarabah contract due to the death of the Mudarib is that a Mudarabah contract is similar to contract of agency or, at least, it includes agency and an agency contract is terminable by the death of the agent.

Appendix (C)

Definitions

Salam

A Salam transaction is the purchase of a commodity for deferred delivery in exchange for immediate payment. It is a type of sale in which the price, known as the Salam capital, is paid at the time of contracting while the delivery of the item to be sold, known as al-Muslam Fihi (the subject-matter of a Salam contract), is deferred. The seller and the buyer are known as al-Muslam Ilaihi and al-Muslam or Rab al-Salam respectively. Salam is also known as Salaf (literally; borrowing).

Parallel Salam

If the seller enters into another separate Salam contract with a third party to acquire goods, the specification of which corresponds to that of the commodity specified in the first Salam contract, so that he (the seller) can fulfil his obligation under that contract, then this second contract is called, in contemporary custom, Parallel Salam or *Salam Muwazi*. The following is an example of such a contract. An Institution on one hand buys a specified quantity of cotton from farmers on a Salam basis and, in turn, the buyer in the first Salam contract enters into a new separate Salam contract with textile mills so as to provide them, by means of that new Salam contract, with cotton, the specifications of which are similar to the specifications of the cotton to be acquired under the first Salam contract, without making the execution of the second Salam contract contingent on the execution of the first Salam contract.

Iqalah

Iqalah or cancellation of a contract is a bilateral agreement of the contracting parties to abate and remove the legal effect of a contract.