



Comparative Law Review

2024 – Vol. 15 n. 2

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE
LAW
REVIEW
VOL. 15/2 - 2024

Contract Law for Interesting Times

6

FABRIZIO ESPOSITO

The Economic Approach to Law as an Interdisciplinary Lemon and Calabresian Law and Economics as Trust Mark

45

JULIAN AMOULONG – ALEXANDRO MARIANO PASTORE

Performance of Contracts and Social Crisis – A Comparative Study of French and German Legal Systems regarding unexpected changes

69

JACOPO FORTUNA

Contractual Mistake, Smart Contract and Artificial Intelligence from a Comparative Perspective

104

MARIANNA MARINI

Le procedure secondarie virtuali nella gestione della crisi e dell'insolvenza *cross-border* nel quadro europeo

125

ZIA AKHTAR

Roman law tradition, Scottish Civil Procedure and Adoption of a Mixed System of Jurisprudence

147

CLARISSA GIANNACCARI

Circolazione dei modelli e modelli di mercato: la finanza islamica come banco di prova del ruolo del diritto

Prime riflessioni sull'incontro tra finanza convenzionale e altre possibili letture di mercato

177

GIACOMINA ESPOSITO

The Cross-Examination:

Comparative Analysis between the Italian and the US legal system

195

ANA MARIA PÉREZ VALLEJO

Parenting plan: la experiencia en los sistemas de common law y su recepcion en Europa

CIRCOLAZIONE DEI MODELLI E MODELLI DI MERCATO: LA FINANZA ISLAMICA COME
BANCO DI PROVA DEL RUOLO DEL DIRITTO
PRIME RIFLESSIONI SULL'INCONTRO TRA FINANZA CONVENZIONALE E ALTRE POSSIBILI
LETTURE DI MERCATO

Clarissa Giannaccari

SOMMARIO

I. DAL DIVIETO DI INTERESSE ALLA PRESENZA DELLA SHARIA'H NELL'ECONOMIA; II. RULE OF LAW E SHARIA'H; III. HOMO ECONOMICUS E HOMO ISLAMICUS: UNA RILETTURA DEL MERCATO; IV. ELEMENTI DEL SISTEMA ECONOMICO-FINANZIARIO SHARIA'H COMPLIANT; V. MODELLI E TIPI CONTRATTUALI DEL PROFIT AND LOSS SHARING ISLAMICO; VI. ECONOMIA E FINANZA: VISIONI A CONFRONTO; VII. RISK SHARING: MODELLO GIURIDICO RIFIUTATO DALLA FINANZA DOMINANTE; VIII. LE ISTANZE GIURIDICHE PER RENDERE REALE LA FINANZA; IX. SNATURAMENTO DEI MODELLI GIURIDICI E MERCATO: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI.

Il sistema disegnato dalla Sharia'h appare socialmente diffuso all'Occidente. La sua circolazione avviene mediante il movimento degli strumenti che nascono in conformità ad essa. In questo senso, quello sciariatico si configura come un metamodello di economia e finanza, non esportabile in materia astratta, ma attraverso i suoi istituti. Essi presuppongono un approccio culturale quantomeno altro dall'idea di mercato imperante, nascendo in una dimensione culturale e giuridica piuttosto lontana da quella in cui la disciplina del mercato risponde a parametri di efficientismo economico. Cionondimeno, anche il modello islamico si fonda sulla proprietà privata, sulla determinazione del prezzo tramite domanda e offerta, nonché sul profitto. Tuttavia, esso ha manipolato i propri strumenti giuridici per disegnare strutture economico-contrattuali che permettono di conseguire profitto certo senza l'utilizzo del tasso d'interesse al pari del sistema convenzionale. L'incompatibilità del modello "diverso" con assunti meramente economici e di governance ha comportato, dunque, il risultato non accettabile di rinuncia alla propria identità.

The system designed by Sharia'h appears to be socially widespread, at least according to Western jurists. Its circulation occurs through the movement of the instruments that arise in accordance with it. In this context, the Sciariatic model can be conceptualised as a metamodel of economics and finance. It is not possible to export this model in abstract terms; rather, it must be understood through its institutions. The cultural approach presupposed is at least distinct from the prevailing idea of the market. It arises in a cultural and legal dimension that is distant from that in which market discipline responds to economic efficiency. Nevertheless, the Islamic model is also based on private property, price determination through the meeting of supply and demand, as well as profit. However, it has manipulated its legal instruments to design economic-contractual structures that allow certain profit to be achieved without the use of the interest rate, in a manner similar to the conventional system. The incompatibility of the "different" model with purely economic and governance assumptions has therefore led to the unacceptable result of renouncing one's identity.

Keywords: modelli di mercato; diritto privato; mutazione giuridica; circolazione dei modelli; tradizione giuridica islamica.

I. DAL DIVIETO DI INTERESSE ALLA PRESENZA DELLA *SHARIA'*H NELL'ECONOMIA

Un primo dato di sistema per provare a ricostruire i caratteri della finanza islamica sembra potersi rintracciare nel divieto di interesse¹ imposto dal Corano², in contrapposizione al sistema economico-finanziario occidentale basato sull'esazione dell'interesse. Ragionare su di essa significa porsi in una prospettiva in cui economia, etica e religione viaggiano insieme. Infatti, elemento caratterizzante della finanza islamica è il suo esplicito richiamo ai precetti della legge religiosa, cosiddetta *Sharia'h*. La finanza islamica è, dunque, collegata a quel modo di fare economia conforme ai precetti contenuti, in primo luogo, nel Corano³. Inoltre è necessario tener presente che il circuito economico finanziario che ne deriva non si iscrive nei contorni della teologia, ma ha i caratteri di scienza sociale⁴.

Il giurista occidentale non appare attrezzato all'analisi del diritto dell'Islam – come qui inteso – in primo luogo perché non si tratta di esaminare un ordinamento giuridico correlato alla statualità⁵. Piuttosto il presupposto dell'analisi è il riconoscimento del ruolo che la *Sharia'h* ha avuto nella costruzione di un'identità culturale, etica e giuridica per le popolazioni islamiche, tale per cui negli ordinamenti giuridici musulmani contemporanei si configurano diversi gradi di integrazione tra le forme giuridiche sciaraitiche e il diritto di produzione statale, in prevalenza ispirato a modelli europei⁶.

* Assegnista di ricerca in Diritto Comparato presso il Dipartimento di Diritto, economia e culture dell'Università degli Studi dell'Insubria.

¹ Per una ricostruzione sulla specifica materia, L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in M. Papa, G.M. Piccinelli e D. Scolart (a cura di), *Il libro e la bilancia – Studi in memoria di Francesco Castro*, Napoli, 2011, tomo II, p. 831 e ss. Per l'inquadramento dottrinale, senza pretesa di esaustività, si v. D. Santillana, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo al sistema sciafita*, Roma, vol. II, 1938, p. 60 e ss.; ; M. El-Gamal, *Contemporary Islamic Law and Financ: The tradeoff between brand-name distinctiveness and convergence*, in 1 *Berkeley Journal of Middle Eastern and Islamic Law*, 2008, p. 193 e ss. e M. H. Kamali, *Equity and Fairness in Islam*, Cambridge, 2005, p. 101 e ss.

² II:275-280; III: 130; XXX: 39.

³ A tal proposito, *Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options*, IMF Staff Discussion Note, 2015.

⁴ M. Zulkhibri e A.A. Turkhan, *Introduction*, in M. Zulkhibri e A.A.M. Turkhan (a cura di), *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, Londra, 2019, p. 8.

⁵ La categoria di Stato islamico si presenta quantomai vaga e problematica (A. Afsaruddin, "The Islamic State: Genealogy, Facts and Myths, in XLVIII *Journal of Church and State*, 2006, p. 153–173). Secondo Massimo Campannini, non è possibile elaborare teorie sullo Stato islamico, ma conviene enunciare modelli islamici di Stato, vale a dire dottrine politiche che consentano di gestire lo Stato alla luce dei principi islamici, M. Campannini, *Diritto islamico o modelli islamici di diritto? Note su soggettività ed oggettività nella giurisprudenza islamica in Il libro e la bilancia*, cit., tomo I, p. 111 e ss.

⁶ Ciò ha ovviamente delle conseguenze rilevanti dal punto di vista dell'applicabilità delle norme della *Sharia'h*. Nei paesi in cui convivono banche islamiche e banche tradizionali è possibile distinguere tre modelli di regolamentazione: i) paesi dove esistono due diversi regimi legali (*conventional banking law e Islamic banking law*), ad es. in Giordania, UAE, Yemen; ii) paesi in cui le banche islamiche vengono regolamentate con istituti speciali ad esse dedicate, nell'ambito di un'unica legge bancaria, ad es. in Indonesia, Kuwait, Malaysia, Qatar, Turchia; iii) paesi che applicano alle banche islamiche le stesse norme delle banche convenzionali, ad es. Arabia Saudita, Egitto e, in Occidente, il Regno Unito. Esistono, infine, paesi - l'Iran e il Sudan, limitatamente alle aree settentrionali – i cui sistemi finanziari sono interamente governati dalla *Sharia'h*. Per una disamina anche storica del fenomeno, si v. *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, *Finanza islamica e sistemi finanziari convenzionali. Tendenze di mercato, profili di supervisione e implicazioni per le attività di banca centrale*, *Quaderno Banca d'Italia*, numero 73, ottobre 2010.

Per provare ad analizzare alcuni tratti di una esperienza giuridica che sembra ideologicamente molto lontana, sembra necessario dapprima inquadrare alcune coordinate fondamentali della fonte primaria del diritto islamico, vale a dire la *Sharia'h*. Successivamente, si tenterà di focalizzare le dinamiche economiche, all'interno del sistema sociale disegnato dalla legge divina, e gli strumenti contrattuali attraverso cui prende forma il traffico giuridico-economico. L'osservazione consentirà di comprendere alcuni movimenti della mutazione giuridica e della circolazione dei modelli che rivelano la necessità di ripensare al ruolo del diritto per la costruzione di una società più equa.

II. RULE OF LAW E SHARIA'H

La mancata completa occidentalizzazione dei Paesi a religione musulmana, nonostante le lunghe egemonie esercitate dai Paesi europei su di essi, porta ad una riflessione sul livello metacostituzionale occupato dalla *Sharia'h*. Essa diviene principio di legalità che disegna una sfera metapositiva di valori e principi costituendo la chiave di volta dell'ordinamento statale, i cui dati normativi saranno declinati in base alla coerenza con i fondamenti sciaraitici⁷.

Si assiste insomma ad una affermazione della *Sharia'h* come costituzione materiale formalizzata⁸. Non appare superfluo, a tal proposito, segnalare il carattere soggettivo della *Sharia'h* per la sua provenienza dalla volontà divina, che ha necessità di essere oggettivizzata attraverso il *Fiqh*. Con esso, si indica l'attività degli interpreti attraverso cui la legge divina viene declinata in enunciati programmatici e prescrittivi nell'applicazione della giustizia. Tuttavia, poiché il *Fiqh* ingloba la *Sharia'h*, esso viene inevitabilmente condizionato dalla soggettività di quest'ultima, tanto che, nonostante l'opera giurisprudenziale, non si è giunti a sistematizzare l'applicazione sciaraitica della legge⁹.

Si impone, dunque, una riflessione sul costituzionalismo¹⁰ nell'area arabo musulmana¹¹, inteso come la modalità con cui si raggiunge la conformità dell'ordinamento ai principi

⁷ Trattasi di una forma di ibridazione di diritto positivo e confessionale. Essa è un movimento biunivoco di circoscrizione del valore di entrambi i sistemi: invero, il diritto confessionale viene limitato nelle sue aspirazioni omnicomprensive, mentre il diritto positivo viene collocato in un alveo ad esso estraneo. Ciò avviene ad opera della giurisprudenza costituzionale che diventa un buon indicatore per ricostruire il significato attribuito alla *Sharia'h* nell'ordinamento statale. Un'esperienza significativa è quella egiziana per il suo ruolo di ponte per modelli giuridici europei, nonché di centro di elaborazione del diritto nel mondo arabo. Sul punto, si v. G. P. Parolin, *La Sari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 927 ss.; nonché F. Castro, *Il modello islamico* (a cura di Gian Maria Piccinelli), Torino, 2007, p. XIV.

⁸ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, Roma e Bari, 2006, p. 250.

⁹ M. Campannini, *Diritto islamico o modelli islamici di diritto? Note su soggettività ed oggettività nella giurisprudenza islamica in Il libro e la bilancia*, cit., tomo I, p. 114.

¹⁰ Il termine è usato nella accezione che indica la dottrina costituzionale che fece da sfondo alle grandi rivoluzioni borghesi del XVII e del XVIII secolo e che ispirò radicali trasformazioni degli ordinamenti politici in Europa e nell'America del Nord, sviluppandosi, nell'età moderna, in concomitanza con il superamento delle forme tradizionali di dominio e con l'affermazione di limiti del potere sovrano. Cfr. N. Matteucci, *Lo stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1997, p. 127 e ss.

¹¹ Una recente prospettiva sistematica dello sviluppo dello Stato costituzionale nell'area oggetto di analisi si rinviene in A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali. Questioni di metodo comparativo e prassi tra culture costituzionali e spazi globali*, in *DPCE Online*, 2021, p. 847 e ss. L'Autrice, dopo aver passato in

posti dalla *Sharia'h*. Alcuni autori hanno rilevato l'esistenza di «Costituzioni in un mondo non costituzionale»¹², mettendo in evidenza l'assenza di una cultura costituzionale, nonostante la maggioranza degli Stati dell'area si siano dotati di Carte sulla falsariga del modello occidentale. Il costituzionalismo europeo ha fornito, infatti, il modello per alcuni riferimenti all'Islam nelle Costituzioni dei Paesi arabi, richiamata nei preamboli o individuata come religione di Stato¹³. Tuttavia, è necessario dare atto che questi riferimenti che consentono la presenza della *Sharia'h* nel campo giuridico vengono integrati da altre disposizioni che riflettono il comune sentire della comunità di riferimento¹⁴. La peculiarità del costituzionalismo islamico contemporaneo consta nel richiamo alla *Sharia'h* come fonte fondamentale del diritto disciplinante l'ordinamento nel suo insieme, il quale dalla stessa trae la sua legittimazione.

Inoltre, è stato sottolineato come alla tradizione islamica resti estranea «l'idea di uno stato territoriale, nato nella modernità come esito dei processi di secolarizzazione, la cui popolazione risiede all'interno dei confini»¹⁵, nonché la mancata separazione tra sfera privata e spazio pubblico¹⁶.

Seppure la formula vari da Stato a Stato, il riferimento alla legge sacra è la principale causa del paradosso giuridico per cui ordinamenti che si definiscono sistemi costituzionali con fonti del diritto "secolari", riconoscono i principi della *Sharia'h* quale fondamento meta-statale che informa la tradizione giuridica dell'area. Nondimeno è riduttivo ritenere la *Sharia'h* fonte del diritto trattandosi di un concetto metacostituzionale, difficilmente traducibile in disposizioni normative: può affermarsi che essa è una struttura di riferimento che non esclude regolazioni fortemente diverse per i singoli Stati¹⁷.

Una panoramica sulla diversa conformazione dei modelli islamici di Stato spiega come la pretesa esclusività del diritto islamico, sostenuta dal musulmano, sia poco corrispondente al dato storico che indica la costante coesistenza del diritto sciaraitico, sin dalle sue origini, con ogni tipo di diritto positivo imposto o affiancatogli. Invero, la *Sharia'h* è rappresentata come un'esperienza secolare di diversità¹⁸ dal momento che la volontà divina si manifesta nelle differenze¹⁹. Essa viene percepita come sistema di valori che trascende il diritto e le diversità etniche, presentandosi come una struttura simbolica con diversi livelli ermeneutici, i quali consentono la costruzione di un sistema totalizzante e

rassegna le ragioni di separazione tra la concezione occidentale dei limiti al potere e l'idea propria dell'arabismo di una legge divina totalizzante, enuclea chiaramente che «è quindi soprattutto la sottolineatura della funzione limitatrice dei principi sciaraitici che consente di affermare la compatibilità, almeno in astratto, tra islamismo e costituzionalismo» (cfr. *ivi*, p. 849).

¹² N.J. Brown, *Constitutions in a Nonconstitutional World*, Albany, 2001.

¹³ Per una rassegna a richiami diretti o indiretti alla *Sharia'h* quale presupposto del potere e religione di Stato si v. A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 173-176.

¹⁴ Due sono gli elementi di base dello Stato islamico puro: necessità che il Capo di Stato sia musulmano e che al musulmano venga applicata una legge non in contrasto con il diritto musulmano. G.P. Parolin, *La Shari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 930.

¹⁵ A. Di Martino, *Circolazione delle soluzioni giuridiche e delle idee costituzionali*, cit., p. 848.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 172.

¹⁸ *Ivi*, p. 63.

¹⁹ In Corano 35 si parla di diversità di cieli, terra, lingue e colori.

multidimensionale in cui le attività dell'uomo vengono ricomprese e sono suscettibili di regolazione²⁰. Da tale costruzione discende un sistema giuridico socialmente diffuso, nonché la circostanza che è la stessa *Sharia'h* intesa come diritto, che impone all'operatore di cercare un modo alternativo di fare finanza inserito nel sistema convenzionale.

La copiosa letteratura giuridica sul tema fa emergere un dato di fondo come evidente: l'esistenza di una Carta costituzionale scritta non ha circostanziato il ruolo della legge e della tradizione islamica.

Inoltre, il richiamato sviluppo di sistemi misti e la necessità del *Fiqh* e delle altre fonti islamiche non direttamente rivelate di promuovere la declinazione dei principi sciaraitici nella regolazione della vita dei consociati mostra un'altra delle caratteristiche della *Sharia'h*: la sua inadeguatezza a regolare l'intero campo dei comportamenti umani. Da ciò discende la rivitalizzazione della dottrina dei *maqāsid*, vale a dire gli obiettivi fondamentali della *Sharia'h*.

Quanto al primo assunto, si ricorda il contributo di Sacco²¹, il quale ha sottolineato che la inadeguatezza della *Sharia'h* a regolare l'intero campo del diritto è dovuta alla circostanza che questa non pone regole in materia di organizzazione dello Stato, se non il richiamo alla legge sacra. A tale posizione, è stato replicato che la *Sharia'h* si configura come cornice, all'interno della quale le applicazioni giuridiche sono suscettibili di essere differenti, e non come prescrizione programmatica o definita²². La storia, invero, dimostra che nell'area islamica nel tempo si sono sviluppate prassi politiche simili senza un diritto pubblico come inteso in Occidente²³.

Alla luce di ciò, le Corti costituzionali degli Stati arabi, prima tra tutte quella egiziana, hanno sostenuto il diritto dell'autorità di ricorrere allo sforzo interpretativo, indicando quali limiti i *maqāsid*²⁴. L'operazione è ritenuta necessaria a causa delle aporie nella fonte e della sua arretratezza temporale con il fine di ottenere un adattamento del diritto musulmano alle nuove condizioni della modernità. Il ragionamento così prodotto genera argomenti di autorità per garantire l'*islamicità* delle pronunce²⁵. Il percorso evidenziato indica una tendenza all'interpretazione delle fonti del diritto musulmano in chiave moderna con diretti riflessi sul traffico giuridico-economico.

Dal quadro tracciato emerge che, al di là dell'ordinamento vigente sul territorio, tutte le funzioni devono essere esercitate tenendo presente il principio di supremazia della Legge

²⁰ A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 65. L'A. riporta quattro livelli: etico-giuridico, metafisico-scientifico, storico e grammaticale-letterario.

²¹ R. Sacco, *Diritti stranieri e sistemi di diritto contemporaneo*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XI, 2001.

²² A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 193 e nt. 598, sottolinea come in tale definizione risuona l'impianto assiologico che i trattati CECA e CEE intendevano costruire, secondo Lagrange.

²³ *Ivi*, pp. 190–193. L'A. fornisce una rassegna di prassi politiche dei governi che si sono succeduti nell'area e l'uso che della *Sharia'h* hanno fatto per conformare le attività di consociati e amministratori in un'unica direzione.

²⁴ In particolare essi vengono riconosciuti nell'elencazione degli obiettivi che al-Ğazzālī (m. 1111) ha considerato interessi essenziali dei musulmani: la protezione della religione, delle persone, della ragione, della dignità e della proprietà. Per una disamina anche storica, si v. W.B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories. An introduction to Sunni uşul al-fiqh*, Cambridge, 1997.

²⁵ G.P. Parolin, *La Sari'a e la Corte Costituzionale Egiziana*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 944.

(divina in questo caso), per cui ogni decisione deve essere assunta in accordo ultimo con la *Sharia'h*, che è al di sopra del governante e dei governati stessi, secondo l'applicazione del principio del *tawhid*. Esso spiega l'organizzazione dei poteri e l'insieme dei diritti e dei doveri previsti per i singoli, facendo luce non solo sulla natura del costituzionalismo islamico, ma anche sull'intero sistema giuridico, sociale e culturale a cui l'Islam fa riferimento. La dottrina in discorso enuncia che Dio è contemporaneamente il creatore, la guida, il legislatore, il fine ultimo, per cui ogni fedele è vincolato al rispetto degli obblighi discendenti dalla volontà divina. Chi accetta l'Islam accetta le leggi raccolte nella *Sharia'h*. La conseguenza è che nessun atto terreno può essere legittimo se contrario alla *Sharia'h*, né l'amministratore della comunità può essere considerato legittimo se i suoi atti non sono in armonia con la legge di Dio²⁶.

Ecco, dunque, che il sistema giuridico agli occhi occidentali appare socialmente diffuso, in quanto il linguaggio giuridico si confonde con la comunicazione sociale²⁷. Tale caratteristica rende la *Sharia'h* una fonte comune che convive con i diritti dei singoli Stati e che riduce ad unità la complessità sociale. La sua preesistenza allo Stato, che da essa trae legittimazione²⁸, comporta che non si possa immaginare una circolazione astratta della *Sharia'h*; piuttosto di circolazione si può parlare solo in riferimento agli strumenti che nascono in conformità ad essa. In questo senso quello sciaraitico si configura come un metamodello di economia e finanza, non esportabile in maniera astratta, ma attraverso i suoi strumenti che presuppongono un approccio culturale quantomeno altro dall'idea di mercato dominante.

Più precisamente, i Paesi musulmani, che sono anche Stati islamici nel senso che riconoscono la supremazia della *Sharia'h* e dei suoi principi²⁹, si differenziano in funzione del modello legislativo adottato dai vari governi. Vi sono realtà nelle quali la *Sharia'h*³⁰ convive la *common law* e con sistemi di *customary law* e altre dove, invece, si sceglie il modello islamico puro³¹: la genesi di tale configurazione dell'area è da rintracciarsi negli anni Cinquanta del Novecento, quando molti Paesi del Medio Oriente e dell'Asia divennero indipendenti dai Paesi occidentali che fino a quel momento avevano controllato politicamente ed economicamente le risorse della zona. In particolare, lo Stato non viene riferito al territorio, ma all'ideologia: esso esiste se ed in quanto sia collocabile come strumento della Legge islamica³². Da qui la conclusione che l'Islam non è una religione, ma occupa ogni dimensione della vita.

²⁶ K.M. Ishaq, *Islam and Law in the Twenty- First Century*, in *5 Islamic e Comparative Law Quarterly*, 1985, pp. 173–225.

²⁷ G. Teubner, *Le droit. Un système autopoïétique*, Parigi, 1993, p. 49. Si sottolinea che i versetti del Corano dedicati al diritto sono 228 su 6236.

²⁸ B. Lewis, *The political language of Islam*, Chicago, 1988, p. 37.

²⁹ La definizione si ritrova in A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 60 e 61. L'A. evidenzia che vi sono Stati con la maggioranza della popolazione di religione musulmana, ma non possono definirsi islamici per l'assenza del meccanismo di supremazia citato, come il Senegal o la Turchia.

³⁰ È interessante notare che A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 61, pur riconoscendo la giuridicità della *Sharia'h* non la considera ordinamento.

³¹ E. Giustiniani, *Elementi di finanza islamica*, Torino, 2006, per una classificazione dei sistemi.

³² A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., pp. 184–186.

In questo contesto sorge la necessità di un modello di *share economy* da offrire agli operatori musulmani come guida per i loro affari nel momento in cui si confrontano con una dimensione statale, oltre che con quella internazionale o sovranazionale. Non solo. Il mercato in cui i soggetti musulmani si trovano ad operare non pretende di essere fondato sul principio di concorrenza e sul libero incontro di domanda e offerta, e neppure risponde a paradigmi neoliberali: esso nasce in una dimensione culturale e giuridica piuttosto lontana da quella in cui la disciplina del mercato risponde a parametri di efficientismo economico e alle teorie razionali di profitto.

III. *HOMO ECONOMICUS* E *HOMO ISLAMICUS*: UNA RILETTURA DEL MERCATO

La *Sharia'h* conduce a una costruzione del sistema economico come ordine sensibile ad istanze di tipo spirituale. In tale ottica, non si può prescindere da un'analisi economica e diacronica³³ del modello di crescita e sviluppo sciaraitico che tenta di affermarsi anche in campo internazionale, soprattutto per la circolazione di capitali e persone che, per la scienza giuridica, rileva in quanto circolazione dei modelli. Tuttavia, in questo caso, si registra un sintomo del fallimento delle teorie sul punto – non per ragioni prettamente giuridiche ma – in virtù dell'impianto culturale neoliberale attualmente dominante.

Il mercato occidentale si sviluppa nella cornice del capitalismo che, dopo la caduta del sistema sovietico, si è radicato anche nei Paesi islamici. Tuttavia, l'economia di tali Paesi, che ricalca quella dei Paesi colonizzatori, risulta un fallimento qualora faccia deragliare il corso dell'esistenza da quanto prescritto nel Corano³⁴. Per tali ragioni, è in corso lo sviluppo di una serie di prodotti e strumenti economico-finanziari *Sharia'h compliant* che possano essere un'alternativa a quelli propri del sistema convenzionale³⁵. Si costruisce, dunque, un sistema economico basato sulle concezioni che appartengono all'Islam. Il suo obiettivo è realizzare il benessere materiale, spirituale, morale, intellettuale e sociale degli individui in questa vita e nell'aldilà attraverso l'allocazione delle risorse in un mercato guidato³⁶. In tale prospettiva, la compatibilità con la *Sharia'h* non è data esclusivamente dal rispetto dei divieti imposti nel Corano; piuttosto è necessario che le operazioni economiche e finanziarie siano valutate in base al loro esito finale in termini di miglioramento dell'uomo, inteso nella sua multidimensionalità.

Allontanandosi dall'idea di competizione tra soggetti economici, che inerisce al capitalismo di stampo occidentale, i diritti patrimoniali nella concezione islamica non coincidono con porzioni di giustizia separate che devono essere divise e allocate a livello distributivo sui singoli; piuttosto questi ultimi partecipano dell'unica giustizia di cui il singolo è agente³⁷.

³³ Per un approfondimento sul metodo S. Shaikh, *Comparative Economic Systems: A Brief Review*, MPRA Paper No. 42499, 2012.

³⁴ Per un punto di vista interno, M. Zulkhibri e A.A.M. Turkhan (a cura di), *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit.

³⁵ N. Aydin, *Islamic Economics: "New Paradigm" or "Old Capitalism"?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 11.

³⁶ Definizione di economia islamica di N. Aydin *ex multis* in *Islamic economics as a new economic paradigm*, in Aa. Vv., *Islamic Economics: Theory, Policy and Social Justice*, vol. 2, Doha, 2015, p. 57.

³⁷ V. Cattelan, *L'economia islamica: alternativa apparente o reale?*, in 97 *Oriente Moderno*, 2017, p. 281.

Ciò in quanto le posizioni giuridiche soggettive non sono considerate il frutto di poteri attribuiti alla persona³⁸, ma come diritti che vengono attribuiti al singolo dall'unica volontà divina che, in un'ottica di equilibrio ed unità della creazione, non si contrappongono a ciò che spetta a qualcun altro, inserendosi nell'armonia del disegno divino. Prevale, dunque, una logica di pacificazione e cooperazione³⁹.

Viene in rilievo una diversa antropologia giuridica a partire dalla quale è necessario elaborare un'autonoma concezione della giustizia economica che, nelle indagini comparative tra pensiero economico occidentale e musulmano, ha portato all'utilizzo della metafora della bilancia per simboleggiare una teoria economica non tanto volta alla divisione, quanto alla partecipazione⁴⁰. Facendo ancora uso della metafora, si precisa che l'Islam incentra la propria razionalità economica sul perno di equilibrio della bilancia, mentre l'Occidente si preoccupa dei piatti della bilancia e del loro contenuto. Ciò in quanto il pensiero economico di quest'ultimo si declina in termini di una divisione delle risorse disponibili, mentre la teoria economica musulmana si preoccupa di garantire un'equa partecipazione alle risorse con il fine di mantenere l'unità della giustizia che viene ricondotta al volere del Dio⁴¹.

È evidente che ciò comporta un cambio di paradigma nell'intendere il mercato come luogo di regole e di guadagni. In primo luogo, si travolge la concezione per cui i meccanismi di mercato sono determinati dall'interesse del singolo identificato nello stereotipo dell'*homo economicus*⁴² e, con essa, la conseguenza che la ricerca dell'interesse personale in un mercato competitivo produca benessere per l'intera società⁴³. Si supera cioè l'ipotesi secondo cui gli esseri umani sono sostanzialmente creature che massimizzano l'utilità, la cui ricerca dell'interesse individuale produce risultati vantaggiosi sul piano personale e collettivo⁴⁴.

Il capitalismo considera il mercato che determina il proprio equilibrio attraverso il libero incontro di domanda e offerta, grazie al meccanismo concorrenziale che non subisce alcuna correzione, il miglior modo per allocare le risorse. Esso non ha prestato attenzione alla redistribuzione di queste ultime secondo criteri estranei alla dinamica evidenziata o secondo considerazioni di giustizia sociale ed equità⁴⁵. Né un tale risultato è stato raggiunto dal sistema socialista o meglio dal modello teorico del socialismo reale. Nella fase di commistione tra l'Islam e la dottrina economica di stampo socialista, soprattutto nell'Egitto di Nasser, si sosteneva che lo Stato dovesse utilizzare gli strumenti di quest'ultima per attrarre capitale e utilizzarlo in modo produttivo a beneficio della società

³⁸ C. Chehata, *Études de droit musulman. 2. La notion de responsabilité contractuelle. Le concept de propriété*, Parigi, 1973, p. 179.

³⁹ C. Geertz, *Local knowledge. Further Essays in Interpretive Anthropology*. New York, 1983, p. 187 e 188.

⁴⁰ A. Smirnov, *Understanding justice in an Islamic context: some points of contrast with Western theories*, in 46 *Philosophy East and West*, 1996, pp. 344 e 346–347.

⁴¹ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 282–283.

⁴² A. Smith, *La ricchezza delle nazioni* (1776), Trabaseleghe, 2010.

⁴³ U. Chapra, *What Is Islamic Economics*, Jeddah, 1996.

⁴⁴ A. Pabst, *Beyond Well-Being and Happiness: The Moral Market and the 'Good Life'*, in occasione della *Market and Happiness Conference*, Milano Bicocca, 8 e 9 giugno, 2011, p. 1.

⁴⁵ M. A. Al-Jarhi, e M. A. Zarqa, *Redistributive Justice in a Developed Economy: An Islamic Perspective*, in *Advance in Islamic Economics and Finance, Volume I, Proceedings of 6th International Conference on Islamic Economics and Finance*, Jeddah, p. 44.

nel suo insieme. Ciò ha comportato la regolamentazione di tutte le forme di proprietà per garantire che contribuissero allo sviluppo di una società fiorente, ma anche islamica⁴⁶.

Il modello islamico si inserisce quale terza via⁴⁷ relativamente ai modelli economici citati: Al-Jarhi e Zarqa sostengono che esso fornisce il massimo equilibrio tra profitto e interessi sociali, arginando sfruttamento e ingiustizia nei mercati liberi attraverso i principi giuridici e morali dell'Islam⁴⁸. In particolare, viene in rilievo la concezione islamica secondo cui l'uomo è indivisibile nelle sue dimensioni materiale, spirituale e morale e, per tale motivo, il benessere personale e collettivo passa anche per esse. La multidimensionalità dell'uomo intacca la sua collocazione nell'ambito economico: egli non è semplicemente forza lavoro e ignorare i suoi bisogni spirituali e morali crea fallimenti di mercato. In termini di politica economica, ciò implica operare secondo valutazioni nel lungo periodo, con notevole stravolgimento dei canoni del mercato disegnato dal libero incontro tra domanda e offerta che caratterizza il modello occidentale⁴⁹.

La rivoluzione culturale in tale modello avviene con la sostituzione dell'*homo economicus* con l'*homo islamicus*, anch'esso frutto di un'elaborazione teorica. Questi, operando in conformità con i principi islamici, inserisce nella valutazione delle operazioni da compiere sul mercato la componente altruistica e solidale. Ne deriva una profonda alterazione dell'impostazione classica della funzione di utilità: in questa dimensione, essa è legata all'utilità degli altri individui. Pertanto, il cosiddetto equilibrio del mercato deriverà non dal semplice incontro tra domanda e offerta, ma necessita di rispecchiare il benessere della società in termini di equità nell'accesso alle risorse⁵⁰.

Nonostante i rilievi che precedono, il capitalismo di stampo occidentale non è incompatibile con il modello islamico: entrambi, invero, sono fondati sulla proprietà privata⁵¹, sulla determinazione del prezzo tramite il libero incontro di domanda e offerta,

⁴⁶ Per una rassegna del punto di vista "interno" dell'esperimento socialista nei paesi islamici cfr. C. Tripp, *Islam and The Moral Economy. The challenge of Capitalism*, Cambridge, 2010, p. 77 e ss. spec. p. 87 e ss.

Diverse sono state le commistioni anche pratiche tra il pensiero marxista e gli esperimenti di regolamentazione economica nei paesi arabi (cfr. S.H. Alatas, *Islam e Socialismo*, in *Ulisse*, 1977, pp. 103–113). Tuttavia, da subito venne alla luce il contrasto tra il primo e l'antropologia islamica. Invero fu riconosciuto che «Tutte le tendenze socialiste tendono a migliorar il destino del maggior numero possibile di poveri, in modo che essi abbiano una vita conforme alla dignità umana, eliminando le cause della povertà. Tutte queste teorie condannano la società attuale, l'ordine economico e legale attuale, le questioni religiose, e suggeriscono la necessita di un cambiamento o di una rivoluzione, che non comporti necessariamente l'uso della violenza. Sebbene abbiano una visione comune dei mali della società, divergono su altre questioni» (*ivi*, p. 105 e 106).

⁴⁷ Concetto su cui si ritornerà *infra*.

⁴⁸ *Ivi*, p. 43–68.

⁴⁹ M. A. Mannan, *La Islamic Development Bank e lo sviluppo economico del Sud est asiatico*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 201 e 202.

⁵⁰ K. Pfeifer, *Is there an islamic economics?*, in Aa. Vv., *Political Islam: Essays from Middle-East Report*, Berkeley, 1997, p. 154 e ss.

⁵¹ Sul tema F. Castro, *Il modello islamico* (a cura di Gian Maria Piccinelli), Torino, 2007, p. 68–70.

nonché sul profitto⁵². Viene, però, aggiunto un “filtro morale”⁵³ che plasma le preferenze dell’individuo prima che questi si confronti con l’utilità che potrebbe conseguire⁵⁴; mentre l’impianto volto ad una equa redistribuzione della ricchezza preesiste al mercato stesso. Tale visione, dunque, nell’ottica della circolazione dei modelli, richiede una completa rivisitazione del pensiero giuridico ed economico che informa il sistema occidentale attraverso la costruzione di una nuova idea di mercato, che sposi considerazioni relative al cosiddetto paradosso del progresso. A riguardo, si può richiamare il pensiero di Polanyi, secondo cui il paradigma del mercato libero disumanizza l’individuo alienandolo da ciò che lo circonda. Si distrugge la natura non economica e sociale dell’uomo, trasformandolo in soggetto che agisce sulla base di due prevalenti motivazioni: la paura della fame e la speranza del profitto⁵⁵. Appare, dunque, imprescindibile per il corretto funzionamento di una circolazione dei modelli, con riferimento agli strumenti contrattuali di questo tipo di finanza, l’adozione del punto di vista tipico del sistema islamico⁵⁶ per cui l’individuo non è razionale, né i suoi comportamenti prevedibili: non è *homo economicus*. In questo senso, si sostiene che quello islamico potrebbe essere un nuovo capitalismo, occupandosi anche del progresso umano⁵⁷. Tuttavia, non sembra che il paradigma prevalente delle scelte di politica economica occidentali e le costruzioni del diritto che ne conseguono abbia effettuato tale acquisizione di base, ponendo piuttosto ostacoli a strumenti contrattuali astrattamente compatibili.

IV. ELEMENTI DEL SISTEMA ECONOMICO-FINANZIARIO *SHARIA’H COMPLIANT*

Per quanto espresso, la proibizione dell’interesse è da considerarsi esclusivamente il dato emerso di un sistema assiologicamente incompatibile con il libero mercato, da considerarsi unitamente al suo radicamento nel diritto ispirato dalla *Sharia’h*, che riconosce la libertà

⁵² N. Aydin, *Islamic Economics: “New Paradigm” or “Old Capitalism”?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., 12 ss. Anche Asutay afferma che il meccanismo dello scambio di cosa contro prezzo è la principale operazione economica nel modello islamico, tuttavia ciò è filtrato dal processo di islamizzazione del mercato, che lo porta a tenere conto delle necessità della società e dell’ambiente (M. Asutay, *A Political Economy Approach to Islamic Economics: Systemic Understanding for an Alternative Economic System*, in *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*, 2007, pp. 1–2 e 3–18).

⁵³ I commentatori islamici sottolineano la necessità di tale filtro analizzando la crisi finanziaria del 2008 come crisi morale del capitalismo. Aydin in particolare ritiene che la mano invisibile del mercato si sia trasformata in “*stealing hand*” che ruba in virtù dei comportamenti degli operatori del mercato. Invero, la crisi finanziaria del 2008 ha rivelato l’imprevedibilità e l’impossibilità di predire il comportamento dell’*homo economicus*. Ne discende la necessità di costruire un sistema di valori per un mercato efficiente. (N. Aydin, *2008 Financial Crisis: A Moral Crisis of Capitalism*, in *5 African Journal of Business Management*, 2011, p. 8697–8706).

⁵⁴ La tensione culturale dell’*homo islamicus* diventa moderatrice degli atteggiamenti tipicamente indotti dal capitalismo. Cfr. C. Tripp, *Islam and the Moral Economy: the challenge of Capitalism*, Cambridge, 2006.

⁵⁵ K. Polanyi, *Primitive, Archaic, and Modern Economies: Essays of Karl Polanyi*, G. Dalton (a cura di), Boston, 1971.

⁵⁶ In Corano 7, 179 l’uomo è considerato al pari dell’animale qualora non cerca l’essenza delle cose, ma segue l’istinto non curandosi di ciò che lo circonda.

⁵⁷ N. Aydin, *Islamic Economics: “New Paradigm” or “Old Capitalism”?*, in *Islamic Finance. Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 12 e ss.

nell'attività negoziale e imprenditoriale⁵⁸ e la possibilità di contrarre accordi tra le parti⁵⁹. Il divieto d'interesse invero risponde ad un'istanza di giustizia economica e sociale e all'esigenza di prevenire forme di sfruttamento. La moneta è considerata mezzo di scambio e unità di conto, piuttosto che riserva di valore; per tale motivo, essa genera ricchezza soltanto se impiegata in un processo produttivo o in una transazione, non potendo essere considerata un *asset a sé*⁶⁰. Pertanto, la legge islamica vieta la pratica di fissare *ex ante* un incremento sul capitale prestato legato al trascorrere del tempo che divide il momento in cui viene concesso il prestito da quello in cui viene restituito⁶¹.

Il precetto espresso comporta un diverso funzionamento del traffico giuridico-economico⁶², basato sul divieto di stipulare contratti aleatori e più in generale di investire in attività speculative e sull'obbligo di effettuare investimenti che abbiano un ritorno anche sociale.

La *ratio* sottostante il divieto di stipulare contratti aleatori (*gharar*) è evitare il verificarsi di ingiustizie contrattuali per la presenza di asimmetrie informative e di incertezze che si riflettono direttamente sulla sinallagmaticità delle prestazioni. Si escludono dal divieto, dunque, gli accordi in cui tali elementi derivano dalla natura del contratto e per cui l'asimmetria non è frutto di volontà delle parti, ma una condizione fisiologica. Tale divieto appare almeno a prima vista in contrasto col sistema economico finanziario occidentale, in cui la speculazione fa leva sul meccanismo del rischio. In effetti, esso favorisce operazioni di scambio con prestazioni a carattere istantaneo e reale, evitando che si possa sfruttare la variazione dei prezzi sul mercato.

Un altro pilastro su cui si basa l'economia islamica è la *zakat*⁶³. Essa è una solidarietà istituzionalizzata imposta dalla *Sharia'h* per la redistribuzione della ricchezza⁶⁴. Sebbene

⁵⁸ Corano II:275. V. F. Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 69 e 70.

⁵⁹ Corano IV:29.

⁶⁰ T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, 2014.

⁶¹ Secondo il *Pakistan Council of Islamic Ideology* si considera proibito l'interesse in tutte le sue manifestazioni senza distinzione di forme e finalità di prestiti, né dei soggetti in essi coinvolti. Tale interpretazione del concetto di *riba*, non è unanimemente condivisa: si sostiene, invero, che sarebbe opportuno operare una distinzione tra interesse e usura intesa come tasso di interesse eccessivo. Si è inoltre, proceduto ad un lavoro di catalogazione dei diversi tipi di *riba*, sulla base del principio secondo cui la ricchezza deve nascere dal lavoro e da opere produttive, non dalla speculazione. Sul punto, L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 831 e ss.

⁶² V. Ficari, *Le diverse dimensioni della correttezza, onerosità, gratuità e liberalità nel diritto tributario dell'impresa*, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2014, p. 803 e ss.; P. Flora, *La finanza islamica: principi generali ed esperienze internazionali*, in *Fiscalità Internazionale*, 2009, p. 105 e ss.

⁶³ Sura Al-Baqarah (II), 43. Uno dei doveri religiosi del musulmano. Si v. inoltre E. Vadala, *Capire l'economia islamica*, Patti, 2004, p. 57. Essa rappresenta una purificazione della propria ricchezza attraverso una parziale redistribuzione. Cfr. *Glossario*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 282.

⁶⁴ Corano 9, 60. Inoltre, A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 188 e 189.

assimilabile ad un'imposta⁶⁵, viene considerata un dovere morale giuridicizzato⁶⁶ e rappresenta uno strumento importante di politica economica⁶⁷. La *zakat* viene applicata sui beni di proprietà non impiegati in processi produttivi. Ciò da un punto di vista macroeconomico comporta diversi effetti quali un maggiore sfruttamento delle risorse, con un conseguente incremento di efficienza, e un disincentivo a lasciare la ricchezza improduttiva favorendo gli investimenti. Un punto di forza di tale strumento, secondo gli economisti islamici, è il suo carattere religioso per cui il pagamento non dovrebbe necessitare di *enforcement*: tale dinamica è, naturalmente, frutto del diffuso sentimento religioso e del carattere di giuridicità che connota la *Sharia*'⁶⁸, elementi lontani dal pensiero giuridico occidentale.

In alternativa alla logica di profitto connaturata alla riscossione dell'interesse, l'Islam promuove un sistema di sviluppo economico basato sulla partecipazione all'investimento condividendo perdite e utili. Emerge, dunque, la predilezione per l'economia reale e per i criteri di *Profit and Loss Sharing* e *Risk sharing* in ambito giuridico⁶⁹.

V. MODELLI E TIPI CONTRATTUALI DEL PROFIT AND LOSS SHARING ISLAMICO

Gli strumenti giuridici del modello tracciato sono i contratti di *mudāraba* e *mušāraka*, base per operazioni contrattuali più complesse, che nel sistema bancario⁷⁰ trovano il principale canale di circolazione ed evoluzione.

Con il primo contratto un soggetto *rabb-ul-māl* può investire, attraverso un conferimento di mero capitale, in un'attività d'impresa in cui un secondo soggetto, *mudārib*, opera in qualità di agente, condividendo gli utili secondo una percentuale determinata dalle parti in misura necessariamente proporzionale, essendo vietato concordare un importo forfettario o una remunerazione garantita a favore del finanziatore. Le scuole giuridiche islamiche⁷¹

⁶⁵ La base imponibile a cui applicare l'aliquota è rappresentata dai beni in proprietà (da più di un anno) non sfruttati a fini produttivi e la cui consistenza sia superiore a un determinato ammontare, variabile a seconda del bene. Il Corano individua in modo esplicito i beneficiari e le finalità.

⁶⁶ Così, A. Predieri, *Shari'a e Costituzione*, cit., p. 188 e 189. È d'obbligo richiamare, sin da ora, la non assoluta novità del modo di atteggiarsi della *zakat* nel sentimento dei fedeli cittadini: sul punto, invero, non può non richiamarsi la costruzione economica formulata da A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali* (1759), Milano, 2001, su cui si avrà modo di ritornare.

⁶⁷ È dibattuto il ruolo dell'istituto nello Stato islamico moderno. R. Hamoui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica, Quando i mercati incontrano il mondo del profeta, eBook*, Bologna, 2009, p. 38 e ss.

⁶⁸ E. Vadalà, *Capire l'economia islamica*, cit., p. 57.

⁶⁹ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, in *Banca e Mercati*, C. Porzio (a cura di), vol. 97, Roma, 2009, 18; nonché M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, The Hague, 2002, p. 23.

⁷⁰ Sulle evoluzioni delle prassi bancarie, si v. M. Nejatullah Siddiqi, *Il sistema bancario: teoria e pratica*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, p. 41 e ss.

⁷¹ L'espressione è qui usata in senso proprio. Invero, come noto, il diritto islamico si sviluppa a partire dalla lettura della Legge Divina rivelata nel Corano e dalla Sunna. Le fonti giuridiche sono state articolate dalla componente sunnita dell'Islam che istituzionalizzò quattro scuole giuridiche del diritto islamico, note in arabo come *madhhab*. Queste scuole giuridiche portano il nome dei loro fondatori e si sono costituite e sviluppate attorno agli 'Ulama e Fuqaha'— esperti sapienti— tra il 699 d.C. e l'829 d.C.: la scuola hanafita, la scuola hambalita, la scuola malikita e, infine, la scuola shafi'ta. Cfr. W.B. Hallaq, *Introduzione al diritto islamico*, Bologna, 2013, spec. cap. III.

sono concordi nel negare l'ammissibilità di una remunerazione fissa per non incorrere nel divieto di *riba*.

La *mudāraba*, assimilabile alla commenda medievale⁷², è nata per permettere ai detentori di un patrimonio immobiliare non in grado di amministrarlo di renderlo redditizio, affidandolo ad un gestore e condividendone i profitti. Essa rappresenta la forma tipica di impresa islamica⁷³ per la sua adattabilità funzionale e coerenza con il principio di proporzionalità nella ripartizione di perdite e profitti⁷⁴. Si presenta netta la cesura tra il ruolo del finanziatore e quello del gestore: il primo non può interferire con la gestione dell'attività di esclusiva competenza del *mudārib*. All'investitore è riservata tuttavia una vasta gamma di poteri di controllo, volta a tenere evidenza della diligenza nella gestione dei fondi e nell'adempimento delle condizioni contrattuali⁷⁵.

Quanto alla disciplina delle perdite, il finanziatore le sopporta entro il limite del suo investimento, senza il rischio che venga intaccato il suo patrimonio personale⁷⁶. Il *mudārib*, il cui apporto si esaurisce nella prestazione lavorativa, non sopporta perdite economiche se non nella misura in cui il tempo e gli sforzi profusi non abbiamo ricevuto contropartita, né è esposto ad eventuali azioni da parte del finanziatore a meno di negligenza nella gestione ovvero di inadempimento⁷⁷. Elemento chiave del contratto è la fiducia reciproca tra le parti, necessaria per un proficuo funzionamento dell'impresa⁷⁸. Inoltre il contratto permette il coinvolgimento di terze parti nell'accordo attraverso il partenariato al fine di raccogliere più investitori interessati ad una stessa attività⁷⁹.

Nel traffico bancario, l'intermediario può rivestire, a seconda dei casi, sia il ruolo di finanziatore nei confronti di quei soggetti che non sono in grado di accedere al sistema creditizio e, perciò, definiti deboli, sia il ruolo di gestore dell'affare – in uno schema contrattuale al contrario – impiegando il capitale del *rabb-ul-māl* nel mercato. Alla scadenza del contratto, qualora la gestione della banca sia stata proficua, i profitti saranno condivisi secondo i termini prestabiliti⁸⁰. Una criticità di tale evoluzione è relativa alla possibilità che si traduca in una minore tutela dei risparmiatori nei casi in cui l'intermediario svolga entrambi i ruoli. Invero, la banca da un lato gestisce capitale altrui e dall'altro ne fa uso per finanziare ulteriori iniziative. È possibile, dunque, che gli azionisti della banca destinino risorse finanziarie ad operazioni con elevato livello di rischio con lo scopo di conseguire

⁷² Sul tema, L. Favali, *Qirād islamico, commenda medievale e strategie culturali dell'occidente*, Torino, 2004.

⁷³ Sulle forme di società contrattuale, si v. F. Castro, *Il modello islamico*, cit., p. 71 e ss.

⁷⁴ G.M. Piccinelli, *Banche islamiche in contesto non islamico*, Roma, 1996, p. 102 e ss.

⁷⁵ F. Al-Omar e M. Abdel-Haq, *Islamic Banking Theory, Practice e Challenges*, Bloomsbury, 1996, p. 13.

⁷⁶ T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 68 e ss. Gli asset conferiti rimangono nella titolarità dell'investitore e, in caso di alienazione dei beni, il *mudārib* potrà vantare diritti sull'eventuale profitto ricavato, ma non anche sul valore-capitale.

⁷⁷ F. Al-Omar e M. Abdel-Haq, *Islamic Banking Theory, Practice e Challenges*, cit., p. 13.

⁷⁸ R. Hamaui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica*, cit., p. 87. Nella prassi si individuano due diversi tipi di *mudāraba*: *restricted mudāraba*, in cui il capitale è destinato ad uno specifico affare e *unrestricted mudāraba*, in cui non ci sono limiti di sorta. Sul punto, T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 70 e ss.

⁷⁹ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, 2 ed., Hoboken, 2011, p. 143.

⁸⁰ *Ivi*, 70 e ss.

un profitto senza esporre i capitali personali, ma utilizzando i capitali conferiti dai clienti che sopporterebbero le perdite in virtù del conferimento iniziale senza poter avanzare pretese gestorie⁸¹.

Esistono posizioni critiche⁸² nei confronti del moderno uso del contratto in discorso. Invero, la soluzione per cui con la *mudāraba* la banca finanzia l'acquisto di beni effettuandone la compravendita per conto del cliente al quale rivende lo stesso bene ad un prezzo maggiorato comprendente una somma volta a remunerare il servizio, viene considerata molto poco aderente all'istituto tradizionale. Se allora si avvale dello stesso *nomen iuris*, si dice, è solo al fine di acquisire l'autorità degli antichi giuristi islamici⁸³. Ad ogni modo, si concorda nel ritenere che i servizi resi dalla banca islamica assumono un valore diverso dall'attività di prestito per l'acquisto di un bene praticata dagli intermediari creditizi di tipo convenzionale.

La *mušāraka*, invece, è maggiormente espressione del principio del *Profit-Loss Sharing*, essendo strumento di condivisione del rischio di un'attività attraverso conferimento di capitale, lavoro e beni. Essa consiste in un accordo con il quale due o più soggetti contribuiscono sia alle risorse finanziarie, sia alle mansioni manageriali per un'attività svolta in comune: la partecipazione non deve necessariamente essere in quote uguali, con il limite relativo alle perdite sopportate in maniera proporzionale al conferimento. In questo caso, colui che apporta il capitale è anche gestore delle risorse, a differenza della precedente forma di compartecipazione: ciò aumenta il rischio di speculazione e comportamenti opportunistici; tuttavia, detto rischio appare mitigato dalla proporzionalità delle perdite alla quota apportata⁸⁴. Nella prassi, mentre la *mudāraba* è tradizionalmente utilizzata in progetti di breve durata di carattere commerciale, la *mušāraka* è impiegata per investimenti a lungo termine⁸⁵.

L'uso dell'istituto da parte delle banche islamiche come strumento di partecipazione ad un affare comune evidenzia l'approccio sostanzialmente diverso tra tali istituzioni e le banche convenzionali, le quali non assumono rischio d'impresa, ma erogano prestiti a tassi d'interesse predeterminati che assicurano profitto a prescindere dall'esito dell'attività finanziata. Con la *mušāraka*, invece, secondo il principio del *Profit-Loss Sharing*, al finanziatore non è garantito alcun profitto al momento della stipula del contratto. Per la

⁸¹ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., tomo II, p. 865 nt. 98.

⁸² M. El-Gamal, *Islamic Finance: law, economics and practice*, Cambridge, 2006, pp. 67–68.

⁸³ *Ibidem*. L'A. spiega che la legittimità del sovrapprezzo e dell'intera operazione è ascritta ai rischi sopportati dalla banca: il rischio di proprietà assunto nell'intervallo delle due operazioni relativo alla fluttuazione del prezzo del bene oggetto dell'operazione e il rischio che la proprietà del bene acquistato per conto del cliente torni alla banca per inadempimento. Il primo rischio, ad ogni modo, viene quasi azzerato, secondo l'A., dalla brevità del lasso di tempo che intercorre tra le vendite. Ulteriori profili di liceità dell'operazione come l'assenza dello scambio di denaro contro denaro e la responsabilità della banca nella custodia del bene si ritrovano in L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 867, nt. 104.

⁸⁴ Un'analisi critica dei problemi che il modello basato sulla partecipazione comporta nel traffico bancario rispetto al modello basato sull'interesse è condotta da M. Nejatullah Siddiqi, *Il sistema bancario: teoria e pratica*, in *Islam e finanza. Religione musulmana e sistema bancario nel Sud est asiatico*, Institute of Southeast Asian Studies (a cura di), Torino, 1991, pp. 68–76.

⁸⁵ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 866, nt. 101.

validità di esso è inoltre richiesto che l'attività finanziata sia *haram*, vale a dire non vietata, alla luce dei precetti coranici⁸⁶.

Anche per questo contratto la conformità alla *Sharia'h* passa per la rispondenza al divieto di *gharar*, qui superabile con la predeterminazione delle percentuali della partecipazione agli utili esclusivamente al momento della stipula del contratto, realizzando così la massima estensione del principio di trasparenza; non si può, invece, intervenire sulla ripartizione delle perdite che deve necessariamente essere computata in maniera proporzionale al conferimento effettuato. Inoltre, non è permesso pattuire *ex ante*, neppure in maniera fissa, uno specifico ammontare come remunerazione delle parti⁸⁷. Quanto alla modalità di ripartizione degli utili – soli valori per cui esiste un potere dispositivo delle parti – non vi è unanimità tra le scuole giuridiche islamiche. Nella prassi, si deroga al principio di proporzionalità se ciò è giustificato dalla modalità di partecipazione all'impresa, in modo che «il socio di mero capitale, che non presti la propria attività di lavoro, può pattuire una partecipazione agli utili non proporzionata al conferimento effettuato»⁸⁸. Un ulteriore punto di divergenza di vedute attiene al conferimento di beni: secondo le posizioni più avanguardiste, è possibile conferire anche beni nel progetto comune; le scuole giuridiche islamiche con posizioni più ortodosse ritengono che tale forma di conferimento causi problemi di ripartizione di quanto ricavato da un'eventuale alienazione, soprattutto con riferimento ai beni infungibili⁸⁹.

Nel tempo i caratteri tradizionali del contratto hanno subito adattamenti per essere veicolati nel sistema bancario. Con esso si disciplinano il deposito bancario e il finanziamento per l'acquisto di beni.

Nella conformazione sciaraitica, il deposito bancario è una *mušaraka* in cui, per rendere profittevole il versamento di denaro, l'ente creditizio è il soggetto finanziato e il risparmiatore assume il ruolo di finanziatore. Questi potrà ottenere una remunerazione a titolo di utili derivanti dall'investimento qualora decida di mettere il denaro a disposizione dell'intermediario. Rispetto al deposito bancario convenzionale, qui il risparmiatore diventa un vero e proprio *partner* dell'istituto creditizio, divenendo partecipante anche della *governance*. Tale eventualità pone in luce la concezione diversa di banca nell'economia conforme alla *Sharia'h*. Diventa centrale il concetto di *accountability* che risulta rafforzata dalla presenza del risparmiatore nella gestione del flusso di risorse. La struttura del contratto implica inoltre che il finanziatore, al pari di un azionista, non possa ritirare la somma depositata in ogni momento.

Un'altra evoluzione del contratto è la cosiddetta *diminishing mušaraka*, forma di finanziamento per l'acquisto di immobili. In questo caso lo strumento contrattuale costruisce una *partnership* nella proprietà dell'immobile, con quote di partecipazione all'attività che si modificano di pari passo con lo stato di pagamento del prezzo.

⁸⁶ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 64.

⁸⁷ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 137.

⁸⁸ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 65.

⁸⁹ M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, Karachi, 1998, p. 24 ss. In relazione alla liquidazione delle quote per estinzione del rapporto si v. T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 66.

L'operazione contrattuale è suddivisa in più fasi. Questa inizia con un accordo di acquisto in comune del bene in cui il finanziatore detiene una quota maggioritaria. Contemporaneamente viene stipulato un *purchase agreement* che disciplina la graduale cessione, a titolo oneroso, delle quote di proprietà del bene dal finanziatore al soggetto finanziato. Infine, con un terzo contratto, il soggetto finanziato, in possesso del bene, si impegna a pagare un corrispettivo per il suo godimento: le rate in cui è diviso il corrispettivo decrescono al decrescere della quota di proprietà del finanziatore. Al termine, la parte finanziata ottiene la proprietà del bene. In caso di inadempimento, invece, il finanziatore ha diritto di vendere il bene sul mercato e l'eventuale deprezzamento rispetto al costo di acquisto graverà sul finanziato⁹⁰. Come già visto, per motivi di trasparenza e liceità è indispensabile che siano esplicitate le quote di partecipazione⁹¹.

Nella prassi si usa combinare la *mudāraba* con la *mušāraka*, in modo tale da permettere al *mudārib* di partecipare all'attività d'impresa anche con conferimento del suo capitale per realizzare un temperamento degli interessi delle parti più aderente all'esercizio di attività economica in comune. L'unico limite che viene posto è il divieto di concordare, per il mero finanziatore di capitale, una partecipazione agli utili proporzionalmente superiore al suo conferimento⁹².

L'integrazione degli schemi di *mudāraba* e *mušāraka* per attività di finanziamento e d'impresa viene proposta nel mondo islamico come alternativa al paradigma dell'interesse e per gli stessi fini di stimolare investimenti, remunerare l'*expertise* manageriale e generare profitto⁹³.

Se da un lato, quindi, risultano mitigati i rischi derivanti dalla speculazione attraverso l'impostazione economica di fondo di condivisione di perdite e utili, dall'altro l'applicazione del *Risk Sharing* acuisce altri tipi di rischi, come quello d'impresa e quello per cui la controparte non adempia gli obblighi contrattuali stabiliti. Non si può pertanto affermare con assoluta certezza che la finanza islamica sia più o meno sicura di quella convenzionale. Di evidenza è la circostanza che dover rispettare determinate regole e principi ha portato, nella finanza islamica, a un insieme di strumenti finanziari e contratti che, seppur differenti da quelli convenzionali, soddisfano le diverse esigenze degli operatori economici incluso la generazione di profitti.

VI. ECONOMIA E FINANZA: VISIONI A CONFRONTO

Come si accennava in precedenza, l'impianto economico allineato ai principi della *Sharia'h* è stato definito una giusta via di mezzo tra il sistema capitalistico, più attento alla libertà a discapito della giustizia sociale, e quello socialista, al netto della sua realizzazione pratica, incentrato sulle costrizioni ma più attento all'uguaglianza⁹⁴. Tuttavia occorre precisare che lo scontro in atto tra modelli di capitalismo sta ulteriormente restringendo gli spazi per

⁹⁰ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 138; M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, The Hague, 2002, p. 57 e ss.

⁹¹ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 67.

⁹² M.T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit., p. 36.

⁹³ L. Nonne, *Il prestito ad interesse nel diritto islamico*, in *Il libro e la bilancia*, cit., p. 868.

⁹⁴ E. Vadalà, *Capire l'economia islamica*, cit., p. 28.

politiche diverse da quelle che attribuiscono al libero incontro di domanda e offerta la funzione di determinare l'ottimale allocazione delle risorse⁹⁵.

Gli economisti islamici stigmatizzano la scarsa attenzione del sistema capitalistico per l'eguaglianza e la sua propensione a incentivare la mera speculazione, basandosi sui puntuali riscontri provenienti dalla realtà⁹⁶. Per evitare ciò, nel contesto islamico, la libertà individuale e le transazioni commerciali trovano un limite nel rispetto dei precetti sciaraitici con l'obiettivo di promuovere un'economia più equa⁹⁷.

Rebus sic stantibus, i teorici della circolazione dei modelli si chiedono se e quanto sia effettivamente possibile importare questo tipo di finanza nel mondo Occidentale, oppure se la circolazione trovi ostacoli – sembrerebbe – in considerazioni giuridiche e culturali non esplicitate.

D'altra parte, gli studi di economia islamica hanno per obiettivo la predisposizione di un modello di sviluppo economico fondato sui principi valoriali dell'Islam e ciò ha visto il moltiplicarsi degli stessi a partire dagli anni Settanta del secolo scorso⁹⁸, anche al fine di rivendicarne un'autonomia scientifica come paradigma alternativo a quello della letteratura economica convenzionale⁹⁹.

Nell'analisi del sistema economico-finanziario islamico, gli studiosi occidentali hanno innanzitutto rilevato che in esso difettano i presupposti su cui si basano tutte le teorie e le pratiche occidentali. Ad essere eliminato è il tasso di interesse, che spiega le scelte di investimento e la domanda di moneta e inoltre guida le politiche monetarie e fiscali statali e transfrontaliere. Sul piano dell'efficienza, la proibizione del pagamento di un tasso di interesse comporta inoltre problemi nell'allocazione e nella gestione del rischio.

Il modello alternativo di crescita proposto a partire dai precetti sciaraitici conduce ad un paradigma effettivamente non riconducibile al pensiero occidentale¹⁰⁰ che si compone di tre elementi fondamentali: il primato dell'economia reale su quella finanziarizzata; la ricerca di un equilibrio costante nelle transazioni commerciali in adesione ai divieti di rischio e speculazione, e la gestione condivisa del rischio, in sostituzione dell'approccio *debt-based* che caratterizza il capitalismo convenzionale e la partecipazione al profitto e al rischio d'impresa.

È indubitabile che il fondamento religioso della razionalità economica islamica conduca ad una nozione di bene sociale che deve necessariamente coniugarsi anche in una dimensione escatologica di salvezza. Già tale circostanza, dunque, la allontana in maniera,

⁹⁵ Per una introduzione sul tema, si v. A. Somma, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 2019, p. 117 e ss.; per una valida sintesi delle giustificazioni elaborate dalla dottrina comparatista sul punto, si v. F. Viglione, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale in Comparazione e diritto civile*, 2012, p. 1 e ss.

⁹⁶ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 18; M. T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit.

⁹⁷ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 18.

⁹⁸ Per una bibliografia esaustiva cfr. A.A. Islahi, *History of Economic Thought in Islam: a Bibliography*. Jeddah, 2007.

⁹⁹ V. Cattelan, *L'economia islamica: alternativa apparente o reale?*, in 97 *Oriente Moderno*, 2017, p. 276.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 283.

sembrerebbe, irrimediabile dai termini secolari dell'efficienza su cui si impernia il sistema economico convenzionale di matrice occidentale. Eppure, la riflessione si rivelerebbe cieca se non si sottolinea l'incidenza del fattore religioso sul dato economico.

La circostanza non è certamente eccezionale: anche nel capitalismo convenzionale¹⁰¹ si può individuare uno "spirito" di weberiana memoria¹⁰². Il filosofo individua il protestantesimo calvinista come la fede religiosa più affine al capitalismo razionale¹⁰³, uno stile di vita orientato al lavoro professionale e alla ricerca del profitto attraverso il calcolo¹⁰⁴. Lo spirito enucleato da Weber¹⁰⁵ si identificherebbe in quella disposizione socioculturale che, correggendo la sete spontanea di guadagno, induce il calvinista a reinvestire i frutti della propria attività per generare nuove iniziative economiche e perseguire la crescita¹⁰⁶.

D'altra parte, anche la teologia cristiana medievale ha gettato i semi del capitalismo moderno¹⁰⁷, legittimando la figura del banchiere attraverso un'opera di "redenzione" dell'usuraio¹⁰⁸. Ancora appare doveroso il richiamo alla concezione filosofica di Adam Smith, in cui il liberalismo economico si lega alla costruzione cattolica del mondo. Lo studioso costruisce l'archetipo del soggetto che agisce nelle dinamiche economiche riconoscendo l'egoismo che lo muove nel perseguimento dei propri interessi. Detta predisposizione egoistica, però, viene mitigata dalla dimensione spirituale e culturale, attraverso cui vengono veicolati i sentimenti di pietà ed altruismo necessari per correggere la competizione sfrenata¹⁰⁹. In questo senso, la mano invisibile è identificata con la

¹⁰¹ «Il capitalismo ha un suo «spirito», il che vuol dire che ha una radice religiosa»: così P. Rossi, *Max Weber, l'etica protestante e il capitalismo*, in *Nuova informazione Bibliografica*, 2018, p. 49, che, ancora, specifica: «Il capitalismo – o meglio, come vedremo, il capitalismo moderno – non è soltanto un sistema di produzione e di smercio attraverso un'impresa che comporta l'investimento di capitale e l'impiego di lavoro salariato «libero», e che richiede un insieme di istituzioni politico-giuridiche tali da garantirne il funzionamento. Esso poggia anche su una mentalità orientata verso il profitto – non già il profitto ottenuto volta per volta, attraverso singole operazioni, bensì un profitto continuativo, prodotto dal lavoro professionale organizzato in forma d'impresa; esso poggia cioè su un *ethos* che gli è peculiare, e che non è dato ritrovare in altre società o in altri periodi storici».

¹⁰² M. Weber, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* (1905), Segrate, 1991.

¹⁰³ Per un'analisi della teoria weberiana della razionalità, si v. P. Rossi, *Max Weber. Una idea di Occidente*, Roma, 2007.

¹⁰⁴ R. Marra, *Religioni universali e capitalismo razionale in Max Weber*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fasc. spec., 2013, p. 140.

¹⁰⁵ Del capitalismo moderno, nella sua imponente opera, lo studioso ha indagato le premesse storiche e culturali, la rivoluzione industriale, l'egemonia britannica, l'imperialismo, il colonialismo, il conflitto crescente tra le grandi potenze, poi sfociato nella Prima guerra mondiale. Per approfondimenti si v. M. Salvati, *Max Weber: capitalismo, liberalismo, democrazia*, in *Stato e Mercato*, 2015, n. 104, p. 229 e ss.

¹⁰⁶ Per una recente lettura critica del pensiero weberiano si v. C. Cipolla, *Versus Max Weber*, Milano, 2023; per una lettura recente del suo pensiero, si v. C. Trigilia e D. D'Andrea, *Max Weber oggi. Ripensando politica e capitalismo*, Bologna, 2018.

¹⁰⁷ A tal proposito, si v. J. Le Goff, *Le Moyen Age et l'argent. Essai d'anthropologie historique*, Parigi, 2010. Più di recente, L. Bruni, *Il capitalismo e il sacro*, Milano, 2019 e S. Muscolino, *Libertà e mercato. Riflessioni su capitalismo, società e cristianesimo*, Roma, 2017.

¹⁰⁸ B. Nelson, *The Idea of Usury. From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood*, 2. ed., Chicago, 1969.

¹⁰⁹ Il riferimento è a A. Smith, *La teoria dei sentimenti morali*, cit., in cui si legge ad esempio: «Per quanto egoista si possa ritenere l'uomo, sono chiaramente presenti nella sua natura alcuni principi che lo rendono partecipe delle fortune altrui, e che rendono per lui necessaria l'altrui felicità, nonostante da essa egli non ottenga altro che il piacere di contemplarla. Di questo genere è la pietà o compassione, l'emozione che proviamo per la

provvidenza e, ancora, viene enucleata la teoria per cui ogni intervento istituzionale, tendente a regolamentare il mercato, possa comprometterne l'equilibrio, perché limiterebbe la libertà di commercio e, di conseguenza, il progresso¹¹⁰.

Le due culture, dunque, hanno assegnato un posto diverso alle proprie origini tradizionali e religiose: la cultura secolare dell'Occidente, infatti, ha posto nell'ombra le radici etico-religiose del proprio modello di crescita economica; diversamente, nell'economia islamica, esse vengono valorizzate, o almeno si cerca di utilizzarle come parametro di giustizia sociale¹¹¹, facendone un canone simil-scientifico per la misurazione dell'efficienza.

La conclusione sembra potersi ricavare dalla rassegna di alcune definizioni dell'economia: essa è stata descritta come la scienza che ha per oggetto il benessere e la sua relazione con l'essere umano, avendo riguardo alla realizzazione della giustizia in ogni attività economica¹¹²; come applicazione dei precetti religiosi per prevenire le ingiustizie nell'acquisizione e nella disposizione delle risorse¹¹³; come studio della prosperità dell'uomo attraverso strumenti di cooperazione e partecipazione¹¹⁴.

Liberata da preconcetti che potrebbero rendere esotica, se non mitologica, l'esperienza del modello islamico di crescita economica¹¹⁵, la riflessione può concentrarsi nel comprendere le possibilità di questo paradigma teorico di costruire un capitalismo alternativo ed inserirlo nella pratica internazionale¹¹⁶. Appare già certo invece che quantomeno in questa prospettiva, il modello tratteggiato possa aprire la strada ad un pluralismo economico che chiede il ripensamento dell'interazione tra il mondo occidentale e quello islamico. Non vi è chi non rintraccia il tema come una frontiera utile per superare l'approccio di matrice post-coloniale nell'indagine dei rapporti tra i due poli¹¹⁷. Si traccerebbe, in tal modo, una direttrice verso un «capitalismo “plurale”, capace di “aprire” il mercato a teorie alternative di giustizia economica in grado di coesistere ed influenzarsi reciprocamente»¹¹⁸.

Tuttavia, la prospettiva sembra molto lontana. Invero, come già si è accennato, la coesistenza tra le banche islamiche, che non applicano interesse, con gli intermediari

miseria altrui, quando la vediamo, oppure siamo portati a immaginarla in maniera molto vivace. Il fatto che spesso ci derivi sofferenza dalla sofferenza degli altri è troppo ovvio da richiedere esempi per essere provato; infatti, tale sentimento, come tutte le altre passioni originarie della natura umana, non è affatto prerogativa del virtuoso o del compassionevole, sebbene forse essi lo provino con più spiccata sensibilità. Nemmeno il più gran furfante, il più incallito trasgressore delle leggi della società ne è del tutto privo» (sez. I, cap. I, n. 1.).

¹¹⁰ Recentemente sul tema G. Cucci, *Adam Smith nel terzo centenario della nascita*, in *La Civiltà Cattolica*, quaderno n. 4154, vol. III, 2023, pp. 179–189, secondo cui la mano invisibile si può definire come «una sorta di Provvidenza nella storia, capace di conciliare le passioni egoistiche con la felicità, da una parte, e di dare un fondamento scientifico all'economia di mercato dall'altra» (p. 189).

¹¹¹ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 278.

¹¹² *Ini*, p. 276, citando Al-Makarim.

¹¹³ S.M. Hasanuzzaman, *Definition of Islamic economics*, in 2 *Journal for Research in Islamic Economics*, 1984, p. 52 e M.U. Chapra, *The Future of Economics: an Islamic Perspective*, Leicester, 2000, p. 125.

¹¹⁴ A. Khan, *Islamic economics, nature and need*, in 2 *Journal for Research in Islamic Economics*, 1984, p. 55.

¹¹⁵ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 284 e 285.

¹¹⁶ M. Çizakça, *Islamic capitalism and finance. Origins, evolution and the future*, Cheltenham e Northampton, 2011.

¹¹⁷ H. Dabashi, *The Arab Spring: the End of Post-colonialism*, Londra e New York, 2012.

¹¹⁸ V. Cattelan, *L'economia islamica*, cit., p. 286.

convenzionali genera fenomeni di *adverse selection*. La distorsione dell'equilibrio del mercato in favore di prodotti convenzionali è dovuta, come è facilmente intuibile, all'esistenza del tasso d'interesse, che, configurando profitti certi, estirpa alla base ogni diversa valutazione rispetto alla convenienza economica di un'operazione¹¹⁹.

A quanto precede si può aggiungere una riflessione sul sistema bancario. Nel modello convenzionale, appare fondamentale l'aderenza delle iniziative creditizie alla regolamentazione dettata dal Comitato di Basilea¹²⁰, che si declina negli ordinamenti statali e sovranazionali. In particolare, il cosiddetto Basilea II ha costruito un dettagliato *framework* per la misurazione e il contenimento dei rischi per gli intermediari che trova il proprio punto nodale nel tasso di interesse.

Il modello Basilea, in tale prospettiva, costituisce una netta barriera d'ingresso ad operazioni economico-finanziarie lecite¹²¹. Detta barriera, inoltre, non appare giustificata in termini di efficientismo economico, soprattutto alla luce dello *shock* che il sistema convenzionale ha subito con la crisi finanziaria del 2008: la destabilizzazione che essa ha comportato non è rintracciabile nel circuito islamico, toccato in maniera marginale¹²². Invero, diversamente dalle banche convenzionali, quelle islamiche agiscono in maniera più simile ad agenti e investitori e ciò modifica le caratteristiche del rischio che attiene a tali intermediari¹²³ e la conformazione del loro capitale le cui passività comprendono depositi di investimento di natura quasi-*equity* conformi al principio di ripartizione di utili e delle perdite¹²⁴.

VII. RISK SHARING: MODELLO GIURIDICO RIFIUTATO DALLA FINANZA DOMINANTE

Nelle transazioni economiche, la condivisione del rischio indica il criterio secondo cui esso è distribuito tra tutti i soggetti dell'operazione. Una corretta comprensione del passaggio dal paradigma del trasferimento del rischio – che informa l'attuale sistema occidentale – a quello del *Risk Sharing* è ritenuta fondamentale per garantire un significativo potenziamento e sviluppo della finanza islamica¹²⁵.

Gli studiosi islamici sottolineano la mancata comprensione del modello del *Risk Sharing* che non prevede né l'assunzione del rischio in proprio, né la sua dissipazione realizzata

¹¹⁹ Secondo Stiglitz, Weiss e Akerloff, una soluzione al fenomeno è il *signalling* consistente nel calibrare diverse soluzioni di finanziamento lasciando che il cliente, attraverso la propria scelta, segnali il rischio di cui è portatore. Tuttavia, tale tipo di soluzione incontra le stesse obiezioni relative all'*homo economicus*.

¹²⁰ Attualmente il sistema bancario occidentale è costruito intorno ai parametri del cosiddetto Basilea II, concordato del 1983 e rivisto nel 2004 dal Comitato formato dai rappresentanti delle autorità di vigilanza bancaria e delle banche centrali di gran parte degli Stati del mondo che si riunisce a Basilea presso la Banca dei regolamenti internazionali. Per una disanima, A. Brescia morra, *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*, 2 ed., Bologna, 2016, cap. VIII e IX.

¹²¹ M.T. Usmani, *An Introduction to Islamic Finance*, cit. e C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., p. 27.

¹²² M. Hadian, *Monetary Management in a Dual Banking System: A Nominal-GDP Targeting Approach in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., pp. 95–118.

¹²³ A.I. Onagun, *Capital Regulatory Requirements for Islamic Banks in the UAE: A Comparative Analysis in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 81.

¹²⁴ *Ivi*, p. 92.

¹²⁵ M.L. Siti, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 237.

con il suo trasferimento sulla controparte, come accade nel modello contrattuale di finanza prevalente. Trattandosi di un nuovo modo di fare economia che non utilizza il rischio come fonte di guadagno, praticare un modello di finanza di tal fatta significa abbandonare i dettami del sistema convenzionale da tutti noi conosciuto.

La sostituzione del paradigma dell'esazione di interesse con la condivisione del rischio rispecchia il precetto islamico per cui il diritto al guadagno è accompagnato dalla responsabilità delle possibili perdite e spese correlate¹²⁶ ed è elemento necessario per lo sviluppo umano e fortemente incoraggiato dall'Islam¹²⁷. Tuttavia, la sua applicazione nel settore bancario islamico è ancora timida, dilagando gli atti di elusione del precetto attraverso la creazione di schemi complessi che assumono l'abito di quelli tradizionali, ma sottendono intenzioni diverse.

Per la *Sharia'h*, il modello *Risk Sharing* è applicato tramite gli istituti descritti¹²⁸. Con essi, il rischio è diviso tra le parti per cui ognuna di esse è incoraggiata ad una sua corretta e solida gestione per minimizzare la propria esposizione, ottimizzando gli utili. Inoltre, ai contratti finanziari basati sui modelli islamici sono stati aggiunti ulteriori correttivi quali *wa'ad* e garanzie, costituenti requisiti condizionali per la stipulazione del contratto. Gli adattamenti si inseriscono negli sforzi ritenuti necessari per ottenere prodotti simili a quelli convenzionali¹²⁹.

Sul punto si può sottolineare che la Banca Mondiale ha indicato la condivisione del rischio come catalizzatore di maggiore prosperità¹³⁰. Gli studi economici e l'esperienza del capitalismo confermano la necessità di utilizzare nuovi criteri per la gestione del rischio: già Keynes sosteneva che il meccanismo del tasso di interesse, base del paradigma del trasferimento del rischio, ha contribuito alla creazione dei due mali ereditati dal capitalismo, il peggioramento della distribuzione del reddito e la disoccupazione¹³¹. Gli assunti sono stati, di recente, confermati dallo studio di Piketty, secondo cui il sistema di trasferimento del rischio aggrava il divario di reddito poiché il sistema finisce per incoraggiare i "venditori" di denaro, senza alcuno strumento valido che giuridicamente

¹²⁶ S.M. Lajis, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance* in *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 239 ss. e Id., *Risk-Sharing Securities: Accelerating Finance for SMEs*, in *25 Islamic Economic Studies*, 2017, pp. 35–55.

¹²⁷ S.A. Rosly, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets: Islamic Economics, Banking e Finance, Investments, Takaful and Financial Planning*, Kuala Lumpur, 2005, p. 57.

¹²⁸ Per una trattazione sistematica si v. A. Cupri, *L'economia del Profeta: la finanza islamica e i fondamenti del diritto islamico dei contratti Shari'ah Compliant*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2021, fasc. 20, p. 19 e ss.; P. Biancone, S. Secinaro, N. Radwan, *Compatibilità della finanza islamica alla normativa italiana*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2020, fasc. 9, p. 1 e ss. e M. d'Arienzo, *L'economia islamica nella globalizzazione dei mercati*, in *Diritto e religioni*, 2017, fasc. 2, p. 517 e ss.

¹²⁹ S.M. Lajis, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance* in *Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 239.

¹³⁰ *World Bank Annual Report 2015*, p. 22.

¹³¹ J.M. Keynes, *Saving and Usury: A Symposium.*, in *42 The Economic Journal*, 1932, pp. 123–141.

possa ristabilire un equilibrio¹³². La conseguenza è l'esclusione dalla crescita del gruppo a basso reddito e l'arricchimento di coloro che già dispongono di ingenti risorse¹³³.

Differentemente da un sistema basato sul trasferimento del rischio, il paradigma del *Risk Sharing* sembrerebbe offrire un sistema finanziario intrinsecamente stabile perché basato su strumenti giuridici che disegnano una reciprocità della responsabilità che implica una reciprocità di azione: ciascuna parte tende ad impegnarsi per garantire un risultato favorevole, riducendo il proprio rischio¹³⁴. Tale reciprocità aiuta la correzione delle forme di *moral hazard*, di opportunismo *post* contrattuale e di asimmetria informativa. Inoltre, è stato osservato che il sistema di partecipazione agli utili è più efficace rispetto al sistema convenzionale poiché in grado di contrastare meglio gli *shock* inflazionistici, mantenendo i vantaggi di un processo decisionale decentralizzato, mentre la crisi del 2008 ha mostrato l'instabilità endogena del sistema finanziario dominante¹³⁵.

Ancora, Sheng sostiene che solo l'economia reale è solida e la finanza nei suoi modelli di azione è un derivato di essa: la teoria monetaria, dunque, non può dimenticare che la finanza deve servire l'economia reale piuttosto che guidarla¹³⁶. Da questo punto di vista, l'impianto giuridico proposto dal modello sciaraitico ancora la finanza al sistema reale, in quanto anche nel settore finanziario è fondamentale il rispetto dei principi coranici analizzati. In tale prospettiva, il sistema islamico predilige il mercato azionario, il cui scopo speculativo è inibito a monte a mezzo del rispetto del divieto di *gharar*, così come si sottrae al rischio di corrompere il tessuto sociale, dal momento che le società quotate devono svolgere attività cosiddette *haram*¹³⁷. I nodi problematici sinteticamente evidenziati sono quelli intorno a cui ruotano le preoccupazioni dei fondi di investimento islamici, la cui selezione di portafogli non può sottrarsi ad uno *screening* rigoroso¹³⁸.

VIII. LE ISTANZE GIURIDICHE PER RENDERE REALE LA FINANZA

Gli stessi capisaldi posti dal sistema *Sharia'h compliant* sono ciò che allontana la finanza islamica dai mercati convenzionali¹³⁹, entro cui sono diffusi strumenti derivati che ruotano attorno alla speculazione, mirando a trasferire il rischio in forma occulta. Eppure, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, sono proliferati i fondi comuni islamici collocati nella più ampia categoria dei fondi etici¹⁴⁰. L'appellativo e il collocamento sono frutto della necessaria selezione dei titoli da inserire nel portafoglio basata su criteri non meramente

¹³² T. Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press, 2014.

¹³³ Aa. Vv., *Undermining Shared Prosperity? Risk Shifting and Islamic Banking*, in Simposio annuale *World Bank and Islamic Development Bank*, Istanbul, settembre 2015.

¹³⁴ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 101.

¹³⁵ M.L. Siti, *Fintech and Risk-Sharing: A Catalyst for Islamic Finance in Islamic Finance, Risk-Sharing and Macroeconomic Stability*, cit., p. 240.

¹³⁶ A. Sheng, *From Asian to Global Financial Crisis: An Asian Regulator's View of Unfettered Finance in the 1990s and 2000s*, Cambridge, 2009.

¹³⁷ T.V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit. p. 84 e ss.

¹³⁸ *Ivi*, p. 91 e ss.

¹³⁹ C.J. Godlewski, R. Turk-Ariss e L. Weill, *Sukuk vs. Conventional Bonds: A Stock Market Perspective*, in *41 Journal of Comparative Economics*, 2013, p. 745 e ss.

¹⁴⁰ Z. Iqbal e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., p. 251.

finanziari¹⁴¹. Tuttavia, la possibilità che il capitale venga destinato ad attività incompatibili con la *Sharia'h* rende difficile l'operatività dei fondi di investimento, poiché la partecipazione al capitale non permette di intervenire nelle scelte di mercato della società partecipata.

Per offrire una continuità operativa nel mercato convenzionale a detti fondi, in dottrina si è stilato un *vademecum* per gli investimenti¹⁴². Esso esclude la possibilità di investire in attività bancarie basate sugli interessi, in operazioni aleatorie, come il mercato assicurativo, e in settori merceologici proibiti. Ulteriori condizionalità si sono rese necessarie per mitigare il divieto di investire in attività che prevedono un tasso di interesse. In particolare, i fondi possono investire nel mercato del debito o in attività i cui profitti sono condizionati dagli interessi a patto che il *core business* non abbia tale connotazione e l'oggetto sociale non sia in contrasto con i precetti sciaraitici. Perché l'investimento possa essere considerato lecito è necessario che gli azionisti abbiano espresso disapprovazione per tali attività proibite dal Corano e che gli utili derivanti da interesse siano devoluti a fini caritatevoli e, in ogni caso, non distribuiti¹⁴³. Il risultato è uno snaturamento degli strumenti, fino alla tolleranza dell'infrazione dei divieti corretta *ex post*. L'interazione con il sistema convenzionale, dunque, sembra produrre un'ibridazione del modello, che torna denaturato anche nella dimensione domestica.

Il fondo che raccoglie capitali di investitori musulmani agisce in qualità di agente in attività *Sharia'h complaint* utilizzando contratti di *mudāraba*, *mušāraka*, *istisna*¹⁴⁴ e *ijarah*¹⁴⁵.

La domanda di investimento da parte del mondo islamico ha visto la nascita di indici azionari riservati alle società in grado di rispettare i dettami sciaraitici. Ciascuno di essi si dota di uno *Sharia'h board* a cui è demandata la decisione sulle quotazioni attraverso l'analisi del titolo che si intende immettere sul mercato e della società che chiede la quotazione. Al riguardo, un profilo problematico è rappresentato dalla dinamicità delle attività sociali che devono essere continuamente monitorate perché esse non possono diventare in un nessun momento incompatibili con la *Sharia'h*¹⁴⁶.

I meccanismi evidenziati fanno emergere un'ulteriore distanza tra questo modo di fare finanza e la pratica del *trading* a breve termine del circuito convenzionale. Nei mercati occidentali, invero, si assiste alla trasformazione degli investitori da collettori di partecipazioni azionarie in agenti di speculazione. Il paradigma del *Risk Sharing* invece

¹⁴¹ C. Porzio, F. Miglietta, M. G. Starita, *Banca e finanza islamica, contratti, peculiarità gestionali, prospettive di crescita in Italia*, cit., 45 e ss.

¹⁴² Z. Iqbal, e A. Mirakhor, *An Introduction to Islamic Finance: Theory and Practice*, cit., 252 e ss.

¹⁴³ T.V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, In *Digesto Commerciale*, Aggiornamento, Milano, 2012, p. 414.

¹⁴⁴ Il contratto ha lo schema soggettivo trilaterale di un contratto di appalto unito a quello di compravendita del bene oggetto del primo accordo. Cfr. T. V. Russo, *I contratti Shari'a compliant, valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, cit., p. 82 e ss.

¹⁴⁵ Il contratto è assimilabile al *leasing* operativo ovvero un usufrutto in cui si dispone del diritto di utilizzare un bene per un lasso di tempo determinato al fine di trarne profitto. Di recente, per ottenere uno strumento simile a quello del *leasing* finanziario, *Ijarah* è stato combinato con un contratto di vendita con promessa unilaterale di acquisto. *Ivi*, p. 77 e ss.

¹⁴⁶ T. V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, in *Digesto Commerciale*, cit., p. 414.

ostacola la causa di *trading* che si concreta nella riallocazione sul mercato delle azioni acquistate per trarne profitto e non nella *partnership* al fine di dividere utili e perdite¹⁴⁷.

Accanto al mercato azionario, vi è quello del debito relativo a prestiti cosiddetti *asset based*, vale a dire prestiti basati su beni in grado di generare profitti da distribuire. Essi rispecchiano la realtà e il *Risk Sharing* della finanza islamica.

La forma più comune di titolo di debito sono i cosiddetti *sukuk*¹⁴⁸, certificati di partecipazione rappresentativi di quote di proprietà indivisa su un patrimonio di beni materiali. Questi si differenziano dagli strumenti obbligazionari tradizionali poiché non sono certificati rappresentativi di debito; nonché dalle azioni, poiché non rappresentano una quota di partecipazione nel capitale sociale dell'emittente. Attraverso i *sukuk* i portatori hanno diritto esclusivamente ad una quota degli eventuali utili provenienti dal bene sottostante.

Difficile trovare una *reductio ad unum* diversa dal paradigma della condivisione del rischio anche per gli strumenti negoziati sul mercato finanziario.

Nonostante quanto sinteticamente tracciato, il modello di finanza islamica stenta ad affermarsi anche nei Paesi islamici, dove il settore appare concepito da ingegneri finanziari che disegnano strutture conformi alla *Sharia'h*, ma in grado di offrire lo stesso risultato economico dei prodotti convenzionali. Ne deriva la modifica di un sistema già esistente per soddisfare i vincoli imposti dal circuito convenzionale globalizzato¹⁴⁹.

A tal proposito, una conferma della dinamica descritta viene suggerita dalla considerazione svolta del Fondo Monetario Internazionale, in tempi non recenti, secondo cui la «versione paradigmatica del sistema bancario islamico si basa sulla condivisione del rischio. Tuttavia, tale paradigma non è (ancora) profondamente incorporato a livello globale»¹⁵⁰.

Appare inoltre emblematico che la comprensione che si tratti di un modello effettivamente alternativo abbia suscitato l'attenzione del Fondo tanto che si è sviluppata una fiorente letteratura che conduce analisi dettagliate, anche sui singoli Paesi, senza però contenere giudizi di valore, ma – sembrerebbe – volta all'individuazione di tutti i possibili rischi e manipolazioni, se non addirittura, minacce per il sistema convenzionale¹⁵¹.

¹⁴⁷ *Ivi*, p. 415.

¹⁴⁸ Gli strumenti sono stati sviluppati in Bahrain e Malesia, *leader* nella finanza islamica. Cfr. T. V. Russo, *Finanza Islamica (voce)*, in *Digesto Commerciale*, cit., p. 415.

¹⁴⁹ Secondo uno studio del 2016 in Malesia (Aa. Vv., *Challenges of Profit-loss-sharing Financing in Malaysia Islamic Banking*, in *12 Malaysia Journal of Society and Space*, 2016, p. 39–46), l'uso limitato di Mudarabah e Musharakah dipende da: percezione di questi contratti come aventi elevati livelli di rischio, familiarità delle banche islamiche a partecipare come *partner*, complessità dei prodotti, normative rigorose, mancanza di personale qualificato.

¹⁵⁰ *Malaysia: Financial Sector Assessment Program Financial Sector Performance, Vulnerabilities and Derivatives — Technical Notes*, IMF, 2014.

¹⁵¹ L'interesse al modello alternativo e la necessità di comprenderne i rischi e valutarne l'impatto ha portato allo sviluppo di una letteratura piuttosto copiosa per il Fondo Monetario Internazionale che ha affrontato lo studio delle istanze islamiche nella finanza in diversi settori, a titolo esemplificativo: *Islamic Finance: Opportunities, Challenges, and Policy Options*, IMF Staff Discussion Note, 2015 già citato; *Ensuring Financial Stability in Countries with Islamic Banking*, IMF, 2017; *The Core Principles For Islamic Finance Regulations And Assessment Methodology*, IMF Policy Paper, 2018; e da ultimo *Monetary Policy Implications of Central Bank Digital Currencies: Perspectives on Jurisdictions with Conventional and Islamic Banking Systems*, WP/23/60, IMF, 2023.

IX. SNATURAMENTO DEI MODELLI GIURIDICI E MERCATO: ALCUNE CONSIDERAZIONI FINALI

Si impone, dunque, una riflessione in merito alla circolazione dei modelli. La complessità dei meccanismi contrattuali che si è cercato di illustrare, costruiti su basilari schemi di divisione di utili e perdite, è dettata anche dalla volontà di renderli accostabili ai prodotti dei mercati finanziari convenzionali. Per tali ragioni assomigliano ad un prodotto dell'ingegneria finanziaria al solo scopo di superare la barriera di entrata in un mercato globale che ha la pretesa di affermarsi come unico modello economico e giuridico, ma anche culturale, non lasciando spazio né alla diversità né alla valutazione di modelli competitivi¹⁵² legati a presupposti svincolati dall'ambito economico.

Tutto ciò viene motivato adducendo ragioni di ordine tecnico-economico, dietro le quali però si celano – probabilmente in maniera un po' maldestra – motivazioni politiche¹⁵³. Ciò comporta un'ibridazione degli istituti non convenzionali o forse uno stingimento degli stessi¹⁵⁴, dovuta alla contaminazione subita dalle norme giuridiche a causa dell'innesto di principi alieni in un dato ordinamento. E tuttavia, in questo caso, gli strumenti giuridici subiscono una "scoloritura" non perché si inseriscono in sistemi altrui, ma si contaminano nel sistema di appartenenza per accedere al mercato prevalente. Si tratta della circolazione di modelli economici non istituzionalizzata¹⁵⁵ i quali inficiano la costruzione giuridica e assiologica del tessuto normativo originario. Quest'ultimo cede alle pressioni derivanti dal confronto con il prevalente sistema finanziarizzato di economia perdendo il proprio potenziale di alternatività ad un modello imperante non equo dal punto di vista del modello non convenzionale.

Il carattere di fondo della *Sharia'h*, che ha da sempre convissuto con modelli diversi, permette che, rispetto a questo movimento, non si ponga il problema della coerenza sistematica e della tenuta dell'ordinamento. Cionondimeno, lo snaturamento dei principi che presiedono ad un modello di crescita economica in consonanza con l'impianto etico-religioso proprio dell'Islam avviene in una spirale di dubbia correttezza ed equità, poiché la ricezione del modello esterno viene affidata a giustificazione di tipo economico ed efficientistico che non aprono né al confronto né al dialogo tra culture. Non sembra errato ritenere, dunque, di essere nuovamente in presenza di un fenomeno di *polity* reticolare¹⁵⁶, vale a dire di imposizione di regole da parte di entità esterne su ordinamenti sovrani. In particolare, l'espressione richiama l'architettura istituzionale disegnata, a partire dalla fine degli anni Settanta, dall'azione congiunta delle politiche neoliberiste e dei processi di globalizzazione¹⁵⁷ che hanno attribuito crescente potere decisionale ad agenzie private

¹⁵² F. Viglione, *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi*, cit., p. 3.

¹⁵³ Si richiama qui la corrente *law and development* che informa la *governance* economica mondiale nonostante le critiche subite. In linea di prima approssimazione, secondo tale corrente si impongono istituti giuridici prelevati da un modello dominante *culture matters*. L. E. Harrison e S. P. Huntington, *Culture matters. How values shape human progress*, New York, 2000.

¹⁵⁴ Il termine è preso in prestito da una riflessione di A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2018, p. 1 e ss.

¹⁵⁵ *Ivi*, p. 5.

¹⁵⁶ Secondo la definizione di A. Palumbo, *La polity reticolare. Analisi e critica della governance come teoria*, Roma, 2013.

¹⁵⁷ J. Stiglitz, *Globalization and Its Discontents*, Londra, 2002.

ovvero semi-private, le quali dettano i valori sulle cui basi fondare le preferenze del traffico giuridico economico¹⁵⁸.

In questo caso, si è in presenza di adattamenti ritenuti necessari per non rimanere esclusi dall'ordine economico globalizzato. La mancata difesa di punti di vista differenti su aspetti sociali, giuridici ed economici porta qui all'esaltazione della ricerca di una base universale per un ordine globale certamente criticabile per essere disancorato alla dimensione territoriale e svincolato da politiche eque di distribuzione della ricchezza. Sembra anche dubbio che tale scelta sia stata consapevole considerato lo sforzo compiuto dalle scuole giuridiche islamiche per dimostrare la coerenza dei nuovi costrutti contrattuali con quelli antichi.

Ancora una volta, la necessità di ibridare istituti e imporre modelli sembra essere dominata dal (e i risultati dei trapianti sembrano essere valutati alla luce del) concetto di efficienza mutuato dalla scienza economica occidentale: la regola vincente è quella che comporta la massimizzazione del risultato a prescindere da un giudizio di merito circa la sua equità, anche qualora essa favorisca il trasferimento dei costi transattivi e delle esternalità negative, magari in maniera occulta. Si assiste, pertanto, all'ennesima riaffermazione dell'economia e del mercato come canali di veicolazione di un sistema di giustizia sociale, mentre al diritto resta il ruolo di elaboratore di strumenti tecnici per permettere il funzionamento di meccanismi ritenuti competitivi ed efficienti.

L'idealtipo che costituisce il parametro di giudizio, oggi, parrebbe assegnato al mercato inteso come luogo della concorrenza e del libero incontro tra domanda e offerta, nonché esclusivamente come luogo di profitti. Esso, dunque, diventa il prototipo cui la scienza giuridica nella comparazione si rivolge per valutare i sistemi reali. Si assiste, pertanto, alla perdita di un ruolo autonomo del diritto, che rinuncia a veicolare valori diversi da quelli mutuati dagli assetti economici. Il diritto, dunque, appare trasformarsi in un lettore sterile delle leggi economiche e di ordini concettuali provenienti dalla teoria economica¹⁵⁹, perdendo non solo la possibilità di tracciare prospettive di politica inedite, ma anche il ruolo di custode di un patrimonio "sapienziale"¹⁶⁰ che conserva e restituisce i caratteri identitari di un'esperienza territorialmente circoscrivibile.

Gli esiti dell'analisi della cultura occidentale del diritto e del suo rapporto con le dinamiche economiche sono stati identificati nel positivismo giuridico o nello scientismo, a seconda che il giurista diventa «bocca delle leggi economiche» oppure «fonte di un ordine concettuale ricavato dalla scienza economica»¹⁶¹. In definitiva, è stato sostenuto che il primato sostanziale del circuito economico – a cui sembra che l'esperienza islamica stia

¹⁵⁸ La definizione elaborata nel lavoro di Palumbo costituisce una fruttuosa applicazione di quanto suggerito da D. Stone, *Non-Governmental Policy Transfer: The Strategies of Independent Policy Institutes*, in *13 Governance*, 2000, pp. 45–62.

¹⁵⁹ Per la necessità di rifondare una dimensione autonoma del diritto rispetto alle dinamiche economiche, si v. P. Grossi, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2000, p. 551 e ss.

¹⁶⁰ Così viene definito il portato del giurista nell'elaborazione del discorso giuridico scevro dalla manipolazione delle considerazioni economiche in A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, in *Politica del diritto*, 2018, p. 107.

¹⁶¹ *Ibidem*.

provando a sottrarsi – sta sancendo la nascita del post-diritto, vale a dire alla perdita d'identità di quest'ultimo, poiché si riduce a riflesso di altri fenomeni sociali¹⁶².

In questo scenario, osservare il movimento di resistenza che una diversa costruzione del rapporto tra dinamiche economiche e identità culturale veicola attraverso lo strumento giuridico potrebbe essere considerato utile per rintracciare prospettive inedite per rivendicare un ruolo rinnovato per il diritto stesso.

Inoltre, occorre ancora sottolineare che la scoloritura di cui si discorre risulta sostanzialmente indipendente dall'entità statale¹⁶³. Invero, il fenomeno opera a livello di diritto privato e, dunque, si ha la tentazione di ricondurlo al valore di norma autoprodotta dai soggetti che a tale regola si sottomettono ed assume le caratteristiche di spontaneità e bilateralità¹⁶⁴. Tuttavia, detto fenomeno ha, alla base, differenti valutazioni assiologiche che si pongono su un piano di regolazione più ampia del diritto privato e conducono a riflessioni sull'intero sistema giuridico e sui suoi fondamenti. Come si è avuto modo di vedere, l'esame delle singole strutture contrattuali non può prescindere dalla comprensione del paradigma della *Sharia'h* per cui il discorso deve obbligatoriamente allargarsi verso ulteriori dimensioni, involgendo una riflessione macroeconomica per tentare di ridefinire un nuovo ruolo delle regole e della scienza giuridica. Ciò al fine di permettere al diritto di presiedere ad un mercato che persegue una giustizia diversa dall'efficienza economica.

D'altra parte, proprio lo stingimento, stavolta inteso nel senso originario, chiede una riflessione critica al mondo giuridico-economico occidentale sul modo di presiedere al mercato. Ci si riferisce ai nuclei di comunità, formatasi a seguito dei flussi migratori, che restano apparentemente separati dal tessuto sociale ospitante mantenendo le proprie abitudini culturali e giuridiche che influenzano l'ordinamento ospitante¹⁶⁵. È quanto successo in Gran Bretagna: lo sviluppo della banca islamica si racconta sia nato da un'esperienza quotidiana accaduta a Eddie George, all'epoca governatore della *Bank of England*¹⁶⁶, e dovuto alla presenza di regole aliene all'ordinamento ospitante seguite da una data comunità nel rispetto dell'ordinamento stesso. La valutazione circa la compatibilità o meno di queste regole con il sistema giuridico ospitante e quindi la tenuta della coerenza sistematica di detto ordinamento ha poi provocato il movimento di ostacolo ad un modello astrattamente compatibile con le regole giuridiche, ma alternativo ai dettami

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Proprio come la dinamica osservata in altri contesti da A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, cit., p. 11.

¹⁶⁴ M. Bessone, *Lineamenti di diritto privato*, Torino, 2017, p. 3 e ss.

¹⁶⁵ A. Miranda, *Lo "stingimento" delle regole giuridiche tra diritti e limiti nell'era dei flussi migratori e della crisi delle nazioni*, cit., p. 12.

¹⁶⁶ È accreditato il racconto secondo cui l'apertura alla finanza islamica sia cominciata a seguito di una discussione tra l'ex governatore e un vicino di casa, di religione musulmana. Questi manifestò il proprio rammarico per non essere riuscito a trovare alcuna banca londinese in grado di offrire un finanziamento *Sharia'h compliant* per l'acquisto della casa. L'ex governatore, dunque, promosse un gruppo di studio comprendente la *Fsa* (*Financial Services Authority*), il ministero del Tesoro, esperti fiscali e la comunità islamica locale, per definire un quadro normativo e fiscale favorevole allo sviluppo della finanza islamica nel paese. Tale processo portò all'apertura della *Islamic Bank of Britain* (2004), prima banca islamica inglese *retail*, e a cinque banche d'investimento. Cfr. R. Hamaui e M. Mauri, *Economia e Finanza islamica*, cit., p. 105.

economici di riferimento. Detto modello è riferibile all'insieme di cultura, credenza ed abitudini della comunità di migranti che si inseriscono nel tessuto sociale del Paese ospitante.

La panoramica offerta evidenzia che il segnale di allarme non scaturisce dalla necessità di inseguire l'Occidente e la sua concezione del mondo, quanto dalla pressione che i meccanismi del diritto ricevono per inseguire il mito del mercato nell'unica forma oggi storicamente ritenuta possibile.

La deriva sembra potersi rintracciare nell'allontanamento dell'economia dalla propria *sedes naturalis*, vale a dire come una scienza nata dalla filosofia morale¹⁶⁷, e verso la quale – solo in tempi recenti¹⁶⁸ – se ne auspica il ritorno. Inoltre, viene in rilievo anche il riconoscimento dell'ideologia del mercato come il mito fondante dell'economia, secondo cui esso avrebbe poteri straordinari di coordinamento spontaneo delle azioni degli individui¹⁶⁹ e, in virtù dei cui meccanismi, il diritto sembra essere orientato. Il tentativo di leggere tutto attraverso il mercato ha, di fatto, impoverito la visione d'insieme e corrotto il sapere economico, per cui gli economisti hanno tentato di costruire un'immagine di scienza pura, moralmente neutra, come la fisica¹⁷⁰.

Sembra che l'Occidente, in definitiva, abbia dimenticato che il mercato non ha nulla di naturale, ma è una creazione umana. L'economia, dunque, non è desocializzata, e i rapporti economici non sono nettamente distinguibili da quelli sociali e politici: tale, invero, è esclusivamente la concezione lasciataci in eredità dal pensiero dell'Ottocento¹⁷¹. In quel momento, è stata eretta come un monolite l'idea che «un mercato autoregolantesi richiede niente meno che la separazione istituzionale della società in una sfera economica ed una politica» per cui «la società del diciannovesimo secolo, nella quale l'attività economica fu isolata ed attribuita ad una particolare motivazione economica, rappresentò in realtà discontinuità particolare»¹⁷². Invero, appare utile richiamare l'insegnamento per cui i mercati sono «elementi accessori della vita economica», mentre il sistema economico è «assorbito nel sistema sociale»¹⁷³.

Se, dunque, l'«ordine economico è semplicemente una funzione dell'ordine sociale nel quale esso è contenuto»¹⁷⁴, ad essere rilevante è il sistema assiologico di riferimento del mercato e le conseguenze di esso sulla distribuzione della ricchezza. In particolare, come detto, il modello islamico ha manipolato i suoi strumenti giuridici per disegnare strutture economico-contrattuali che permettono di conseguire profitto certo senza l'utilizzo del tasso d'interesse al pari del sistema convenzionale, trovando un nuovo assetto sistematico. Il risultato non accettabile è la scelta da parte di una lettura di mercato alternativa – non

¹⁶⁷ Per una disamina dell'origine del movimento si v. S.V.M. Cremaschi, *Adam Smith, l'economia politica e la filosofia morale*, in L. Ruggiu (a cura di), *Genesis dello spazio economico*, Napoli, 1982, pp. 147–184.

¹⁶⁸ A. Boitani, *L'illusione liberista. Critica dell'ideologia del mercato*, Roma e Bari, 2021.

¹⁶⁹ *Ivi*, p. 4.

¹⁷⁰ M. Gallegati, *Il mercato rende liberi e altre bugie del neoliberismo*, Roma, 2021, p. 15.

¹⁷¹ A. Somma, *Verso il postdiritto? Fine della storia e spoliticizzazione dell'ordine economico*, cit., p. 90.

¹⁷² K. Polanyi, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca* (1944), Torino, 1974, p. 92.

¹⁷³ *Ivi*, p. 88.

¹⁷⁴ *Ivi*, p. 92.

incompatibile dal punto di vista giuridico con i sistemi esistenti – di rinunciare alla propria identità, in virtù dell'incompatibilità derivante da assunti meramente economici e di *governance*.

Ci si chiede in definitiva se possa essere rintracciata la possibilità per il diritto di «ricollocare il mercato (avendo compreso i suoi meriti e i suoi difetti) al posto che gli compete, senza però fargli invadere ogni sfera sociale e moralmente sensibile»¹⁷⁵.

¹⁷⁵ A. Boitani, *L'ideologia liberista. Critica dell'ideologia del mercato*, Roma e Bari, 2021, p. 156. L'Autore, al termine della propria riflessione critica, pone questo obiettivo come sfida per gli economisti insieme alla ricostruzione della disciplina su basi comportamentali più realistiche, accettando che l'uomo sia mosso da motivazioni complesse e non solo egoiste.

