

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

**CORSO DI DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO, PRIVATO,
PROCESSUALE CIVILE E DELL'IMPRESA
XXXIII CICLO**

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

**L'ASSICURAZIONE ISLAMICA (CD. TAKAFUL): LEGAL
TRANSPLANT E MODELLI A CONFRONTO
LA SHARIA E IL BISOGNO DI PROTEZIONE**

IUS/02

**DOTTORANDA
JIHANE BENARAFI**

Chiar.ma Prof.ssa Rossella Esther Cerchia

Chiar.mo Prof. Giuseppe Ludovico

Anno Accademico
2019-2020

Table of Contents

Avvertenza	6
INTRODUZIONE: AMBITO, RAGIONI DELL'INDAGINE E METODO.	7
CAPITOLO I.....	20
FONTE E PREMESSE DEL DIRITTO ISLAMICO	20
1. Cenni introduttivi.	20
2. L'economia e l'islam.	22
3. la finanza e i suoi connotati etico-religiosi.	28
4. Le fonti del diritto islamico.	31
4.1. la <i>lex</i> divina: <i>Sharia</i>	31
4.2. Il Corano.	32
4.3. La Sunna.	35
4.4. Al-Ijma' à.....	37
4.5. Al-Qiyas.....	38
5. Lo studio delle fonti giuridiche islamiche.	40
6. I principi etico-religiosi operanti nel mercato Sharaitico.	47
6.1. Il divieto del <i>Riba</i>	47
6.2. Il divieto del <i>Gharar</i>	49
6.3 Il divieto del <i>Maysir</i>	53
7. Ulteriori principi etico-religiosi: PLS, <i>Halal vs Haram</i> , <i>Zakat</i>	54
8. La traduttologia e i problemi linguistici tra diritto islamico e diritto occidentale.	56
9. Conclusione.	60
CAPITOLO II.....	62
LA SHARIA E L'ATTIVITA ASSICURATIVA	62
1. Cenni introduttivi.	62
2. L'origine del <i>Takaful</i>	65
3. La <i>sharia</i> e l'assicurazione convenzionale.	67
3.1. I giurisperiti islamici e l'attività assicurativa tradizionale.	68
3.1.1. Dottrina a favore dell'assicurazione convenzionale.	68
3.1.2. Dottrina a sfavore dell'assicurazione convenzionale.....	70
3.2. La <i>fatwa</i> dell'Islamic Fiqh Academy: Decisione n. 9/1985.....	75
4. Lo Standard AAOIFI n. 26/2006: lo <i>Takaful</i>	77

5. La mutualità come meccanismo alternativo alla assicurazione convenzionale in conformità alla sharia.	88
6. Analogia tra il contratto assicurativo e altri contratti islamici.	91
7. I rami del <i>Takaful</i>	94
7.1 Il General <i>Takaful</i>	95
7.2 Il Family <i>Takaful</i>	100
8. I modelli organizzativi business e le implicazioni normative.	110
8.1. Il <i>Wakala</i> model.	114
8.2. Il <i>Mudaraba</i> model.	116
8.3. Il Modello misto o ibrido.	120
8.4. Il <i>Waqf</i> model.	122
8.5. L’impatto dei fee di performance nell’industria <i>takaful</i>	126
8.6. L’operatore <i>takaful</i>	129
9. Gli investimenti nel <i>takaful</i>	130
10. Lo Sharia board e il <i>takaful</i>	132
11. Organismi transnazionali di governance: AAOIFI e IFSB.	138
11.1. Verso l’istituzione di un corpus normativo univoco di principi etico-religiosi.	141
12. Conclusione.	146
CAPITOLO III	149
LE OPERAZIONI NEGOZIALI ASSICURATIVE: I CONTRATTI NELL’ASSICURAZIONE ISLAMICA...	149
1. Cenni preliminari.	149
2. La regola morale nella struttura contrattuale islamico.	151
2.1. Oggetto del contratto nel diritto islamico.	155
2.2. Le clausole aggiunte nel contratto islamico.	159
2.3. La prescrizione nel sistema giuridico islamico.	164
3. Il contratto nel diritto islamico.	167
3.1. La forza vincolante del contratto	173
3.2. La libertà contrattuale.	176
4. I principali tipi di contratto	180
4.1. Gli atti unilaterali.	180
4.2. I contratti bilaterali.	181
5. La coesistenza tra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento giuridico islamico.	181
6. Contratti islamici davanti al giudice occidentale	184
7. Il contratto aleatorio nella tradizione giuridica islamica.	187
7.1. L’alea nel diritto islamico.	189
7.2 Il fondamento del divieto dei contratti aleatori.	193
7.3 Gli effetti del divieto dei contratti aleatori.	198

8. Il contratto assicurativo islamico.	199
9. Gli elementi essenziali del contratto <i>takaful</i>	201
9.1. Gli elementi tecnici a fondamento del processo di gestione del rischio nel <i>takaful</i>	204
9.1.1. Rischio di spesa.	205
9.1.2. Rischio operativo.	205
9.1.3. Rischio di sottoscrizione.	206
9.1.4. Rischio di investimento.	208
9.1.5. Rischio di mercato.	208
9.1.6. Rischio di credito.	209
9.1.7. Rischio di liquidità.	209
9.1.8. Il rischio legale e di compliance.	210
9.2. Il contratto <i>Tabarru'</i>	211
9.2.1. Il carattere obbligatorio della partecipazione <i>-Tabarru'</i> nella sharia: la qualificazione giuridica.	212
9.2.2. Il metodo di calcolo delle partecipazioni <i>-Tabarru'</i> nella struttura <i>takaful</i>	223
9.3. La struttura dei Fondi nel <i>Takaful</i>	224
9.3.1. Fondo <i>Takaful</i>	225
9.3.2. Fondo d'investimento.	231
9.4. <i>Qard hasan</i> per far fronte al deficit del fondo.	233
10. Conclusione	238
CONCLUSIONE	242
BIBLIOGRAFIA	251
SITOGRAFIA	280

Alla mia famiglia

Avvertenza

in questo elaborato si è scelto di seguire una traslitterazione semplificata utilizzando *th, kh, dh, sh, gh* al posto delle lettere arabe *tha, kha, dhal, shin e ghayn*. Inoltre, la lettera araba *gim* (گ) è stata resa con una semplice *g* e ha un suono dolce pur non essendo seguita dalla *i*.

*“La comparazione, scienza giuridica, porta la sua attenzione sulle regole appartenenti ai vari sistemi giuridici per stabilire in quale misura esse coincidano e in quale misura esse differiscano”
Rodolfo Sacco.*

INTRODUZIONE: AMBITO, RAGIONI DELL’INDAGINE E METODO.

Scopo di questa tesi è l’analisi del fenomeno dell’assicurazione nella tradizione giuridica islamica ponendolo a confronto con gli istituti e gli strumenti offerti dagli ordinamenti occidentali fondati sul *civil law* e quindi attraverso l’utilizzo della metodologia comparativa.

Il *Takaful*, il cui significato letterale è quello di “solidarietà” e “garanzia reciproca”, può essere indicato in forma descrittiva quale strumento giuridico con finalità assicurativo utilizzato nel mondo islamico per fare fronte al duplice bisogno di “protezione e progresso”.

Il bisogno di protezione rispetto ad eventi nefasti o dannosi di ogni sorta è esigenza o sentimento connaturato all’essere umano e costituisce il fondamento dell’impulso che spinge gli individui a cercare le soluzioni assicurative conformi alle loro necessità. È pacifico che il concetto della mutua protezione, o aiuto reciproco, o solidarietà, è un postulato fondante dell’attività assicurativa poiché coincide con il bisogno di sicurezza avvertito dagli individui¹; l’individuo manifesta la volontà di entrare a far parte di una collettività umana che manifesta gli stessi bisogni al fine di condividere il rischio². L’essere umano, infatti, è sempre alla ricerca della sicurezza e la storia dell’umanità è costellata di modelli alla costante ricerca di meccanismi di protezione e d’aiuto tra i membri di una comunità affinché venga salvaguardata la loro sicurezza contro ogni rischio imprevedibile e incerto.

¹ A. LA TORRE, *L’assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, 2 ed., Giuffrè Editore, Milano, 2000, pp. 1 ss.

² A. CANDIAN, *L’assicurazione e il “takaful”: un possibile legal transplant nel mercato finanziario italiano?* in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2017, pp. 610-613.

Tale esperienza si può rinvenire anzitutto nell'affratellamento, intesa di mutua solidarietà e protezione parafamiliare che include storicamente anche il rafforzamento dei vincoli di sangue³: nell'antica Grecia e nelle colonie elleniche, gli *eranoi*; nell'antica Roma, *sodalicia*, *sodalitates*, *collegia*; le *gilde*, associazioni di antica origine germanica⁴ e, infine, nella tradizione islamica nel primo documento stipulato tra il Profeta Mohammed e le tribù presenti nel territorio di *Yatrib*, la "*Sahifat al-Madinah*" (la Costituzione di Medina). In tale documento vengono prescritti diritti, doveri e responsabilità a carico di musulmani, ebrei, cristiani e pagani - e all'art. 2 viene fatto espresso riferimento a principi di solidarietà e mutua assistenza all'interno della nuova struttura che fu chiamata "*Ummah*"⁵. Tuttavia, prima di arrivare alle forme più moderne la sicurezza e la protezione era assicurata - e in alcune realtà lo è ancora oggi- dalla solidarietà familiare o del gruppo "*tribu*" o anche dalla forza soprannaturale della fede⁶ che premea e governa gli eventi nella vita dei consociati.

Si premette subito che a parere di chi scrive ciò non costituisce un mero riferimento ad una superata concezione della vita, bensì di un elemento essenziale nell'indagine svolta nel presente lavoro, poiché i musulmani credono che tutto ciò che accade in questo mondo sia per volontà di Allah. Allo stesso modo, ogni incidente o sventura che colpisce persone, famiglie, comunità e che comporta la perdita di vite umane o di beni avviene per volontà di Allah.

Tale postulato in base al quale il giurista e il sistema giuridico deve sempre garantire la conformità di istituti giuridici con i principi etico-religiosi dell'islam spiega come i *fuqaha*, ovvero i doti di fede islamica, abbiano sempre cercato di mantenere una linea continua che leghi le esperienze del passato con la realtà e le esigenze del presente, offrendo un sollievo all'ansia e al timore che si genera dall'incertezza circa gli

³ Si veda C. A. NALLINO, *Intorno al divieto imperiale dell'affratellamento e ad alcuni paralleli arabi*, in *studi per Riccobono*, III, Roma, 1936, pp. 319-357.

⁴ A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, cit., pp. 8-11.

⁵ Si veda S. A. ARJOMAND, *The Constitution of Medina: A Sociolegal Interpretation of Muhammad's Acts of Foundation of the "Umma"*, in *International Journal of Middle East Studies*, 41, 4, 2009, pp. 555-575. Accessed October 14, 2020. <http://www.jstor.org/stable/40389306>.

⁶ A. LA TORRE, *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, cit., pp. 2-3.

accadimenti futuri sfavorevoli, riguardanti la persona o quella dei propri familiari, nel rispetto del credo islamico.

La consapevolezza della sussistenza di un pericolo comune lega gli individui tra di loro in un sentimento di aiuto reciproco, *viribus unitis*, che li aiuta a sopportare le conseguenze economicamente sfavorevoli accompagna l'agire quotidiano di ogni musulmano ed è in questo sentimento che va colta la linfa del *takaful*, istituto che, come si avrà modo di osservare nei successivi capitoli, si fonda su una concezione mutualistica della funzione assicurativa.

L'industria del *takaful*, nei suoi elementi dimensionali, è stata analizzata in un *report* dell'IFSB pubblicato nel luglio 2020 insieme alle questioni pertinenti al settore bancario islamico e al mercato dei capitali islamici⁷. Tale documento si è fondato sui dati estratti dalle banche dati degli indicatori finanziari islamici prudenziali e strutturali⁸ dell'IFSB e sulle prospettive indicative dell'*Islamic financial services industry* che si riferiscono alle informazioni chiave attinenti alla stabilità e alla resilienza della finanza islamica sul piano globale e tra le diverse giurisdizioni. In questo *report* è stata posta in luce la resilienza dell'industria del *takaful* (in particolare il mercato maltese che nel 2020 dovrebbe rimanere stabile nonostante l'impatto notevole della pandemia Covid-19 sull'economia). Si prevede, altresì, che la forte capitalizzazione delle imprese *takaful* in base alle stime degli economisti sembra essere in grado in misura sufficiente di soddisfare le richieste di indennizzo derivanti dalla copertura legata alla pandemia, l'impatto dell'accresciuta volatilità dei mercati finanziari e il crescente stress del credito.

La pandemia ha avuto ovviamente effetti significativi anche sull'industria *takaful*, infatti, si è attenuata la crescita che era prevista per il 2020 rispetto a quella che si è verificata nel 2018, dove si è registrato un tasso di crescita annuo composto dell'8,5%. A tal proposito la Bank Negara Malaysia aveva annunciato, nell'ambito delle misure di agevolazione del settore, la possibilità di differire per tre mesi i pagamenti regolari da parte degli assicurati facenti parte del programma *family takaful* senza

⁷ Islamic Financial Services Industry, Stability Report, July 2020.

⁸ Lo scopo principale del Prudential and Structural Islamic Financial Indicators (PSIFIs) è quello di facilitare l'analisi macroprudenziale e di aiutare a valutare la struttura e lo stato di sviluppo dell'IFSI.

incidere sulla loro copertura, similamente a ciò che è accaduto nell'economia assicurativa occidentale

Attualmente, vi è una notevole incertezza sulle prospettive di crescita, con rischi al ribasso derivanti dalla maggiore volatilità dei mercati finanziari e dall'aumento delle tensioni sul credito a seguito della crisi economica. Ciò potrebbe richiedere una revisione delle prospettive del settore qualora l'entità dell'impatto economico superasse le nostre attuali aspettative. Il continente africano è ancora nella sua fase nascente per quanto riguarda il *takaful*, ma il mercato è in costante crescita. Fatta eccezione per alcuni paesi africani come il Sudan e l'Egitto, il *takaful* è ancora relativamente poco presente in Africa, rappresentando meno del 2% dei contributi globali, pari a 433 milioni di dollari nel 2018 (valore aggregato dei contributi di Sudan, Egitto, Algeria, Tunisia, Senegal, Kenya e Nigeria). In Marocco si è assistito ad un intervento del legislatore in materia di *takaful* anche se tale legge che in seguito attraverso la tecnica della novellazione ha introdotto il *takaful* nel diritto delle assicurazioni marocchine è stata ratificata solamente il 9 luglio 2019, a seguito di un voto unanime della Camera dei rappresentanti⁹.

La previsione secondo la quale i potenziali operatori *takaful* avrebbero cominciato ad operare entro il primo trimestre del 2020 non ha potuto realizzarsi il che non è avvenuto a causa della pandemia. Il nuovo quadro *takaful* porterà a una diversificazione nel mercato assicurativo marocchino, introducendo una varietà di prodotti, tra cui *family takaful*, *mutuo takaful*, e *general takaful*, nonché l'apertura del mercato di risparmio islamico attraverso gli investimenti *takaful*, tra cui il *bancatakaful*¹⁰.

Globalmente il fenomeno è tutt'altro che marginale. Nel 2019 l'IFSB insieme al *Global Takaful Directory* ha condotto un'indagine pubblicata sul *Middle East*

⁹ The Supervisory Authority of Insurance and Social Welfare (ACAPS) ha istituito un quadro giuridico per l'assicurazione e la riassicurazione *Takaful*. Essa definisce il concetto di *Takaful* e *Re-takaful* e introduce i principi fondamentali che regolano il suo funzionamento. Essa sosterrà così l'attività delle banche partecipanti istituite dalla legge n. 103-12 relativa agli istituti di credito e organismi similari.

¹⁰ In tale caso le polizze *takaful* sono vendute attraverso gli sportelli delle banche. Secondo questo accordo la banca agisce come agente del *takaful* in modo che gli operatori *takaful* possano vendere le proprie polizze alla clientela della banca utilizzando la sua rete.

Insurance Review dove è emerso che il numero totale di istituzioni *takaful* è stimato in 353 in 33 paesi.

A tal proposito, il Medio Oriente e l'Asia meridionale hanno circa 114 istituzioni *takaful*, seguiti dal Sud-Est asiatico, circa 106, e dal GCC, circa 79. Per cui gli operatori *takaful* sono circa 222 e *Re-takaful* circa 15, mentre le corrispondenti imprese *takaful* e *Re-takaful* sono rispettivamente 88 e 28. La maggior parte di queste giurisdizioni ha sviluppato normative specifiche proprie per il settore del *takaful*.

Considerando questi dati e la crescita significativa delle comunità musulmane in paesi occidentali, il giurista comparatista non può rimanere indifferente a tale fenomeno, per cui lo studio del modello *takaful* è doveroso. Lo studio sistematico delle convergenze e divergenze di due sistemi messi a confronto è, di norma, il presupposto della comparazione giuridica.

Per potere svolgere un confronto critico e ragionato tra i diversi sistemi come quello occidentale e quello islamico, occorre in prima battuta enucleare i dati sistemologici differenti nelle due realtà normative, il che consente di far emergere anche dati non visibili nel sistema straniero considerato.

In termini più distesi si vuole dire che gli strumenti metodologici classici della comparazione ci insegnano a non limitarci al mero studio del diritto straniero nelle sue varie formanti, approccio che finirebbe per dare per scontato alcuni dati in quanto parte del loro vissuto anche e sono, perciò, pacifici¹¹, ma che l'analisi deve essere condotta andando a ricercare i dati profondi di ciascun esperienza che si riconnettano strettamente all'approccio storicistico tanto caro a Gino Gorla.

Si dirà che l'analisi che si è cercato di condurre potrebbe avere anche una ulteriore finalità che deriva ovviamente dalla consapevolezza che si acquisisce attraverso l'indagine comparata, ovvero la presa di coscienza dell'esistenza di modelli, o modelli alternativi, che operano in esperienze e luoghi territorialmente e culturalmente assai distanti, il che nell'era della globalizzazione -intesa come "deterritorializzazione" ha un sicuro rilievo- i confini territoriali tendono a svanire allargando così gli orizzonti,

¹¹ A. GAMBARO, P. G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. 3, Utet, Torino, 1988, p. 53.

avvicinandosi alle esperienze giuridiche *beyond West*¹². Insomma, è innegabile che la comparazione ha il suo fondamento nello studio delle differenze tenendo in considerazione l'assetto culturale, etico e religioso del diritto straniero per cui non si può trasportare un modello giuridico senza prima comparare: infatti, “*chi conosce un solo diritto non conosce nessun diritto*”¹³.

Alla luce di tali premesse per così dire metodologiche si avverte quindi il lettore che l'analisi che segue partirà dapprima dallo studio classico volto a mettere in luce convergenze tra *takaful* e altri modelli individuando poi le divergenze più o meno insuperabili tra i diversi istituti.

Il punto di partenza è certamente quello dell'elemento comune alle due esperienze ovvero i principi di mutualità o solidarietà che come detto è elemento caratterizzante il *takaful*, il vero punto archimedeo dell'assicurazione che sia conforme ai principi etico-religiosi della legge islamica.

Ed infatti uno dei principi fondamentali a cui il musulmano deve attenersi in tutti i campi della vita è il “*at-taaoune*”, che si traduce nella cooperazione, l'aiuto reciproco e la solidarietà come si legge nel *Cor.* 5, 2: “[...] *Aiutatevi l'un l'altro in carità e pietà e non sostenetevi nel peccato e nella trasgressione. Temete Allah, Egli è severo nel castigo*”. Il Profeta avverte circa l'importanza di tali principi e assimila metaforicamente la società musulmana ad un unico corpo solido e coeso che se ferito, anche in un solo punto, ne soffrirebbe nella sua interezza. L'inosservanza di tali principi può generare situazioni nefaste all'interno della società civile con un effetto domino in cui indifferenza ed egoismo condurrebbero inevitabilmente alla povertà. I valori fondamentali su cui il concetto di *Umma al Islamiya*, “comunità islamica” si regge sono l'integrazione sociale e la solidarietà. Gli obblighi di solidarietà non si

¹² T. E. FROSINI, *Diritto Comparato e Diritto Globale*, in *Diritto: Storia e Comparazione: Nuovi Propositi per Un Binomio Antico*, (edited by) M. BRUTTI, A. SOMMA, vol. 11, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt Am Main, 2018, pp. 207–218. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctv4cbhqs.12. Accessed 12 Oct. 2020; si veda altresì in riferimento alla globalizzazione L. PEGORARO, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 261 ss.; A. SOMMA, *Introduzione al diritto comparato*, Roma, 2014, p. 167 ss.; P. G. MONATERI, (ed.) *Methods of Comparative Law*, Cheltenham and Northampton, 2012.

¹³ T. E. FROSINI, *Diritto Comparato e Diritto Globale*, *op. cit.*, p. 216.

manifestano solamente nell'assistenza materiale, ma in ogni azione il cui obiettivo sia alleviare una sofferenza o soddisfare un bisogno altrui.

Il Corano specifica inoltre che tali obblighi non si limitano ai componenti delle famiglie o delle comunità ristrette ma si estendono a tutti coloro che si trovano in condizione di difficoltà o debolezza: *Cor. 4, 36: "ai genitori fate del bene, ai parenti, agli orfani, ai poveri e al vicino che v'è parente e al vicino che v'è estraneo e al compagno di viaggio, al viandante e allo schiavo, perché Dio non ama chi è superbo e vanesio"*.

Tali principi di matrice religiosa trovano ampiamente spazio nella dottrina dell'interesse collettivo "*Al-Maslahah Al-Mursalah*" intesa come il benessere sociale, elemento di assoluto rilievo nel sistema giuridico islamico, che vede costantemente affermare i giurisperiti islamici sulla prevalenza del benessere generale sulle esigenze del singolo. Pertanto, la libertà individuale è rilevante soltanto quando non entri in conflitto con gli interessi sociali.

Inoltre, tra gli strumenti, ovvero fonti secondarie impiegate dai *Mujtahidin* - *colui che compie "effort de réflexion"* - vi è l'*Istislah*, ovvero sia "*Al-Maslahah Al-Mursalah*". Tale principio, cioè l'utilità generale - nonché uno strumento elaborato dalla scuola *Malikita* – viene invocato come principio cardine per individuare soluzioni operative nelle transazioni commerciali e finanziarie qualora si renda difficile individuare una soluzione *ad hoc* utilizzando il *Qiyas* (analogia), *Ijmaa* (consenso unanime) o *urf* (usanze).

Il ricorso all'utilità generale è stato talvolta equiparato ai principi d'equità nell'esperienza di *common law*, solo che quest'ultima si limita alle parti di un determinato conflitto, mentre la prima ha valenza *erga omnes*. Tale teoria predilige lo sviluppo sociale e il bene collettivo, tenendo in considerazione il benessere dell'individuo e il rispetto dei dettami etico-religiosi. I sostenitori di tale teoria asseriscono che *Allah* ha prescritto un codice di comportamento per tutelare l'interesse sociale della comunità islamica. Tuttavia, in caso di silenzio della legge bisogna fare ricorso alla teoria della necessità per individuare la soluzione più consona al caso concreto considerando sempre il beneficio collettivo (un parametro di misura).

Ciò peraltro trova esplicito riconoscimento in un *hadith* riportato dal Profeta, in cui si apprende che talvolta una pratica vietata diventa tollerata per necessità “*Al-darurat toubih al mahdourat*”, come nel caso dell’assicurazione tradizionale, che per lungo tempo è stata vista con *méfiance* per le sue caratteristiche contrastanti con i concetti etico-religiosi islamici.

La ragione di quanto anzidetto risiede in un *hadith* riportato dal Profeta, in cui si apprende che talvolta una pratica vietata diventa tollerata per necessità “*Al-darurat toubih al mahdourat*”, come nel caso dell’assicurazione tradizionale, che per lungo tempo è stata vista con *méfiance* per le sue caratteristiche contrastanti con i concetti etico-religiosi islamici.

Questi elementi consentono di comprendere le ragioni per cui considerando che l’assicurazione convenzionale è vietata poiché contiene elementi vietati dalla *sharia* come il *riba*, il *gharar* e il *maysir*, la soluzione individuata dall’*islamic fiqh academy* nella *fatwa* n. 9 del 1985 dove si asserisce che il modello mutualistico e cooperativo è quello adatto per far sì che l’assicurazione sia conforme alla *sharia*.

La dottrina islamica ha raggiunto la medesima soluzione solo dopo un percorso, che verrà illustrato ampiamente nell’elaborato, all’interno del quale l’assicurazione conforme ai principi sharaitici è stata analizzata in tutti suoi aspetti salienti. A tal proposito, si deve osservare che la prima *fatwa* è apparsa nel 1436 quando il giurista Yehya Al-Mourtada ha vietato in modo assoluto di prestare garanzia ai “beni che possono essere rubati e affogati”. I primi studi in tale ambito, infatti, hanno visto la luce solamente dal 1834 in poi. In tale frangente il giurista Ibn Abidin aveva affermato che il contratto assicurativo convenzionale è nullo. Tuttavia, se tale contratto è stato concluso in un territorio non musulmano allora è lecito che il musulmano riceva, nel paese in cui sussiste un conflitto tra i musulmani e non, l’indennità dal non musulmano, ma solamente se il credente accetta la medesima indennità basandosi non sul contratto, ma sulla propria volontà.

In Europa, come ad esempio in Francia, oggi è in commercio una polizza assicurativa di nome *Sakina* (letteralmente significa tranquillità interiore e pace), avente come oggetto il rimpatrio dei morti in conformità alla legge islamica che si regge sui principi

mutualistici e partecipativi. Il contratto assicurativo permette di coprire le spese del funerale e dell'eventuale rimpatrio integrando i rituali religiosi e il rispetto delle loro ultime volontà. La copertura viene concessa dai 12 agli 85 anni di età e la sottoscrizione viene effettuata senza un questionario medico.

Il contratto consente al partecipante di ottenere una somma forfettaria per coprire le spese di funerale e di rimpatrio in caso di decesso. Al suo decesso, il capitale scelto al momento della sottoscrizione sarà versato al beneficiario designato nel contratto. Il beneficiario del contratto può essere una persona fisica o una persona giuridica, come ad esempio un'impresa di pompe funebri, al fine di pagare direttamente le spese funebri e il rimpatrio nel paese di origine del defunto.

Secondo un'indagine di mercato effettuata da "Les Echos Etudes", il fatturato potenziale del *Takaful* in Francia è stimato in 3,5 miliardi di euro, pari all'1,70% del mercato assicurativo totale. Su questa base, la Francia potrebbe diventare il quarto mercato *Takaful* al mondo.

Ci si interroga, dunque, su quale sia il motivo per cui l'Italia non persegua il medesimo modello e adotti lo stesso processo per poter commercializzare prodotti assicurativi alternativi, conformi alla *sharia*, considerando che il territorio italiano ospita circa 2,5 milioni di musulmani residenti.

I servizi e i prodotti conformi alla *sharia* sono strumenti che possono interessare anche i cittadini non musulmani che credono nei principi etici.

Premesso ciò, si può dedurre che tali servizi e prodotti, conformi ai principi etico-religiosi, possono trovare spazio nell'industria assicurativa. È indubbio che il modello *takaful* è un modello meritevole di tutela considerando la sua *ratio iuris* sottostante. Inoltre, davanti alle perplessità dei giuristi che potrebbero mettere in dubbio la sua trasposizione nel mercato domestico si potrebbe rispondere, alla luce delle osservazioni svolte da una autorevole dottrina in tema di "la circolazione internazionale dei contratti atipici"¹⁴, che quando un modello contrattuale sia stato

¹⁴ F. GALGANO, *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. e impresa*, vol. 5, 2, 1989, pp. 357-368.

diffuso e attuato altrove con successo, esso è già stato giuridicamente riconosciuto, per cui la meritevolezza degli interessi contrattuali sottostanti è già stata verificata e introdurlo nella piazza domestica sarà senza difficoltà e complicazioni¹⁵.

Come verrà illustrato, il dogma principale nella tradizione islamica è che tutto appartiene a Dio e che tutti gli avvenimenti si verificano per volontà sua: la vita, la morte, la ricchezza e la povertà, la felicità e l'infelicità, la grazia e la disgrazia. Per cui tutti gli accadimenti legati alla vita dell'essere umano sono attribuiti alla volontà divina, Allah dà e Allah prende. Difatti, tale verità indiscutibile per i musulmani si regge su alcuni versetti del Corano come: “*Non vi toccherà disgrazia sulla terra o nelle vostre persone che non sia stata scritta in un Libro prima ancora che Noi la produciamo: facile è questo a Dio!*” (Cor. 57, 22).

Tuttavia, se da un lato il credente è esortato di accettare la volontà divina, dall'altro lato, l'islam non vieta che esso adotti tutte le misure necessarie affinché si protegga dal rischio. Difatti, un *hadith* riporta che il Profeta stesso aveva esortato un beduino a legare anzitutto il suo cammello, invece di lasciarlo libero, e poi avere fede nella volontà di Allah.

Per cui in questo elaborato si svolgerà un'analisi partendo dalle fonti primarie del diritto islamico, nello specifico della *Sharia* che contempla i postulati contenuti nel *Corano* e nella *Sunna*, che fanno riferimento a una serie di norme e principi etico-religiosi come il divieto del *riba*, del *gharar*, del *maysir*, e investimenti nelle attività *haram*, nonché la condivisione delle perdite e dei profitti che regolano l'esercizio delle attività economiche in generale, e delle transazioni finanziarie e commerciali in particolare. Lo studio di tale aspetto ci permetterà di individuare i diritti e i doveri delle parti in fase di stipula di un contratto.

Per tale ragione in alcune situazioni la dottrina islamica ha individuato degli espedienti giuridici, '*hiyal*', come l'istituto dell'interesse generale, che mirano a mitigare la rigidità delle regole *sharaitiche* e a legittimare pratiche altrimenti proibite dalla tradizione islamica, come ad esempio il contratto assicurativo convenzionale che contiene la presenza del *gharar*, incertezza eccessiva, legittimando un contratto in

¹⁵ A. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 45

alternativa che si regge sul principio di mutualità e solidarietà, *Takaful*, che verrà ampiamente analizzato nei capitoli successivi. Verranno, altresì, analizzate, se pur brevemente, le problematiche collegate alla traduttologia dei termini sharaitici, aspetto essenziale nella regolamentazione delle transazioni finanziarie.

Nel secondo capitolo verrà analizzato ampiamente il modello cooperativo *-takaful-*, le sue origini, le fasi della sua adozione, i modelli di business evoluti per soddisfare da un lato le pretese della legge islamica e, dell'altro lato, le esigenze della cittadinanza di fede islamica. Infatti, verranno spiegati e passati in rassegna i quattro modelli di business, dopo aver esplorato la letteratura disponibile in merito, ovverosia *wakala* model, *mudaraba* model, modello misto e infine *Waqf* model. Per cui questa sezione introdurrà questi modelli, ne descriverà la struttura ed elaborerà le loro caratteristiche distintive.

Nel medesimo capitolo verranno analizzate le condizioni per istituire i servizi assicurativi *sharia compliant*, le condizioni da rispettare nel caso degli investimenti, dei contributi raccolti e, infine, gli organi di *governance*, nonché gli organismi transnazionali come l'AAOIFI e l'IFSB, che emettono delle linee guida vincolanti per operare nella piazza finanziaria islamica.

L'assicurazione islamica testimonia la capacità della finanza islamica di evolversi e di essere al passo dell'innovazione. Per anni l'assicurazione convenzionale non è stata considerata compatibile con l'Islam, e veniva stipulata solo nei casi obbligatori, perché contiene elementi di *gharar* (incertezza), *maysir* (gioco d'azzardo) e *riba* (interesse). Agli occhi dei musulmani l'assicurazione rappresentava e rappresenta un catalogo di pratiche proibite: disuguaglianza tra i premi pagati e i benefici della compagnia assicurativa; premi investiti in strumenti che generano interesse; incertezza sull'oggetto e sulla durata dei contratti e così via. Negli ultimi tempi, tuttavia, la dottrina islamica ha fatto i conti con le esigenze della comunità islamica individuando così il *takaful* come struttura assicurativa *sharia compliant*.

È innegabile che sia l'assicurazione convenzionale sia il *Takaful* condividono l'obiettivo comune di fornire una ragionevole sicurezza finanziaria contro il verificarsi di eventuali catastrofi, disastri o rischi di danni alla propria vita o alle proprie proprietà.

Sebbene sia l'assicurazione convenzionale sia il *Takaful* si sforzino di raggiungere un ideale comune basato su principi contrattuali, esistono alcune differenze fondamentali tra i due sistemi, e queste differenze verranno analizzate ampiamente nel terzo capitolo che prende le mosse dall'analisi della dimensione etica del diritto musulmano dei contratti.

Lo studio della dimensione etica del contratto ha lo scopo di presentare, seppur brevemente e senza alcuna pretesa di esaustività, i principi di base del diritto contrattuale islamico in vista della costante crescita dei rapporti commerciali tra il mondo occidentale e quello musulmano.

Il diritto contrattuale islamico ha iniziato a prendere forma a partire dal VII secolo. È lecito supporre che in questo periodo le attività commerciali avevano come oggetto prodotti agricoli e artigianali. Per cui la contrattualistica islamica riflette e affronta la realtà odierna. È risaputo che il diritto comune anglosassone dei contratti è stato rimodellato sulla scia della rivoluzione industriale del XVIII secolo; mentre il mondo musulmano non ha vissuto le sfide della rivoluzione industriale¹⁶. Per contro l'improvvisa prosperità petrolifera di alcune terre islamiche ha messo a pieno regime modelli contrattuali conformi ai postulati sharaitici. Per alcuni aspetti le sue risposte ricordano la tradizione del diritto comune. Per questo motivo la sua crescita dovrebbe anche rispondere al mutare delle esigenze e dei tempi, come lo è stato il diritto comune¹⁷.

La sfida odierna, a detta di molti non più prorogabile, è studiare e approfondire sia a livello teorico che pratico questo mercato. In tal senso si sono già mossi alcuni paesi europei, che hanno iniziato a valutarne i pro e i contro. L'Italia, al momento, mostra ancora una certa diffidenza e gli operatori finanziari, pur non essendo del tutto

¹⁶ N. MOHAMMED, *Principles of Islamic Contract Law*, *Journal of Law and Religion*, in *Cambridge University Press*, vol. 6, 1, 1988, pp. 115-130.

¹⁷ J. A. MAKDISI, *The Islamic Origins of the Common Law*, 77 *N.C. L. Rev.*, 1999, pp. 1635-1739; *Id.* *Legal History of Islamic Law & English Common Law: Origins and Metamorphosis*, 34 *Clev. St. L. Rev.*, 1985-86, pp. 3-18.

indifferenti, sono ancora scettici nel valutare l'alternativa etico-religiosa come possibile.

L'obiettivo del presente elaborato è proprio affrontare, in chiave scientifica e cercando di adottare il massimo rigore metodologico, l'analisi del *takaful* nell'ottica di comprendere se, e con quali limiti, questo istituto possa essere adottato da ordinamenti occidentali, tra cui quello italiano.

“La pietà non consiste nel voler la faccia verso l’oriente o verso l’occidente, bensì la vera pietà è quella di chi crede in Dio, e nell’ultimo Giorno, e negli Angeli, e nel Libro, e nei profeti, e dà dei suoi averi, per amore di Dio, ai parenti e agli orfani e ai poveri e ai viandanti e ai mendicanti [...]” (Cor. 2, 177)¹⁸.

CAPITOLO I

FONTI E PREMESSE DEL DIRITTO ISLAMICO

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. L’economia e l’islam. – 3. la finanza e i suoi connotati etico-religiosi. – 4. Le fonti del diritto islamico. – 4.1. la *lex* divina: Sharia. – 4.2. Il Corano. – 4.3. La Sunna. – 4.4. Al-Ijmaa. – 4.5. Al Qiyas. – 5. Lo studio delle fonti giuridiche islamiche. – 6. I principi etico-religiosi operanti nel mercato Sharaitico. – 6.1. Il divieto del *Riba*. – 6.2. Il divieto del *Gharar*’. – 6.3 Il divieto del *Maysir*. – 7. Ulteriori principi etico-religiosi: PLS, Halal vs Haram, Zakat. – 8. La traduttologia e i problemi linguistici tra diritto islamico e diritto occidentale. – 9. Conclusione.

1. Cenni introduttivi.

Per lungo tempo la società occidentale non ha mostrato alcun tipo di interesse verso modelli e concetti finanziari sharaitici, come del resto attestato dalla letteratura occidentale in materia tutta abbastanza recente iniziando a manifestare i primi cenni d’interesse al riguardo solo a seguito della grande crisi finanziaria del 2008 che ha attreversato tutte le economie cd. occidentali e che ha visto una maggiore resistenza della finanza islamica alle crisi dei mercati finanziari¹⁹. È noto a tutti che la cd. finanzia

¹⁸ I passi del *Corano* indicati in questo elaborato sono rinvinibili nella traduzione di A. BAUSANI, *Il Corano*, 8 ed., Milano, 2016.

¹⁹ F. AL-ZUMAI, M. AL-WASMI, *2008 Financial Crisis and Islamic Finance: An Unrealized Opportunity*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 29, 2016, pp. 455-472. Available at <https://doi.org/10.1007/s11196-016-9469-6>; F. AL-SALEM, *The size and scope of the Islamic finance industry: An analysis*, in *International Journal of Management*, 25, 1, 2008.

islamica²⁰ infatti si regge sostanzialmente sull'economia reale e le limitazioni imposte nella scelta degli investimenti ne fanno un valido strumento per il collocamento dei fondi nel lungo termine; ma non solo, come correttamente illustrato non solo, i principi etico-religiosi su cui si basa la struttura, la trasparenza e la condivisione del rischio in primis, si traducono in una maggior tutela dell'interesse comune, del cliente e dell'intera struttura finanziaria.

Negli ultimi anni l'industria della finanza islamica mostra una crescita costante cresce pari al 6% per un valore annuo di 2,4 miliardi di dollari, come riportato dal Global Finance Report (GIFR-2018); a questo dato va aggiunto che il mercato globale *Takaful* ha toccato i 19 miliardi di dollari nel 2017 e si prevede che supererà i 40 miliardi di dollari entro il 2023, con un CAGR del 13% nel periodo 2017-2023.

La sfida odierna, a detta di molti non più prorogabile, è quella di uno studio ed applicazione sia a livello teorico che pratico di questo mercato; e va detto che a testimonianza di tale nuova consapevolezza si osservano tendenze presenti in diverse esperienze ed economie europee che hanno iniziato a valutare pro e contro di un ingresso di tali modelli.

L'Italia al momento mostra ancora una certa diffidenza e gli operatori finanziari, pur non essendo del tutto indifferenti, continuano a mantenere un atteggiamento scettico circa l'alternativa etico-religiosa come possibile modello da considerare.

Fatta tale premessa, l'analisi che segue deve necessariamente partire dagli elementi fondamentali strutturali in materia di economia e finanza islamica.

²⁰ La finanza islamica a volte viene definita come sistema bancario senza interesse e altre volte l'insieme delle operazioni finanziarie conclusi dai musulmani. La definizione comunemente accettata è che le istituzioni finanziarie islamiche sono quelle che si basano, nel perseguimento dei loro obiettivi e nello svolgimento delle loro operazioni, sui principi coranici; si veda in merito M. EL GAMAL, *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, (tr. fr. J. Haverals), De Boeck, Bruxelles, 2010; Iq. ZAMIR, A. MIRAKHOR, *An introduction to Islamic finance theory and practice*, 2 ed., Wiley Finance Publications, Singapore, 2007; *Id.* WARDE, *Islamic finance in the global economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000.

2. L'economia e l'islam.

L'islam non è solamente una fede religiosa o un dogma, ma un'entità complessa che si regge sul legame forte e indissolubile tra l'essere umano e il credo religioso. Infatti, esso si potrebbe definire "un codice di vita" ed infatti i precetti religiosi si manifestano e conformano non soltanto la vita privata, sociale e giuridica degli individui, ma anche quella economica²¹.

Il dogma per eccellenza su cui si fonda la tradizione islamica è innanzitutto il postulato del *tawhid* ossia il principio d'unicità del creatore. La credenza dell'unicità di Dio e la sottomissione alla sua volontà sono il fondamento del credo islamico. Il suddetto principio si rinviene nel *Cor.* 112, 1-4²²: "*Di': Egli Allah è Unico. Allah è l'Assoluto [Eterno, Impenetrabile]. Non ha generato, non è stato generato. E nessuno è uguale a Lui*"²³.

L'individuo, pertanto, è considerato nella tradizione islamica un servitore di Dio sulla terra per cui deve mettere in atto la Sua volontà espressa mediante il Corano - il Verbo - sicché assume la veste del suo vicario sulla terra *Khalif*²⁴: *Cor.* 57, 7- "*Credete in Allah e nel Suo Messaggero e date [una parte] di ciò di cui Allah vi ha fatto vicari. Per coloro che credono e saranno generosi, ci sarà ricompensa grande*". Egli è condizionato dal contenuto dell'incarico conferito da *Allah* comprendenti i valori etici

²¹ In merito all'economia islamica si veda F. ERSILIA, *Economia religione e morale nell'islam*, Carocci editore, Roma, 2013; H. ASKARI, R. TAGHAVI, *I fondamenti di principio di un'economia islamica*, in *Moneta e credito*, vol. 58, 232, 2005, pp. 175-94; B. SCARCIA AMORETTI (a cura di), *Profilo dell'economia islamica*, Centro Culturale Al Farabi, Palermo, 1988; M. BAQER EL-SADR, *Aperçu de l'économie islamique (tr. fr. di Abbas Ahmad AL-BOSTANI)*, Bibliothèque Ahl-Elbeit, Paris, 1983; dello stesso autore è importante segnalare la sua opera *Iqtisaduna* (1968) (tr. ingl. *Iqtisaduna. Our Economics: An objective study consisting of the examination and criticism of the economic doctrines of marxism, capitalism and islam as concerns the fundamentals and details of their ideas, world organization for islamic services*, Tehran, 1 ed. 1982, 2 ed 1994; U.M CHAPRA, *Obiettivi dell'ordine economico islamico*, (tr. it. di P. VISANI), Arktos, Torino, 1979; *Id. What is Islamic economics*, Jeddah: IRTI – IDB, 1996.

²² La citazione dei versetti del Corano seguirà questo criterio: il simbolo *Cor.*, il primo numero indica il capitolo "*Sūra*" per contro il numero dopo la virgola indica il versetto "*Āya*".

²³ M. FALL OULD-BAH, *Les systèmes financiers islamique. Approche anthropologique et historique*, Karthala Editions, Paris, 2011, p. 69: l'autore ha spiegato, in queste pagine, che il principio del *tawhid* è il fondamento nella religione islamica della relazione verticale sussistente tra Allah e il credente: "*Partant d'une définition de l'unicité de Dieu comme source de toute connaissance et dona de toute théorie explicative d'un quelconque fait (naturel, humain, social...), (l'action humaine serait régie par un complexe intégré de commandements découlant d'une volonté divine qui malgré sa transcendance (pré)détermine tout*".

²⁴ *khalīfa* termine arabo che significa «successore» e anche «vicario, luogotenente». <http://www.treccani.it/enciclopedia/>

dell'islam, “in particolare di quelli *halal* e di *haram* - di ciò che è permesso e di ciò che non lo è - di fratellanza, di giustizia sociale ed economica, di equa ripartizione del reddito e della ricchezza, e di promozione del bene comune”²⁵.

Ne deriva che il credente ha diritto ad usufruire delle risorse presenti sulla terra purché si attenga al rispetto del benessere sociale; ciascuno è considerato responsabile giuridicamente, sia per la ripartizione della ricchezza, sia per la protezione e lo sviluppo della stessa²⁶.

Per l'economista Umar Chapra, il principio del *khilafa* è fondato su un paradigma secondo cui l'obiettivo primario è la giustizia socioeconomica. Alla base di tale principio vi è il presupposto per cui gli esseri umani sono i “luogotenenti” dell'unico Dio - il creatore dell'universo - sono tutti fratelli e le risorse di cui dispongono gli sono state affidate per farne giusto uso ovvero per il benessere collettivo. Dovranno risponderne una volta giunti nell'aldilà, dove saranno ricompensati o puniti per il modo in cui hanno acquisito e utilizzato queste risorse nel corso della vita²⁷.

La libertà individuale e il benessere sociale occupano un posto di primordine negli insegnamenti islamici, tuttavia gli interessi della società prevalgono su quelli del singolo; ne deriva che un beneficio superiore non possa essere sacrificato per uno inferiore e che un danno minore possa essere inflitto per evitarne uno maggiore. In quest'ottica, la libertà e l'interesse individuale sono sempre garantiti purché non ledano il benessere sociale o non violino i diritti altrui²⁸.

Sulla base di tali presupposti alcuni giuristi hanno evidenziato dubbi circa la possibile evoluzione del mondo musulmano secondo una visione di tipo capitalista o, al

²⁵ M.U. CHAPRA, *Objectives of the Islamic Economic Order*, The Islamic Foundation, Leicester, London, 1979, p. 44.

²⁶ M. BAQER EL-SADR, *Aperçu de l'économie islamique*, tr. fr. di Abbas Ahmad Al-Bostani, 1 ed, Editions Bibliotheque Ahl-El-Beit, Paris, 1983, pp. 19-20.

²⁷ M.U. CHAPRA, *Objectives of the Islamic Economic Order*, cit., p. 30 : “Sur un paradigma dont l'objectif primordial est la justice socioeconomique. Cet objectif prend racine dans la croyance que les êtres humains sont les lieutenants du Dieu unique, qui est le Créateur de l'univers, et de tout ce qu'il comporte. Ils sont frères entre eux et toutes les ressources à leur disposition leur ont été confiées par lui en vu de leur utilisation de façon juste pour le bien être de tous. Ils sont responsables devant lui dans l'au-delà et sert récompensés ou punis pour la manière dont ils acquièrent et utilisent ces ressources”.

²⁸ *Ivi*, pp. 36-38.

contrario, di ideologia marxista poiché non vengono contemplati “i principi di fratellanza, giustizia socio-economica e rispetto delle risorse naturali”²⁹. Questi hanno sollevato reali perplessità sostenendo che la mentalità islamica presenta numerose barriere: in primo luogo ostacoli di natura psicologica come la sottomissione alla volontà divina in tutti gli aspetti della vita e anche alla comunità in quanto vige il principio della solidarietà tra tutti i membri della *ummah*, il che genera una costrizione sociale; in secondo luogo quelli di tipo sociologico, l’essere umano non può infatti cambiare il proprio destino in quanto il Cor. 27, 13: “Al collo di ogni uomo abbiamo attaccato il suo destino [...]” e infine i dettami istituzionali, che impongono il divieto del prestito con interesse, l’istituzione di corporazioni per tutelare i suoi membri contro la disoccupazione e la concorrenza sleale. Difatti nell’islam troviamo la dottrina del ‘giusto prezzo’ che permette l’instaurazione di rapporti fraterni tra il venditore e il compratore oltretutto evitare elementi d’incertezza e di conseguenza evitare il rischio di frode nonché l’importanza di aiutare i poveri mediante la tassa legale “*Zakat*”, uno strumento di distribuzione della ricchezza³⁰.

Le difficoltà manifestate dal mondo islamico nell’adattarsi ai modelli tipici dell’Occidente derivano inoltre dal fatto che gli individui di fede islamica tendono a perseguire la strada dell’idealismo religioso e a rispettarne pedissequamente le regole, ritenendo che compiere buone azioni generi conseguenze positive³¹.

L’islam prescrive le regole di comportamento che definiscono l’architettura di una società. Pertanto, si potrebbe affermare che l’economia islamica è una disciplina che si occupa di tre aspetti essenziali³²:

²⁹ M.U. CHAPRA, *Islam and the Economic Challenge, The Islamic Foundation and The International Institute of Islamic Thought*, 1992, pp. 17 ss.; cfr. M. RODINSON, *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968: l’autore nella sua opera *Islam e capitalismo* (ed. or. 1966) aveva sostenuto che l’islam non sosteneva e non ostacolava alcun sistema economico sia precapitalista sia capitalista o socialista.

³⁰ J. AUSTRUY, *Islam face au développement*, in *Mouvements économiques et sociaux*, L’Harmattan, Paris, 2006, pp. 39-62 ; G. CAUSE BROQUET, *La finance islamique*, 2 ed., RB Édition, Paris, 2012, pp. 24 ss.

³¹ G. CAUSE BROQUET, *La finance islamique*, cit., p. 25

³² H. ASKARI, Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *Introduction to islamic economics: Theory and application*, 2014, pp. 75-95. Available at <http://ebookcentral.proquest.com>

1. Divulgare le regole di comportamento da seguire prescritte dall'Islam, in quanto si riferiscono all'allocazione, alla produzione, allo scambio, alla distribuzione e alla redistribuzione delle risorse;
2. Definire gli effetti economici che siano del tutto coerenti con queste regole (etico-religiose);
3. Fornire raccomandazioni adatte al raggiungimento dell'obiettivo perseguito in un'economia conforme alla legge islamica³³.

Pertanto, le caratteristiche chiave dell'emergente sistema economico basato sulle istituzioni fondamentali dell'Islam possono essere individuate nella giustizia sociale ed economica ed a questo proposito occorre ricordare come il Corano usi due parole per definire la giustizia: '*Qist*' e '*Ádl*'. La prima fa riferimento alla caratteristica principale delle relazioni umane appropriate e delle relazioni con il resto del creato. Si tratta di un fenomeno umano, non di un tratto divino. *Ádl*, invece, è un termine relativo alla caratteristica dell'azione del Creatore che si manifesta nel perfetto equilibrio del cosmo; caratterizza la sua azione per mettere ogni cosa al suo posto³⁴.

Qualsiasi ingiustizia perpetrata dall'individuo contro altri esseri umani e contro il resto del creato è in definitiva un'ingiustizia nei confronti di sé stesso. Il creatore ama la giustizia, è una parte centrale del suo amore universale. La risposta della creazione all'amore universale deve rispecchiare la giustizia di Dio.

Un'economia giusta fa parte di una società giusta, sana e morale, che è l'obiettivo centrale dell'Islam. Ciò che sta alla base di tutte le regole di comportamento prescritte dall'Islam è la sua concezione della giustizia, che sostiene che ogni comportamento, indipendentemente dal suo contenuto e dal contesto, debba, nella sua concezione e nella sua commissione, essere basato su standard giusti come definiti dalla *Sharia*.

L'economia islamica è un'economia intraprendente, propositiva, prospera e condivisa, in cui tutti i membri della società ricevono le loro giuste ricompense. È concepita come

³³ *Ivi*, p. 76.

³⁴ *Ibidem*.

un'economia in cui le disparità economiche che portano alla segmentazione e alla sperequazione sociale debbono essere completamente assenti. Per perseguire tale scopo, un'altra regola sostanziale è il divieto assoluto di riscuotere interessi. Questo aspetto, di fondamentale importanza, verrà trattato in dettaglio più avanti in questo capitolo³⁵.

Le tre componenti della giustizia economica in una società islamica sono: 1. pari opportunità per tutti i membri della società rispetto all'utilizzo delle risorse naturali; 2. giustizia sociale; e 3. giustizia distributiva delle ricchezze. Tutte queste componenti sono contemplati nella *sharia*³⁶.

Difatti, la visione coranica delle transazioni sociali ed economiche è messa in evidenza quando uno scambio consensuale, libero e morale, stabilisce le condizioni necessarie per una vita prospera, l'armonia sociale e il progresso spirituale³⁷.

Basti pensare al pensiero socioeconomico di Al-Ghazali dalla lettura del quale si coglie quella che si potrebbe definire la "funzione di benessere sociale dinamico" e il suo punto di vista sul ruolo delle attività economiche in generale. Un tema dominante in tutte le sue opere è il concetto di *maslaha*, o benessere sociale o utilità ("bene comune"), un concetto che comprende tutti gli affari umani, economici e non solo, e che stabilisce stretti legami tra l'individuo e la società. Al-Ghazali infatti ha identificato tutte le questioni in termini di *masalih* (utilities) o *mafasid* (disutilities) nella promozione del benessere sociale. Ha inoltre definito la funzione del welfare in termini di gerarchia dei bisogni individuali e sociali. Secondo il giurista, il benessere (*maslaha*) di una società dipende dal perseguimento e dalla conservazione di cinque obiettivi fondamentali: 1 religione (*deen*), definita come stile di vita; 2 vita o anima (*nafs*); 3 famiglia o progenie (*nasl*); 4 proprietà o ricchezza (*maal*); e 5 intelletto o ragione (*aql*)³⁸.

³⁵ *Ivi*, p. 77.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ S. EL-SHEIKH, *Islamic Economics and Finance, Then and Now: A Fiqhi-economic Perspective on Its Doctrines and Debates*, in *International journal of economics, Management and accounting*, 19, 1, 2011, pp. 77-120.

³⁸ S.M. GHAZANFAR, A. AZIM ISLAHI, *Economic thought of an Arab scholastic: Abu Hamid Al-Ghazali (AH450-505/1058-1111AD)*, in S. M. GHAZANFAR, S. TODD LOWRY, *Medieval Islamic Economic*

È importante, pertanto, in primo luogo specificare che il credente, nel compiere transazioni economiche conformi ai dettami della *sharia*, entra in un'ottica di obbedienza e adorazione a Dio poiché l'uomo è depositario e usufruttuario dei beni di Allah³⁹.

In secondo luogo, va aggiunto che numerosi atti e atteggiamenti economici legati alle transazioni di mercato o agli investimenti sono presentati nella visione islamica come atti di pietà, retribuiti nell'aldilà, senza che ciò ne privi della portata economica. Al contrario, le finalità dell'equità, della solidarietà e della creazione di valore sono sempre perseguite.

Ne consegue che i principi etico-religiosi contenuti nella *Sharia* che erano validi ieri, permangono validi anche oggi e lo saranno anche domani, grazie all'opera dell'*ijtihad*, lo sforzo intellettuale, che cerca di dare risposte alle esigenze della società, cosicché non si interrompa il legame tra fede e questioni terrene.

La dottrina islamica in ambito economico prescrive in generale regole e principi religiosi, morali e giuridici a cui gli operatori del mercato finanziario e commerciale di tutto il mondo islamico devono attenersi nel momento della stipula di un contratto: 1- la libertà di determinazione delle condizioni del contratto; 2- l'accordo cosciente circoscritto dai limiti prescritti dalla legge Sharaitica; 3- il divieto di appropriarsi di beni altrui senza compenso; 4- il beneficio reciproco; 5- il divieto del *Riba* e del *Gharar*; 6- l'attribuzione del guadagno in proporzione al rischio assunto; 7- la trasparenza nelle informazioni per evitare l'asimmetria informativa; 8- il non danneggiamento della controparte nell'ambito di un contratto; 9- l'assenza di clausole che possano nuocere una parte del contratto; 10- l'etica del contratto. Inoltre, l'oggetto

Thought: Filling the Great Gap in European Economics, Taylor & Francis Group, 2003. Available at ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=182449>.

³⁹A. LAHLOU, *Economie et finance en islam, une éthique pour stabilizer l'économie et recadrer la finance*, Éd. Al Madariss, Casablanca, 2015 ; inoltre, per ulteriori approfondimenti, si rimanda a M. LAHBIB TOUJGANI, *Les fondements légaux de l'activité économique en Islam, Colloque de l'ASMECI sur les pratiques bancaires islamiques et son impact sur le développement au Maghreb*, Mohammedia, 1989.

del contratto deve essere *halal*, secondo la legge religiosa e deve sussistere al momento della stipula del contratto, fatte salve alcune eccezioni⁴⁰.

È facile osservare che a questo livello di generalità ed astrattezza si tratta di principi riconosciuti anche nel diritto occidentale, specie da quello di tradizione Romano-cristiana, che ha sviluppato una pervasiva applicazione del principio di buona fede a tutte le fasi della vita di un contratto; non appare quindi chimerico pensare che soluzioni conformi al principio di buona fede accolte nei sistemi giuridici europei possano essere considerate anche in un ambiente più vasto, dal momento che l'economia islamica rispecchia la responsabilità e la giustizia sociale. A tal proposito, per estendere l'operatività della tradizione economica islamica, anziché introdurre i prodotti finanziari islamici nel mercato occidentale, si potrebbe proporre un'operazione inversa ossia pensare a prodotti già esistenti nel mercato domestico idonei ad ospitare i principi della legge islamica, nello specifico settore finanziario ed assicurativo, dando vita a nuovi prodotti/servizi ibridi riconosciuti sia dall'Occidente che dall'Oriente; fatto sempre salvo però il divieto del *Riba*.

3. la finanza e i suoi connotati etico-religiosi.

Una delle esperienze finanziarie islamiche significative si colloca negli anni '60 con l'istituzione del Mit Ghamr Saving Fund (di seguito MGSF) da parte di Ahmad Najjar al Cairo (Egitto), il cui obiettivo principale era accordare prestiti ai cittadini poveri che non sarebbero stati accolti dai grandi istituti finanziari al fine di contribuire allo sviluppo del territorio locale, si trattava di un modello improntato sull'esperienza tedesca ottocentesca laddove le banche locali istituite avevano contribuito al progresso del paese⁴¹. L'intento era quello di stimolare i nuclei familiari con un reddito medio-basso a investire i propri risparmi in progetti volti ad accrescere l'economia locale e per fare ciò era necessario che tali transazioni fossero prive di interesse, rispondendo in tal modo alla teoria economica islamica secondo cui l'aumento della ricchezza

⁴⁰ H. ASKARI, Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *Introduction to islamic economics: Theory and application*, cit., pp. 75-95; G. CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique*, RB Édition, 2 ed., Paris, 2012, pp. 38-39.

⁴¹ Questa influenza è dovuta al percorso di studi effettuato da Najjar negli anni Cinquanta in Germania dove era stato colpito dal funzionamento e l'efficienza delle banche locali tedesche istituite dopo la Seconda guerra mondiale.

individuale è direttamente proporzionale alla partecipazione sociale del singolo, all'aumento dell'occupazione e all'equa distribuzione della ricchezza nell'intera comunità, ciò dovuto principalmente alla *Zakat* nonché all'assenza della tesaurizzazione "il denaro non genera denaro"⁴². Tale esperienza, nonostante il grande successo ottenuto per aver saputo conciliare il capitalismo occidentale e i principi sharaitici, si è spenta per motivi principalmente politici⁴³.

È interessante tuttavia precisare che l'esperienza egiziana aveva avuto un breve precedente anglosassone, si trattava dell'*islamic windows* fondato dall'Istituto britannico Eastern Bank nel 1920 in Bahrein, erano stati creati conti *ad hoc* per gli abitanti dell'isola del Golfo persico sui quali non venivano versati o prelevati interessi⁴⁴; si trattò del primo caso di manifestazione d'interesse da parte di un'istituzione finanziaria occidentale nei riguardi del mondo arabo a prevalenza islamica. Nondimeno, la finalità dell'Istituto era intraprendere un'esperienza volta ad ampliare il proprio spettro di operatività e si mostrava pertanto priva di un interesse reale nei confronti dei principi sharaitici o della comunità locale.

Negli anni '50 anche la Farmers' Credit Union Pakistanaise tentò un'esperienza analoga con l'obiettivo di migliorare la vita delle comunità locali concedendo, dunque, prestiti senza interesse; tale divieto di fatti compariva tra i fundamenta dell'Istituto che aveva come funzione principale, oltre al rispetto della legge islamica, anche quella di soddisfare i bisogni della collettività rappresentando un esempio virtuoso di finanza socio-responsabile. Tuttavia, la carenza di fondi dovuta ad una domanda sempre maggiore fece capitolare l'iniziativa.

Infine, va riportato il caso della Pilgrims Saving Corporation, una società di risparmio malese che nel 1963 istituì un fondo *ad hoc* per i pellegrini. L'istituto, che attualmente

⁴² A. MARTENS, *La finance islamique : fondement, théories et réalité*, Université de Montréal, Département de sciences économiques, Montréal, 20-200. Available at <http://hdl.handle.net/1866/360>; si veda altresì, Ch. SAINT-PROT, Th. RAMBAUD, *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, études géopolitique, 11, Éditions Karthala, Paris, 2012, p. 32.

⁴³ A.E. MAYER, *Islamic banking and credit policies in the Sadat era: the social origins of Islamic banking in Egypt*, in *Arab law Quarterly*, vol. 1, 1, 1985.

⁴⁴ Ch. SAINT-PROT, Th. RAMBAUD, *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, études géopolitique, *cit.*, pp. 27 ss.; si veda, altresì, R. WILSON, *Financial development of the Arab gulf: The Eastern Bank experience, 1917 – 50*, in *Business History*, vol. 29, 2, 1987, pp. 178-198.

opera con il nome di Tabung Haji⁴⁵ aveva come intento principale quello di supportare i pellegrini nella realizzazione del quinto pilastro dell'islam, vale dire il *haj* alla Mecca, grazie ad operazioni di risparmio e d'investimento rigorose della Shari'a. Ad oggi continua ad operare con le medesime finalità religiose, economiche e socialmente responsabili.

Alla luce delle considerazioni sino a qui svolte, si può affermare – come illustrato dai maggiori studiosi di finanza islamica – che la finanza islamica si regge su tre funzioni principali: la funzione tecnica-organizzativa poiché i modelli organizzativi adottati devono essere in conformità con i postulati etico-religiosi; la funzione religiosa in quanto la finanza islamica o partecipativa, come si suol chiamare in alcune realtà per evitare le ostilità che possono nascere dalla nomenclatura islam, deve rispettare il divieto dell'interesse sia interessi attivi sia interessi passivi, la condivisione del rischio poiché non può sussistere un guadagno o rendimento senza l'assunzione di un rischio “*al-ghorm bil ghonm*”, il divieto dell'asimmetria informativa ovvero sia la mancata chiarezza o incertezza nella formulazione dei contratti, il divieto di accordi che portino all'impoverimento di una parte e all'arricchimento dell'altra e infine l'investimento solamente in attività accettate dalla legge islamica poiché l'interesse principale è la tutela dei bisogni collettivi della comunità ovvero sia la tutela del benessere sociale o utilità, un concetto che comprende tutti gli affari umani, economici e non solo, e che stabilisce stretti legami tra l'individuo e la società.

Concludendo, al fine di poter stabilire i legami tra la legge sharaitica e il settore assicurativo è doveroso illustrare alcune nozioni fondamentali che renderanno successivamente chiara l'operatività di tali concetti religiosi.

⁴⁵ The organisation of the pilgrims' management and fund board of Malaysia. Tabbing haji as an islamic financial institution- the mobilization of investment resources in an Islamic way and the management of the hajj, institut islamique de recherche et de formation, Banque Islamique de Développement, Djedda, 1995.

4. Le fonti del diritto islamico.

4.1. la *lex* divina: *Sharia*.

In primo luogo, occorre specificare che cosa si intenda per ‘legge Sharaitica’ o Shari’a e quali siano le fonti da cui essa trae i suoi postulati, dal momento che interessano ogni aspetto della vita del singolo e della comunità islamica⁴⁶. La *lex divina*, da sempre oggetto di studio e approfondimento in passato sia da parte di giuristi islamici sia occidentali, oggi giorno muta nella ricerca dell’adattamento alle esigenze della società moderna⁴⁷.

In letteratura, il termine *Sharia* viene comunemente assimilato al corpus *iuris*, diritto islamico o legge islamica “*Qanun*”⁴⁸, ma è opportuno segnalare sin da subito che tale termine indica più propriamente, e nel suo significato squisitamente letterale, ‘*la via da seguire*’, l’ordine normativo comprendente dogmi, riti, precetti morali e giuridici rivelati da Dio e cui bisogna attenersi⁴⁹.

Nel *fiqh*⁵⁰ la *Sharia* è vista come la strada da intraprendere per accedere alla verità, difatti, rappresenta sia la conoscenza che tutti i credenti devono obbligatoriamente possedere - i dogmi islamici cd. ‘*Aqīda* - sia un modello etico da seguire che il *fiqh* identifica con *Makarim al-Akhlaq*. Infine, viene qualificata come statuto legale *Al-*

⁴⁶ Per maggiore approfondimento in merito al dibattito progressista sui significati assunti dalla *Sharia* si veda Kh. ABOU EL-FADL, *Reasoning with God: Reclaiming Shari’ah in the Modern Age*, Rowman & Littlefield, Washington DC, 2014; W. HALLAQ, *Shari’a: theory, practice, transformations*, 1 ed., Cambridge University Press, New York, 2009.

⁴⁷ B. DUPRET, *La Chari’a est la source de la législation : interprétations jurisprudentielles et théories juridiques*, in *Annuaire de l’Afrique du Nord*, CNRS Éditions, Paris, 1995, pp. 125-142.

⁴⁸ Il termine *qanun* si riferisce più appropriatamente al diritto positivo risultato di tutto un percorso di codificazione (*taqin*) avvenuta mediante le riforme dell’impero ottomano cd *tanzimat* fra il 1839 e il 1878 e quelle egiziane del XIX secolo cd. *nahḍa o islah*, “Rinascita o Riforma”.

⁴⁹ Cfr. La voce *Shari’a*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2nd ed., (Edited by: P. BEARMAN, Th. BIANQUIS, C.E. BOSWORTH, E. VAN DONZEL, W.P. HEINRICH). Available at http://dx.doi.org/10.1163/1573-3912_islam_COM_1040. Last visited 20 March 2020. È opportuno segnalare che i linguisti arabi attribuiscono il significato della strada che porta all’abbeveratoio, tale metafora è stata abbandonata come aveva richiamato Ab.-K. AL-YAFI, *Makanat al-shari’a wa sha’uha al-ijtima’i (le statue et le role social de la chari’a)*, *Al-Turath Al-Arabi*, Sirya, n. 11-12, 1983.

⁵⁰ La conoscenza di norme estrapolate dalla shari’a dai dotti, dai governanti e dai giudici nel corso della storia musulmana.

Ahkam Al-Sariyya e si applica a due ambiti centrali: alla relazione o il legame con il creatore e ai i rapporti *interpartes*⁵¹.

Difatti, nel Corano è presente l'espressione *sirat rabbika mustaqim*, "sentiero diretto del tuo Signore", il cui significato intrinseco richiama la disciplina del foro esterno, il senso dato al *fiqh* nella sua definizione generica, ovverosia "comprensione, sapere, intelligenza", che veniva applicato ad ogni aspetto attinente alla condotta del musulmano e che successivamente ha assunto una portata più ristretta e tecnica facendo riferimento alla scienza del diritto islamico, vale a dire al "*usul al fiqh*"⁵². Tale precisazione è necessaria poiché nella lingua araba ogni termine ha un significato, la *Sharia*⁵³ è la via rivelata che il musulmano deve rispettare, il *Qanun* è la normativa statale, mentre *l'Urf* è la consuetudine e l'usanza⁵⁴. Inoltre, il credente di fede islamica ha l'obbligo di rispettare i precetti contenuti nella *lex* divina poiché essa contiene i principi cardine contenuti nel Corano "*verbum dei*", parola di Allah nonché la tradizione profetica, la Sunna.

4.2. Il Corano.

Il Corano, il verbo, logos di Dio⁵⁵, è composto da 114 capitoli, *sùre*, di cui il più lungo è il capitolo 2 con 286 versetti e il più corto è il capitolo 108 con 3 versetti, per un

⁵¹ In questa asserzione si possono identificare otto macrocategorie: 1. I cinque pilastri dell'islam (*al-ibadat*); 2- il diritto di famiglia (*ahkam al usra*); 3- il diritto civile (*al- muamalat*); 4- la finanza pubblica (*ahkam maliyya al dawla*); 5- il diritto costituzionale (*al ahkam- al dusturiya*); 6- il diritto internazionale (*al ahkam al-duwaliyya*); 7- la procedura giudiziaria (*ahkam al-murafa'at*); 8- il diritto penale (*ahkam al-jinayat wa-l-jaza'*); per maggiore approfondimento si veda B. Botiveau, in *loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Rarthala-Iremam, p. 58. In questa opera si è elaborato il pensiero di Abd al-Karim AL-YAFI autore di *makanat al-shari'a wa sha'uha al-ijtima'i* (le statue et le role social de la chari'a)

⁵² F. CASTRO, in *Diritto musulmano*, Utet, Milano, 2006, p. 15

⁵³ *Ivi*, p. 15: la Sharia può essere definita in stretto senso tecnico come la "via diritta rivelata da Dio per regolare e valutare la condotta umana, cioè gli atti del corpo, a'mal al-badan, che si esplicano nel foro esterno e non gli atti del cuore, a'mal al qalb, che riguardano il foro interno. La Shari'a per l'utilità dell'uomo nella vita terrena e ultraterrena fissa all'originaria libertà delle azioni umane"

⁵⁴ Per maggiore approfondimento sul tema delle problematiche nascenti da una traduzione pressoché errata si veda: GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, Utet giuridica, 4 ed., Milano, 2018; B. POZZO, M. TIMOTEO, *Introduzione*, in *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁵⁵ Il *Corano*, viene definito con diversi nomi talvolta libro, *Mushaf*, talaltra 'segno' per indicare il potere divino, invito a meditare sulla realtà e quindi pensare a Allah e su Allah, sono stati individuati circa 55 nomi per indicarlo: si veda, A. M. AL-HAFNI, *Mawsu'at al-Qur'an al-'adhim*, Maktabat Madbuli, vol. 1, Cairo, 2004. Il Corano è stato tramandato inizialmente in via orale; solamente con il terso Califfo rashidun Uthman Ibn Affan (Taif 579 ca.-Medina 656) è stata effettuata una raccolta scritta (si veda per

totale di circa 6236 *ayat*, versetti, ivi compresi 500 *aya* di natura giuridica⁵⁶ che si collegano al periodo Medinese⁵⁷. I versetti del Corano non sono disposti in ordine cronologico, ma in base alla lunghezza, fatta eccezione per la prima *Sura* “Al-Fâtiha” (l’aprente). Non si tratta di un ordine preferenziale, infatti tutto il contenuto del testo ha uguale rilevanza per il credente.

Il Libro contiene il messaggio in lingua araba, la rivelazione ‘*wahy*’⁵⁸, inviato da Dio a Maometto dal 610 al 632 d.c.; nei primi dodici anni la rivelazione è avvenuta alla Mecca, mentre nei successivi dieci la rivelazione si è verificata a Medina (ex Yathrib): Cor. 76,23 “*In verità siamo stati Noi a far scendere gradualmente il Corano su di te*”.

La rivelazione viene considerata dal Profeta come un seguito del messaggio ricevuto dai profeti predecessori: Cor. 4,163: “In verità ti abbiamo dato la rivelazione come la demmo a Noè e ai Profeti dopo di lui. E abbiamo dato la rivelazione ad Abramo, Ismaele, Isacco, Giacobbe e alle Tribù, a Gesù, Giobbe, Giona, Aronne, Salomone, e a Davide demmo il Salterio”.

Per poter comprendere a fondo ogni versetto è necessario risalire allo scopo del messaggio ‘la rivelazione’, la tradizione profetica, le usanze e le tradizioni degli arabi al tempo del Profeta.⁵⁹

maggiore approfondimento M. CAMPANINI, *Il corano e la sua interpretazione*, Editori Laterza, Bari, 2016, p. 66 ss.

⁵⁶ H. M. TAQI AL DIN, *Al-usul al ammah lil fiqh al muqaran, Al-Majma’ al- ‘ilmi li-ahl al-bayt*, Qum, 1997, p. 100.

⁵⁷ Le Sure del *Corano* tradizionalmente vengono suddivise su due periodi, il primo denominato il periodo Meccano è si riferisce al periodo trascorsa alla Mecca (86 capitoli) prima dell’Hijra (immigrazione a Yatrib (oggi Medina), mentre il secondo rappresenta il secondo periodo trascorsa alla Medina (28 capitoli). Il momento dell’Hijra rappresenta l’anno zero del calendario arabo è stato scelto nell’epoca di Omar per dare inizio e afferma il concetto di comunità islamica “*Umma Islamiya*”.

⁵⁸ M. RONDINSON nella sua opera *Maometto* del 1967 aveva cercato di analizzare il fenomeno della rivelazione studiando i messaggi ricevuti prima e dopo l’egira.

⁵⁹ A. RIPPIN, *The Qur’ân and its interpretative tradition*, Variorum, 2002; J. D. AL-SUYUTI, *Asbab al-Nuzul*, in *Marge de Qur’an Karim*, Damasco-Beirut, 1984.

Il testo cardine della fede islamica occupa la posizione primaria nella gerarchia delle fonti “*Usul Al-Fiqh*”⁶⁰ e contempla i postulati che regolano la vita spirituale, sociale, politica, economica e giuridica della comunità islamica ‘*Umma Al-Islamiya*’.

Difatti, tutti i musulmani sono concordi nel sostenere che il Corano è la fonte del diritto islamico per eccellenza ed è eminente rispetto sovrapponibile alle altre fonti e deve essere osservato da tutti, “*hujjatun ala al-jami*”⁶¹ poiché contiene la Parola di Dio, “*kalimatu alallah*”. Il Corano, benché sia la prima fonte del diritto, non si presenta come un codice normativo, ma un insieme frammentario di norme collocate in tutta l’opera. Per poter comprendere il vero senso di ogni versetto di matrice giuridica e non trascurare il suo spirito intrinseco, occorre considerarne il contesto storico. Tutta la materia successiva è prescritta dal Libro, dai termini successivi all’istituto del ripudio che prevede ad esempio che la donna ripudiata non possa sposarsi immediatamente, ma debba osservare un periodo chiamato *iddah*.

L’interpretazione dei versetti del corano non compete a tutti e richiede una conoscenza profonda di tutte le fonti rivelate; se alcuni sono chiari e precisi, come quelli che definiscono le quote dell’eredità ad esempio, altri richiedono il ricorso ad altre fonti, come nel caso della preghiera, in cui definizione del quantum si trova nella tradizione profetica, mentre l’obbligo è prescritto dal Corano. Alcuni versetti possono avere due significati: uno palese (*dahir*) comprensibile a chiunque conosca la lingua araba e uno occulto (*batin*) interpretabile solamente dai giuristi islamici. In caso di conflitto tra le due interpretazioni, la preferenza va data a quello evidente, senza trascurare il significato nascosto, poiché equivarrebbe a disattendere lo spirito del Corano. Il senso occulto rappresenta infatti la conoscenza del “*meccanismo del pensiero coranico, conoscere l’ambiente del Corano e le ragioni che hanno accompagnato la rivelazione*”⁶².

⁶⁰ M. Id. AL-SHAFI’I fondatore della scuola sunnita Shafiita ha il merito d’aver sistematizzato le fonti del diritto islamico seguendo una gerarchia nel suo scritto *Al-Risalah*; Cfr. S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico, fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci editore, Roma, 2011, p. 56.

⁶¹ S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico, fondamenti, fonti, istituzioni, cit.*, p. 130; Ab.-K. ZAYDAN, *Al-Wajiz fi usul al-fiqh*, Maktabat al-Quds, Bagdad, 1985, p. 152.

⁶² S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *op. cit.*, p. 154.

Ne consegue che l'interpretazione dei versetti del Corano non possa essere svolta da tutti. Ibn Rushd (Averroé) filosofo musulmano del medioevo aveva classificato le persone in tre tipi: “1. Le persone che non hanno il senso dell'interpretazione; 2. Le persone che conoscono l'interpretazione dialettica; 3. Le persone che conoscono l'arte della filosofia”⁶³.

Inoltre, aveva asserito che “l'esposizione di una di queste interpretazioni a qualcuno che non vi è atto, soprattutto le interpretazioni dimostrative, più distanti dalle conoscenze comuni, conduce alla miscredenza (*Kufr*) colui al quale è fatta e colui che la fa”⁶⁴.

Il Corano non è soltanto la fonte primaria del diritto islamico, contenitore del messaggio di Dio, ma anche l'unità di misura che legittima le altre fonti come la *Sunna*, l'*Ijma'a* e il *Qiyas*.

4.3. La Sunna.

La Sunna rappresenta i detti, i fatti, gli assensi, i silenzi e infine le inazioni del Profeta *Muhammad*. Talvolta si utilizza la nomenclatura *hadith*⁶⁵ “pl. *ahadith*” narrazione dei detti e fatti del Profeta Muhammad tramandati prima oralmente per non confonderli con i versetti del Corano, poi raccolti per iscritto poiché si temeva che la tradizione andasse perduta con la morte dei compagni del Profeta. Un'opera significativa a tal proposito è *El-Sahih di Al-Bukhari* (m. 870), considerata la più importante raccolta di *ahadith* del pensiero sunnita e contiene circa 9082 *hadith*. Vi sono però altri testi significativi, tra cui il *Muwatta'* di Al-Imam Malik (m. 795), da cui prende il nome la scuola malikita e contiene circa 1.720 *hadith*; il *Musnad* di Ahmad Ibn Hanbal (m. 855) istitutore della scuola hanbalita contiene circa 28199 *hadith* e il *Sahih Muslim di Muslim* (m. 874) contiene oltre a 7563 *hadith*, un'introduzione che tratta la scienza della *Sunna*.

⁶³ *Ivi.*, p. 160.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ L'*hadith* si compone di due parti la prima è il *isnad* la seconda è il *matn*: l'*isnad* è la catena dei relatori/narratori ove viene riportato il nominativo dei trasmettitori del testo per stabilire l'autenticità del racconto, mentre il *matn* è il racconto stesso.

In aggiunta alle raccolte già menzionate, ne esistono altre attribuite agli sciiti che considerano solamente la tradizione riportata dalla famiglia di Alī ibn Abī Ṭālib, genero e cugino del Profeta, il quale è considerato dagli sciiti il primo Imam, mentre l'*Al-Kafi fi ilm al-din* di Abu-Ja'far Al-Kulayni (m. 939) rappresenta la più importante opera per gli sciiti.

La *Sunna*, al pari del Corano detto *Al-Karim* (generoso), è considerata una fonte rivelatrice perché contiene l'insieme dei comportamenti adottati dal Profeta durante la sua vita. Pertanto, qualora non si trovi una soluzione nel testo sacro islamico, si indaga sul comportamento assunto dal Profeta in casi analoghi interpellando i suoi discepoli, i suoi compagni oppure coloro che avevano memorizzato la tradizione oralmente. Difatti, la tradizione profetica è considerata la seconda fonte del diritto islamico: *Cor. 3,32 "Obbedite ad Allah e al Messaggero. Ma se volgerete le spalle, ecco, Allah non ama i miscredenti"*.

La comunità islamica seguiva gli insegnamenti e i giudizi del Profeta non facendo alcuna distinzione tra il contenuto del Corano e la decisione di Maometto; le due fonti erano considerate un unico insieme poiché il Profeta trasmetteva la Volontà di Allah.

Il suo ruolo è importante poiché se talvolta afferma il contenuto prescrittivo del Corano, altre chiarisce il senso generale dei versetti disciplinando nel dettaglio l'istituto, limitandolo o precisandolo e a volte abrogandone alcuni versetti. In quest'ultima fattispecie, i giuristi musulmani si mostrano generalmente contrari, poiché sostengono che la *Sunna* autentica non possa mai entrare in contrasto con il Corano. Tuttavia, qualora ciò avvenga, poiché la *Sunna* al pari del Corano è considerata una fonte rivelata⁶⁶, si cerca di trovare una soluzione armonica che tenga conto di entrambe le fonti.

Infine, è interessante sottolineare che la *Sunna* ha da sempre agito come scudo nei confronti delle innovazioni non conformi alla *Sharia* e ai suoi dettami⁶⁷.

⁶⁶ S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *op. cit.*, p. 186.

⁶⁷ F. J. PANSIER, K. GUELLATY, *Le droit musulman*, in *Que sais-je ?* Presses Universitaires de France, 2000, p. 26.

All'interno della gerarchia delle fonti islamiche la terza è rappresentata dal *Ijma' à'* e la quarta dal *Qiyas'*.

4.4. Al-Ijma' à.

L'espressione *Al-Ijma'a* deriva del verbo *jama'a* “accordo unanime” etimologicamente designa il consenso unanime ed espresso, non tacito della comunità islamica ovverosia dei dotti giurisperiti musulmani su questioni non già regolate dal Corano e della Sunna in modo chiaro. Esso è considerato una fonte indiretta della volontà divina, infatti, come già segnalato, la scuola Sciafita la considera la terza fonte da consultare quando non si trova riscontro nei testi rivelati, altri invece la considerano la quarta fonte dopo il Corano, la *Sunna* e il *Qiyas* poiché rientra nella categoria dell'*ijtihad* collettivo⁶⁸.

I partigiani del ricorso al consenso, si ispirano al Corano e alla Sunna: Cor. 4,59 “O voi che credete, obbedite ad Allah e al Messaggero e a coloro di voi che hanno l'autorità. Se siete discordi in qualcosa, fate riferimento ad Allah e al Messaggero, se credete in Allah e nell'Ultimo Giorno. É la cosa migliore e l'interpretazione più sicura”. Dal testo si evince che qualora non si trovi una risposta nel testo sacro e nella Sunna è utile affidarsi in ultima istanza all'autorità islamica. Inoltre, gli stessi si basano su un Hadith attribuito al profeta Muhammed che afferma “La mia comunità non concorderà mai su un errore”⁶⁹.

Per contro, gli oppositori sostengono che il versetto coranico testé citato si riferisca all'autorità statale e che potrebbe costituire ipotesi d'elusione delle fonti rivelate; allo stesso tempo, si esprimono relativamente alla tradizione profetica sostenendo la non vincolatività di essa e aggiungono che dovrebbe essere interpretata nell'accezione che “in qualsiasi epoca ci sarà una persona che verrà a denunciare l'errore”⁷⁰. Inoltre, essi riferiscono che secondo alcuni detti del Profeta la comunità musulmana potrebbe

⁶⁸ S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *op. cit.*, p. 255; si veda altresì per maggiore approfondimento C. MANSOUR, *L'autorité dans le pensée musulmane, le concept d'ijma' (consensus) et la problématique de l'autorité*, Vrin, Paris, 1975; A.B. AL-JASSAS, *Al-ijma'*, in *Dirasah fi-fikratih min khilal tahqiq bab al-ijma'*, *Tahqiq wa dirasah Zuhayr Shafiq Kabbi*, Dar al-munthakhab al-'Arabi, Beirut, 1993.

⁶⁹ S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *op. cit.*, p. 256.

⁷⁰ *Ivi*, p. 257.

cadere in errore a sostegno di ciò citano un *Hadith* ove si narra che Mohammed avrebbe detto che “*Dio non fa scomparire la scienza togliendola di torno ai suoi servi, ma facendo scomparire i dotti. E quando non ci sarà più nessun dotto, la gente prenderà dirigenti ignoranti ai quali saranno poste delle domande e che risponderanno con delle fatwa senza conoscenza. E così si smarriscono e fanno smarrire gli altri*”⁷¹.

Infine, è utile precisare che l’*ijma*’a si articola su due piani distinti: il primo riguarda i pilastri etici e di culto laddove vige l’obbligo di unanimità all’interno della comunità islamica, il secondo fa riferimento allo *ius* positivo, vale a dire alle norme che regolano i rapporti *interpartes* e che sono affidate ai dotti islamici⁷².

4.5. Al-Qiyas.

In aggiunta, urge l’analisi del *Qiyas*, l’analogia giuridica; si tratta di una fonte non raccomandabile “*mustahaba*” da tutti i *madahib*, gli ortodossi sunniti⁷³, poiché si basa sul ragionamento umano che è oggetto d’errore, ma solamente da alcuni, prevalentemente la scuola Sciafi’ita, che ha anche il merito d’aver sistematizzato la gerarchia delle fonti del diritto islamico ossia “*Usul al fiqh*” nella sua opera *Al-Risalah*. Tuttavia, occorre precisare che viene anche utilizzata come strumento dell’*Ijtihad* (lo sforzo intellettuale compiuto dei *fuqaha*) insieme all’*Istislah* (interesse pubblico) e dell’*Istihsan* (preferenza giuridica).

⁷¹ *Ivi*, p. 258.

⁷² R. HAMAUI, M. MAURI, *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 16.

⁷³ Esistono quattro scuole giuridiche ortodosse sunnite che prendono il nome del loro fondatore: la Scuola Hanafita, la scuola Malachite, la scuola Sciafi’ita e la scuola Hanbalita. Scuola Hanafita (la più seguita) prende il nome di Abu Hanifa (m. 767-Kufa) e la sua caratteristica fondamentale è quella d’incentivare l’uso del ragionamento individuale e analogico rispetto alle tradizioni; tale *madhab* fu la scuola ufficiale dell’impero Ottomano; Scuola Malikita che prende il nome del medinese Malik ibn Anas (m. 795-Medina): uso primario della *Sunna* rispetto al ragionamento individuale, nonché dell’analogia e i criteri ermeneutici sussidiari come *l’istihsan*, *l’istishab* e *l’istislah*; tale ragionamento si diffuse nel Maghreb e l’Africa sub-sahariana; Scuola Shafiita il suo fondatore fu Muhammad al-Shafi’i (m. 820-Mecca): fondatore della scienza del *fiqh*; ha dato una sistemazione razionale alla dottrina delle fonti del diritto islamico. Primato assoluta alla *Sunna*. La scuola è diffusa oggi in Bahrayn, Yemen, nell’Indonesia, Africa Orientale ed Egitto; Scuola Hanbalita (la più rigida) che prende il nome di Ibn Hanbal (m. 855-Baghdad); difensore dell’uso delle tradizioni, respinse l’uso del ragionamento e dell’analogia. La scuola è riconosciuta ufficialmente dal Governo in Arabia Saudita; si veda altresì S. LAGHMANI, *Les écoles juridiques du sunnisme*, in *Pouvoirs*, vol. 104, 1, 2003, pp. 21-31. Available at <https://doi.org/10.3917/pouv.104.0021>

In definitiva, la si predilige ogniqualvolta si presenti una questione che non riscontra una soluzione nel Corano o nella Sunna o ancora nell'*ijma'a*, pertanto si attinge a questioni già risolte che abbiano elementi in comune con la fattispecie irrisolta, che serve da misura "*asliyah*". Pertanto, è possibile individuare quattro Elementi: 1) il nuovo caso che richiede una soluzione legale; 2) la fattispecie originale "*asliyah*" risolta dei testi rivelati o dal consenso; 3) la ratio legis ovverosia gli elementi comuni ad ambedue le fattispecie (originale e nuova); e infine 4) la regola legale che si trova nel caso originale e che, a causa delle affinità che accumuna i due casi, deve essere trasportata e applicata al nuovo caso⁷⁴.

L'esempio modello per spiegare questa fonte è quello del vino *Cor.* 5,90: "O voi che credete, in verità il vino, il gioco d'azzardo, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono immonde opere di Satana. Evitatele affinché possiate prosperare". Questa prescrizione proibisce il consumo del Vino poiché causa ubriachezza e mancanza di lucidità nell'individuo che lo può portare a trascurare i suoi doveri, ivi compresi quelli religiosi. Basandosi su questa norma, i giuristi musulmani hanno proibito il consumo di qualsiasi sostanza fermentata che procuri conseguenze dannose come l'ubriachezza⁷⁵.

Lo studio della Shari'a, delle sue fonti, è uno studio che può essere compiuto solamente dei *mujtahidin*⁷⁶, il loro lavoro è essenziale affinché si individuino le regole e le prescrizioni che i credenti devono rispettare.

⁷⁴ W. B. HALLAQ, in *Introduction to islamic law*, 1 ed., Cambridge University Press, 2009, p. 23. Available at <https://doi.org/10.1017/CBO9780511801044>

⁷⁵ S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *op. cit.*, p. 264.

⁷⁶ W. B. HALLAQ, *An introduction to islamic law*, 1 ed., Cambridge University Press, 2009, p. 174: "*mujtahid it's a highly learned jurist who is capable of ijihad, i.e., reasoning about the law through applying complex methods and principles of interpretation. Mujtahids are of various ranks, the highest of which is reserved for the one who is said to have fashioned the very methods and principles that he and others in his school apply, while those who are loyal to, and capable of applying, these principles belong to lower ranks*".

5. Lo studio delle fonti giuridiche islamiche.

*Al-Ijtihad*⁷⁷ è lo sforzo intellettuale compiuto dai dotti islamici “Mujtahidin” per poter interpretare la legge Sharaitica di modo che si renda accessibile e vicina alle esigenze e ai bisogni della società islamica.

La *ratio* di tale sforzo si limita a dedurre dal testo Sharaitico i principi e le regole utili alla società poiché il compito di creare le norme giuridiche spetta all’Unico Legislatore, vale a dire il Divino.

Per raggiungere tale obiettivo vengono utilizzati diversi strumenti tra cui l’analogia giuridica, considerata talvolta fonte altre volte strumento interpretativo, e l’interesse generale ‘al-maslaha(h) al-‘amma(h)’. Alcuni giuristi si oppongono all’utilizzo dello sforzo umano poiché reputano che tutte le risposte debbano essere rinvenute nel Corano e nella Sunnah:

Cor.5,3: “Oggi ho reso perfetta la vostra religione, ho completato per voi la Mia grazia”. Cor. 16,89: “Abbiamo fatto scendere su di te il Libro, che spiegasse ogni cosa, guida e misericordia e lieta novella per i musulmani”.

Altri sostengono il ricorso all’*ijtihad* riportando che il Corano contiene i principi e i dogmi generali “*usul ammah*” e che il Profeta in primis ha compiuto tale sforzo, prova di ciò ne sono i pareri vincolanti sulle questioni politiche “*khilafa*” o i divieti, tra cui quello relativo al consumo di “vino”⁷⁸. A supporto di questo ragionamento esistono diversi testi della tradizione profetica che affermano il ricorso allo sforzo intellettuale in caso di assenza di risposta nelle fonti rivelate⁷⁹.

I principali strumenti utilizzati per individuare una risposta *ad hoc* ad un quesito o per stabilire una norma che risponda alle esigenze della comunità in un determinato loco

⁷⁷ Ivi, p. 173 “*ijtihad* it’s legal methods of interpretation and reasoning by which a mujtahid (q.v.) derives or rationalizes law on the basis of the Quran, the Sunna and/or consensus; also, a judge’s evaluation of customary practices as they bear on a case brought before him”.

⁷⁸ S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *op. cit.*, pp. 219 ss.

⁷⁹ *Ibidem*, si narra che Ali (599-661) cugino e genero del Profeta nonché il quarto califfo e l’ultimo dei califfi ‘i ben diretti’, *Rāshidūn*, avrebbe chiesto al profeta: “Messaggero di Dio, che fare se abbiamo un affare che non comporta soluzioni nel Corano un anno dopo la tua scomparsa?” Mohammed rispose: “Riunite la gente e mettere il caso in consultazione ‘*ij’aluh shura*’, ma non seguite l’opinione di uno”.

sono principalmente tre: l’Istihsan (la preferenza giuridica adoperando come requisito guida l’equità), l’*Istislah* (la ricerca dell’interesse generale o al-maslaha(h) al-‘amma(h)) e infine l’*Istishab* (la continuità di una soluzione nel tempo e tale metodo è preferito da sciiti⁸⁰ e shafiiti).

Nei paesi occidentali è noto che il potere di emanare leggi spetti al legislatore e venga ricondotto al diritto positivo, per contro, come già accennato, nella tradizione islamica l’unico legittimato per tale funzione è Allah, per cui quando ne sorge l’esigenza interviene in sua vece il legislatore “Khalifah”. È possibile dunque distinguere due livelli di autorità: il primo è relativo all’intervento suppletivo del legislatore, il secondo invece è rappresentato dall’autorità dei testi e dalla funzione supplente degli interpreti i cd. *Mujtahidin*.

Tra gli strumenti impiegati dai *Mujtahidin* vi è l’*Istislah*, principio nonché strumento elaborato dalla scuola Malikita e privilegiato per individuare soluzioni operative nelle transazioni finanziarie considerando *al-maslaha(h) al-‘amma(h)*, l’utilità generale⁸¹, che afferma il concetto di economia al servizio delle esigenze della società⁸².

Difatti, secondo quanto esplicitato in precedenza, appare evidente che le fondamenta del diritto islamico, ‘*Usul al-fiqh*’⁸³, considerino il Corano e la Sunna le fonti rivelate per eccellenza. Il Corano, in quanto parola di Allah e la *Sunna*, in quanto antologia delle narrazioni dei comportamenti assunti dinnanzi a questioni che riguardano la ‘*Ummah al islamiya*’ da parte del Profeta Mohammed. A dispetto del carattere perentorio delle fonti, essendo l’essere umano il destinatario ultimo del diritto islamico,

⁸⁰ Deriva da shī‘at ‘Alī, «la fazione di ‘Alī», sono considerati minoranza islamica nei confronti dei sunniti i i seguaci della sunna o tradizione di Maometto. La divisione tra le due frazioni avvenne principalmente per motivi politici ovverosia la successione dopo la morte del profeta Mohammed.

⁸¹ F. OPWIS, *Maslahah and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, in *Studies in Islamic Law and Society*, Brill, 2010.

⁸² Si veda per maggiore approfondimento, F. JANY-CATRICE, D. MÉDA, *L’économie au service de la société*, Les Petits Matins, Paris, 2019: gli autori hanno cercato di rispondere alla domanda come mettere l’economia al servizio della società? Considerando i lavori dell’economista Jean Gadrey tenendo in mente un obbiettivo comune ovverosia il buon vivere e la giustizia sociale.

⁸³ La scuola Shafiita ha il merito di attribuire un ordine alle fonti del diritto islamico.

è necessario che questo si evolva e si adatti al cambiamento sociale ed economico delle società ove trova applicazione⁸⁴.

In definitiva, al fine di conciliare i bisogni della società moderna con i principi etico-religiosi della legge islamica si renderebbe opportuno il ricorso *all'Ijtihad*⁸⁵. In merito a ciò, tuttavia, vi sono opinioni contrastanti: alcuni giurisperiti sostengono che la porta *dell'Ijtihad* si sia chiusa tra IV e il IX secolo poiché tutte le questioni fondamentali attinenti alla vita del musulmano sono state chiarite, per contro altri ritengono che la porta *dell'Ijtihad* non si sia mai chiusa, ma sia rimasta circoscritta alle questioni poco fondamentali⁸⁶. Inoltre, giova precisare che coloro che sostengono la chiusura della porta *dell'Ijtihad* di fatto condannano la possibilità della *sharia* ad essere applicata a ogni tempo e luogo.

L'evoluzione costante della società conduce ad un'inevitabile crescita dei bisogni sociali ed economici dei musulmani, difatti i giurisperiti islamici, i *fuqaha*, di fronte a tali mutamenti dovrebbero essere in grado di rendere pareri attuali al contesto odierno, e per farlo dovrebbero avere un canale di comunicazione aperto con gli altri esperti politici, giuridici e finanziari. Al riguardo si era già espresso un teologo egiziano Sheikh-al-Azhar Muhammad Sayyid Tantawi in una fatwa del 1989 nella quale, basandosi sul contenuto della Cor. 21,7: “*Chiedete alla gente della Scrittura, se non lo sapete*”, sosteneva che il *faqih* è legittimato a chiedere agli esperti economisti e

⁸⁴ A tale proposito possiamo pensare alla materia successorio regolata principalmente dal Corano. Ad agosto del 2018 il presidente tunisino Béji Caid Essebsi si era pronunciato a favore di un progetto di legge sull'uguaglianza di genere in eredità ovverosia equiparare in alcuni casi la quota della donna a quella dell'uomo (dello stesso livello di parentela). Tale esigenza nasce dalle circostanze economico sociale. Tale posizione è stata ampiamente criticata della scuola dell'Azhar in Egitto che sostiene la regolamentazione tradizionale contenuta nel Corano.

⁸⁵ Il ricorso *all'ijtihād* si regge su un *hadith* dove si narra che il Profeta aveva chiesto ad un giudice quali sono i parametri del giudizio e questo ultimo aveva risposto che la prima fonte è il Corano in mancanza di risposta la Sunna e per ultimo la sua opinione. Il Profeta ha dato il suo assenso a questa risposta poiché riteneva che il giudice avesse capito l'assenza della fede islamica; si veda G. TRIBOU, *L'entrepreneur musulman: L'islam et la rationalité d'entreprise*, L'harmattan, Paris, 2000, p. 43: dove l'autore ha riportato l'*hadith* narrato da Al Katifi “*Comment vas tu juger? Demanda le Prophète. Je chercherai la solution dans le Coran. Et si tu ne trouves pas ? Je chercherai dans la Sunna. Et si tu ne trouves pas ? Répéta le Prophète. J'appliquerai mon opinion répondit le juge. C'est allora le Prophète s'écria : “Grace à Dieu, mes disciples ont compris l'esprit de ma religion !”*

⁸⁶S. ARMANDO, B. DUPRET, *La shari'a moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique*, Droit et société, 39, 1998, pp. 293-316. Available at www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1998_num_39_1_1438

finanziari pareri su specifiche questioni tecniche; alla luce di ciò, è necessario che il giurisperito musulmano sia a conoscenza del quadro complessivo tecnico prima di rendere una fatwa riguardante la conformità religiosa di un'operazione o di uno strumento finanziario ivi compreso quello assicurativo⁸⁷. Ne consegue che il ruolo fondamentale del *mujtahid* è quello di estrapolare 'istinbat' la regola dei testi sacri per dare una risposta adeguata agli aspetti della vita in costante cambiamento⁸⁸.

Nel caso in cui il legislatore o il giudice nutrano forti dubbi circa la soluzione più consona ad un caso concreto sul valore di una norma, secondo la dottrina prevalente⁸⁹ converrebbe ricorrere all'interesse generale, in quanto il valore giuridico di un bene dovrebbe riflettersi nella sua destinazione sociale.

⁸⁷ I. WARDE, *Islamic finance in global economy*, Edinburgh University Press, Edinburg, 2000; M. A. EL-GAMAL, "Interest" and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance, *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 1, 2003, p. 4; cfr. Ch. MALLAT, *Tantawi on Banking Operations in Egypt*, in *Islamic legal interpretation: muftis and their fatwas*, M. Kh. MASUD, B. MESSICK, D. POWERS (edited by), Harvard University Press, 1996. Numerous Islamic writers attacked Tantawi for this fatwa, which was dismissed by the Pakistani Shari'ah Appellate Court as "the solitary opinion of Dr. Tantawi of Egypt" (court document on file with author); si veda altresì, A.A. AL-SALUS, *Al-iqtisad al islami wa al-qadaya al-fiqhiyyah al-mu 'asirah, Dar al- thaqafah*, Doha, 1998: *Exemplifying numerous personal attacks against tantawi based on questioning tantawi's knowledge, piety, and incentives*.

⁸⁸ F. MILLIOT, F.P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2 ed., Dalloz, Paris, 2001, pp. 131 ss

⁸⁹ Il progetto di codificazione conforme alla shari'a in Egitto del 1982 ha contemplato la prevalenza del principio dell'interesse generale. B. BOTIVEAU spiegava nel suo libro, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, pp. 294-295, uno dei contenuti più importanti del progetto riguardava il contratto assicurativo, "l'un des contenus les plus importants du projet est la réglementation du contrat d'assurance" parole di G. Al-Utayfi. La ricerca di una qualificazione giuridica di tale contratto ha messo gli studiosi davanti a un duplice problema: il primo riguardava l'alea e l'altro riguardava la speculazione che implicava un profitto illecito. Nel memorandum esplicativo del progetto si legge che "si le contrats d'assurance n'a pas d'équivalent dans le fiqh islamique, c'est que les fuqaha ont traité des contrats qui avaient cours à leur époque. Lorsque de nouveaux types de contrats apparaissent et qu'ils satisfont aux conditions déterminées par le fiqh, ces contrats sont légaux". L'autore, infatti, ha spiegato che i relatori del progetto hanno osservato che le fuqaha si sono suddivisi nel XX. Secolo, dai tempi di Muhammad Abduh che ha trattato l'assicurazione vita, sulla laicità di questo contratto. Indefinito il fondamento adottato per autorizzare questo contratto si regge su una doppia relazione: la prima tra l'assicuratore e l'assicurato, la seconda tra l'assicurato e il pool degli assicurati. La prima relazione è compresa nella seconda in che esclude l'alea. Infatti, si potrebbe parlare di alea se il rapporto include due soggetti sull'eventuale verificarsi di un evento futuro dovuto al caso il che implica un perdente e un vincitore. Orbene, il verificarsi di questo evento non è un'eccezione ma il suo verificarsi è altamente probabile statisticamente per questa ragione sarà coperto dall'insieme degli assicurati solidariamente. Di conseguenza, si tratta di una associazione di cooperazione che mira a premunirsi dalle perdite finanziarie che toccheranno solamente ciascuno di alcuni assicurati e non una speculazione riguardante eventuali profitti. Pertanto, i redattori hanno stabilito che il contratto di assicurazione dovrà essere pattuito nel quadro di una società in accomandita "sharikat al-mudaraba" che esclude la gestione di un profitto illecito. Dall'altro canto, una prova coranica di portata generale è citata per giustificare il carattere sano di questa operazione nella misura in cui si regge su un'idea socialmente lodevole, la cooperazione: "Aiutatevi l'un l'altro in carità e pietà e non sostenetevi nel peccato e nella trasgressione".

L'esigenza di soddisfare i bisogni sociali ha portato all'elaborazione della teoria della necessità per far fronte all'incapacità della legge islamica di adattarsi ai cambiamenti sociali⁹⁰, tuttavia va specificato che ciò non si esplica nell'applicare in operazioni di puro *legal transplanting*⁹¹ di istituti occidentali alla tradizione islamica. La *ratio* di tale teoria la si trova nel Corano nella *Sura VI, Al-An'âm* (Il Bestiame), versetto n. 119⁹² nella quale, Allah prescrive ai credenti tutto ciò che è vietato, ad eccezione dei casi maggiori-fortuiti, di conseguenza, in alcuni casi il fedele è dispensato dal seguire le regole qualora sussista un caso di necessità, previa consultazione di tutte le soluzioni conosciute, possibili, lecite e legittime emesse dalle scuole giuridiche islamiche⁹³.

Le regole che compongono la *sharia* possono essere interpretate e applicate in modo differente da paese a paese dato che non sussiste un'autorità superiore unica riconosciuta da tutti i musulmani, la combinazione dei filoni dell'islam (shiiti e sunniti), scuole di pensiero sunnita (Hanafita, Malekita, Sciafiita e Hanbalita) e sciita (Giafarita, Zaydita, Ismailita e Drusa) nonché modelli di società in vigore nei paesi che conducono a delle interpretazioni differenti e applicazioni flessibili⁹⁴.

La teoria dell'interesse generale cd. "*al-maslaha(h) al-'amma(h)*" predilige lo sviluppo sociale, tenendo in considerazione il benessere dell'individuo, rispetto ai dettami della tradizione⁹⁵. I sostenitori⁹⁶ di tale teoria asseriscono che Allah ha prescritto un codice di comportamento per tutelare l'interesse sociale della comunità islamica, infatti in caso di silenzio della legge bisogna fare ricorso alla teoria della

⁹⁰ J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 2 ed., Paris, 1999, p. 70.

⁹¹ R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1, 1991, pp. 1-34. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/840669; C. J. P. VAN LAER, H. XANTHAKI, *Legal Transplants and Comparative Concepts: Eclecticism Defeated?* in *Statute Law Review*, vol. 34, 2, 2013, pp. 128-137.

⁹² *Cor.* 6, 119: "Perché non mangiate quello su cui è stato pronunciato il Nome di Allah, quand'Egli vi ha ben spiegato quello che vi ha vietato, a parte i casi di forza maggiore? Molti traviano gli altri a causa delle loro passioni e della loro ignoranza. Il tuo Signore conosce i trasgressori meglio di chiunque altro".

⁹³ U. DRAZ, *l'usure en droit musulman*, in Louis Milliot (ed.), *travaux de la semaine internationale de droit musulman* (1951), Recueil Sirey, Paris, 1953.

⁹⁴ S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *op. cit.*, pp. 51-82; si veda altresì la nota n. 51.

⁹⁵ Si veda il Corano: S. II, Al-Baqara (La Giovenca), "Allah vi vuole facilitare e non procurarvi disagio [...]"; S. XXII, Al-Hajj (Il Pellegrinaggio), "Egli vi ha scelti e non ha posto nulla di gravoso nella religione [...]".

⁹⁶ Cfr. N.-D. TAWFI, *Risala al-Massalih al-Morsala*, Beirut, 1904; M. M. MUSLEHUDDIN, *Islamic Jurisprudence and the Rule of Necessity and Need*, Islamabad-Pakistan, 1957.

necessità per individuare la soluzione più consona al caso concreto. La ragione di quanto anzidetto risiede in un *Hadith* riportato dal Profeta in cui specifica che nell'Islam non dovrebbe sussistere né pregiudizio né intenzione di ledere alcuno, “*la darara wa la dirara fi al islam*”⁹⁷. Da un'altra narrazione del Profeta si apprende che talvolta una pratica vietata diventa tollerata per necessità “*Al darurat toubih al mahdourat*”⁹⁸, come nel caso dell'assicurazione tradizionale, che per lungo tempo è stata vista con *méfiance* per le sue caratteristiche contrastanti con i concetti etico-religiosi islamici.

L'obiettivo della legge islamica è quello di impostare un corpus normativo contenente principi e divieti per i ridurre i casi di incertezza e ambiguità in cui una delle parti potrebbe risultare danneggiata, generando la riflessione sulle asimmetrie informative riconducibile al *moral hazard*. È quindi fondamentale considerare l'assicurazione lo strumento chiave per mitigare il rischio e far fronte alle numerose esigenze economiche della società islamica, per questo motivo alcuni *mujtahidin* avevano accettato la stipula di contratti assicurativi tradizionali in assenza di quelli conformi ai dettami etico-religiosi della *Sharia*. Un'operazione scandita dalla necessità ‘*darura*’ che giustifica ogni deroga rispetto al diritto islamico *tout court*⁹⁹ nonché uno dei principi generali del diritto musulmano¹⁰⁰.

Uno dei sostenitori di tale regola è lo Sheikh Al-Seddiq M. Al-Darir, il quale ha più volte sostenuto che il ricorso all'assicurazione è un'esigenza che mira a tutelare la

⁹⁷ *Hadith* riportato dal Shafii scholar Al-Nawawi

⁹⁸ Al- Majalla, the Ottoman Courts Manual (Hanafi), in the n. 21: “*Necessity renders prohibited things permissible*”.

⁹⁹ S. JAHEL, *Chari'a et contrat internationaux*, in *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012, p. 301.

¹⁰⁰ G. NORDBRUCH, U. RYAD (eds.), *Transnational Islam in Interwar Europe: Muslim Activists and Thinkers*, Palgrave Macmillan, US, 2014, p. 100: Gli autori hanno riportato quanto è stato sostenuto dello Scholar egiziano Sanhuri in occasione dell'istituzione del Code Civil Egyptien nel 1930: “*The rules of Muslim Law are in need of a scientific retouche that would update their principales that are today forgotten under the dust (of time). It would liberate them from the ties in which the jurists of the intermediate period have immobilized them*”; si veda altresì, A. R. EL SANHOURY, *le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien*, in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Librairie de la société Anonyme du recueil Sirey, Paris, 1938, pp. 623-634.

collettività, pertanto sia l'assicurazione mutuata sia quella commerciale provvedono a tale necessità¹⁰¹.

In aggiunta, facendo ricorso a tale principio, già nel 1961 la *fatwa*¹⁰² del *mufti*¹⁰³ al-diyar al-Misriya menzionava il ricorso all'interesse moderato ai fini dell'utilità socioeconomica: "*le recours à l'usure "modérée" sous l'effet des nécessités socio-économiques*"¹⁰⁴ e invitava gli studiosi a svolgere uno sforzo interpretativo, '*Ijtihad*' al fine di conciliare la fede islamica con i bisogni della società¹⁰⁵. Tale principio si rifà al concetto di *alea*, infatti i tradizionalisti non ammettono transazioni finanziarie in cui uno solo dei soggetti si assuma interamente il rischio, tuttavia considerata l'impossibilità assoluta di operare senza alcuna esposizione, alcuni giurisperiti islamici approvano i contratti laddove sussista una necessità effettiva e in presenza di un oggetto chiaro e definito¹⁰⁶.

La necessità e la teoria del "minor male" tuttavia non sono sufficienti *tout court* a legittimare il ricorso all'assicurazione convenzionale, difatti la maggioranza dei giuristi islamici la proibisce per la sussistenza di elementi vietati dalla *Sharia*. Alla luce di quanto esposto, si rende necessaria una breve esposizione delle caratteristiche fondamentali dei principi etico-religiosi su cui si fonda l'economia islamica.

¹⁰¹ M. A. SIDDIQ AL DARIR, *Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transaction*, Eminent Scholars lecture Series, 6, Jeddah, 1997, pp. 1-78; *Id. Al Gharar our atharahou fi al ouquod fi al fiqh al islami*, Dar Nashr al thakafa, Le Caire, 1967.

¹⁰² La voce *fatwā*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., Glossary and Index of Terms (Edited by: P.J. BEARMAN, Th. BANQUIS, C.E. BOWWORTH, E. VAN DONZEL, W. P. HEINRICHS BOWWORTH). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_01202. Last visited 30 March 2020: *fatwā* (A) in law, an opinion on a point of law.

¹⁰³ La voce *muftī*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., Glossary and Index of Terms (Edited by: P.J. BEARMAN, Th. BANQUIS, C.E. BOWWORTH, E. VAN DONZEL, W. P. HEINRICHS BOWWORTH). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_03226. Last visited 30 March 2020: *muftī* (A) the person who gives an opinion on a point of law, *Fatwā*, or is engaged in that profession.

¹⁰⁴ A. PIERRE-SATEH, *L'Arabie saoudite : quel Etat et quel(s) droit(s)*, *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Centre national de la recherche scientifique, Institut de recherches et d'études sur le monde arabe et musulman (IREMAM) (éds.), Editions du CNRS, Paris, 1997, p. 358.

¹⁰⁵ *Ibidem*

¹⁰⁶ IBN RUSHD A. W., *The distinguished jurist's primer* (A translation of *Bidayat al-Mujtahid wa-Nihayat al-Muqtasid*), Centre for Muslim Contribution to Civilization, vol. 2, Qatar, 1996, p. 156; si veda altresì, S. NABIL, *Unlawful gain and legitimate profit in islamic law*, 2 ed., Graham & Trotman, London, 1992, p. 67.

6. I principi etico-religiosi operanti nel mercato *Sharaitico*.

I principi etico-religiosi che operano nel mercato finanziario, la cui trasgressione determina la nullità dell'operazione finanziaria nel suo insieme, si possono riassumere in cinque punti fondamentali: il divieto dell'interesse '*riba*', il divieto dell'incertezza assoluta, vale a dire l'asimmetria informativa circa il contenuto dell'operazione finanziaria '*gharar*', il divieto della tesaurizzazione della moneta poiché questa è un mero mezzo di scambio, il divieto della speculazione '*maysir*' e il divieto dell'investimento in attività non contemplate nel mercato *halal*¹⁰⁷.

In questa sede ci si concentrerà sui primi tre divieti che costituiscono il fondamento del sistema assicurativo *Sharia compliant* poiché tali divieti sono quelli che fanno sì che l'assicurazione islamica sia differente rispetto all'assicurazione convenzionale e non solo ma anche la presenza di un consiglio ad *hoc* che vaglia sulla conformità delle operazioni '*takaful*'¹⁰⁸ con i principi etico-religiosi della fede islamica.

6.1. Il divieto del *Riba*.

Come noto, tutte le confessioni monoteiste¹⁰⁹ hanno condannato fermamente la riscossione di interessi¹¹⁰, considerata un profitto illegittimo e attribuibile unicamente al trascorrere del tempo e non derivante da uno sforzo personale ovvero un'attività lavorativa.

Tale interdizione era presente già nella tradizione ebraica (nell'Antico Testamento è possibile rintracciare passi simili al divieto previsto nel Corano : a titolo

¹⁰⁷ Si veda F. BERGEAUD-BLACKLER, *Le marche halal ou l'invention d'une tradition*, Seul, Paris, 2017.

¹⁰⁸ Termine arabo per indicare mutua assistenza.

¹⁰⁹ Nella tradizione cristiana risultano alcuni passi che condannano l'esercizio dell'usura: Esodo, [24], "Se tu presti denaro a qualcuno del mio popolo, all'indigente che sta con te, non ti comporterai con lui da usuraio: voi non dovete imporgli alcun interesse". Ezechiele: [7] "se non opprime alcuno, restituisce il pegno al debitore, non commette rapina, divide il pane con l'affamato e copre di vesti l'ignudo"; [8] "se non presta a usura e non esige interesse, desiste dall'iniquità e pronunzia retto giudizio fra un uomo e un altro". Levitico: [35] "se tuo fratello che è presso di te cade in miseria ed è privo di mezzi, aiutalo, come un forestiero e inquilino, perché possa vivere presso di te"; [36] "non prendere da lui interessi né utili; ma temi il tuo Dio e fa vivere tuo fratello presso di te; [37] non gli presterai denaro a interesse, né gli darai il vitto a usura".

¹¹⁰ Nel Codice Hammurabi regolava il tasso praticabile nel settore agricolo di circa il 30 % per contro nell'ambito dei prestiti circa il 20 % si veda Ch. M. HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larcer, Bruxelles, 2018, p. 32.

esemplificativo già nell'Esodo, 22, 24: “Se tu presti denaro a qualcuno del mio popolo, all'indigente che sta con te non ti comporterai con lui da usuraio: voi non dovete imporgli alcun interesse”; nel Levitico, 25, 35-38, e nel Deuteronomio, 23, 20-21: “Non farai al tuo fratello prestiti a interesse, né di denaro, né di viveri, né di qualunque cosa che si presta a interesse” sia nella tradizione cristiana ove sussiste un passo del vangelo secondo Luca, VI, 34-35: “E se prestate a coloro da cui sperate ricevere, che merito ne avrete? Anche i peccatori concedono prestiti ai peccatori per riceverne altrettanto. Amate invece i vostri nemici, fate del bene e prestate senza sperarne nulla, e il vostro premio sarà grande e sarete figli dell'Altissimo; perché egli è benevolo verso gli ingrati e i malvagi.”

I cristiani e i musulmani¹¹¹ sono d'accordo sul fatto che l'usura è un peccato: 1- il tempo appartiene a Dio e non deve essere venduto, percepire interesse è prova di ozio; il lavoro deve essere la fonte del reddito come ha affermato Calvin “*le travail est chose si bonne et si divine [...] qui rend le corps vigoureux et fort, et guèrit les maladies nées de l'oisivité*”¹¹²; infine l'usura è un mezzo di sfruttamento dei più poveri¹¹³.

La ratio di questo divieto sta nell'intento di tutelare la parte debole della società da una distribuzione iniqua delle ricchezze, pertanto nessun utile può essere giustificato senza l'assunzione di una perdita eventuale ovvero laddove venga a mancare la condivisione del rischio.

Il termine *riba*, pertanto, può essere definito quale ogni interesse concordato e riportato nel contratto, calcolato anteriormente sulla base del capitale iniziale prestato e dell'indice di tempo, stabilito a monte e privo di correlazione con il risultato finale dell'operazione finanziaria¹¹⁴. Inoltre, tale divieto si esplicita nel significato peculiare attribuito alla moneta all'interno del sistema economico islamico, secondo cui il

¹¹¹ G. TRIBOU, *l'entrepreneur musulman, l'Islam et la rationalité d'entreprise*, l'Harmattan, Paris, 1995.

¹¹² Si veda A. BERTHOUD, *Calvin, le prêt et le taux d'intérêt*, in *Calvin : Naissance d'une pensée*, Presses universitaires François Rabelais, 2012, p. 193-198. Available at DOI: <https://doi.org/10.4000/books.pufr.7782>.

¹¹³ si veda M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, tr.it. di A. M. Marietti, BUR, Milano, 1991; cfr. R. H. TAWNEY, *La religione e la genesi del capitalismo*, tr. it. di G. degli Uberti, Bari, 1994.

¹¹⁴ G. CAUSSE-BROQUET, *op. cit.*, p. 31.

denaro non può dare frutti¹¹⁵. Anche Aristotele ha condannato il prestito con interesse, difatti sosteneva che il denaro fosse unicamente un mezzo per facilitare le compravendite e lo scambio di beni e servizi, per tale ragione il prestito con interesse, contribuirebbe a snaturare il valore intrinseco e originario ad esso attribuito. Ogni modifica al suo valore implica: “*un enrichissement superflu et illimité de l'un au déterminent de l'autre*”¹¹⁶.

Il divieto del *riba*¹¹⁷ è un divieto assoluto condiviso da tutte le scuole giuridiche islamiche ortodosse e la sua fonte principale risiede nel Corano, laddove diversi versetti lo prescrivono ed esortano il versamento dell'elemosina. Ciò dimostra l'intento del creatore di voler una giustizia sociale e un'equa distribuzione della ricchezza¹¹⁸.

6.2. Il divieto del *Gharar*.

In primo luogo, è necessario chiarire le equivalenze e le dissimmetrie tra due concetti apparentemente molto simili dal momento che spesso danno luogo a confusione o

¹¹⁵ F. ERSILIA, *op. cit.*; inoltre giova segnalare che il credente di fede musulmana rispettoso della legge islamica cercherà di discostarsi di ogni transazione ove risulterà un aumento correlato alla restituzione di una somma di denaro poiché l'essenziale è l'aumento ingiustificato e non la nomenclatura utilizzata che potrebbe essere 'interesse' o 'usura'.

¹¹⁶ Si veda Ch. M. HIMEUR, *les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larice, Bruxelles, 2018, p. 33.

¹¹⁷ I giuristi islamici differenziano tra *riba al fadl* autorizzato in alcuni casi come lo scambio di prodotti di natura differente, il divieto non riguarda solamente il danaro ma contempla altri beni come evince del Hadith che dice: “*du blu pour du blu à part égale et de main à main; le surplus étant de l'usure. De l'orge pour de l'orge à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. Des dattes pour des dattes à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. Du sel pour du sel à part égale et de main à main; le surplus étant de l'usure. De l'argent pour de l'argent à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'or pour de l'or à part égale, de main à main, le surplus étant de l'usure*”, come riportato nel S. AL-BUKHARI (recueil des hadiths) e *riba al jahiliyah* ovvero *riba al-nasi'ah*, applicato nell'era preislamicanella penisola arabica, condannato fermamente, in quest'ultima veniva avvantaggiata una controparte indebitamente rispetto all'altra si veda Ch. M. HIMEUR, *op. cit.*, p. 38 ss.

¹¹⁸ si riportano alcuni versetti del Corano, dove qualora si limita solamente al dettato letterale si evince la condanna dell'usura e l'invito a versare l'elemosina per aiutare che ne ha bisogno: S. XXX – Ar-Rum (I Romani), v. 39: *Ciò che concedete in usura, affinché aumenti a detrimento dei beni altrui, non li aumenta affatto presso Allah. Quello che invece date in elemosina bramando il volto di Allah, ecco quel che raddoppierà*; S. II- Al Baqara (La Giovenca), v. 275: *Allah vanifica l'usura e fa decuplicare l'elemosina. Allah non ama nessun ingrato peccatore; si veda altresì, M. WEBER, Sociologie du droit, in Droit et société, 5, Questions d'anthropologie, 1987, pp. 145-146; Id. Economia e società. Comunità religiose, Donzelli, Roma, 2006.*

errate interpretazioni: il *Gharar*, l'ambiguità o l'incertezza assoluta e la *Jahala*, l'ignoranza.

È anche opportuno segnalare che la legge islamica non tratta il *gharar* minore, in cui il rischio o l'incertezza sono minori, ma neppure quello eccessivo, come la frode o il travisamento, perché sono considerati un "grave torto morale"¹¹⁹.

Il *gharar* copre uno spettro più ampio rispetto alla *jahala* poiché, come detto, il primo attiene all'ambiguità e la seconda si limita all'ignoranza¹²⁰. *Al-Sanhuri* ha definito *al-jahala* come una mancanza di conoscenza. Difatti, sosteneva che il *gharar* si verifica quando si vende un bene non ancora esistente, mentre la *jahala* si verifica quando si vende qualcosa che già esiste ma in una quantità non specificata¹²¹. È considerato *gharar* qualunque bene oggetto di contratto considerato inesistente e *jahala* l'incertezza sugli elementi che lo compongono.

Di conseguenza, il contratto che contempri la *jahala* sarà annullabile, poiché si riferisce alla descrizione del contenuto, mentre in presenza del *gharar* questo sarà dichiarato nullo poiché fa riferimento alla natura dello stesso¹²².

Sebbene il *gharar* abbia un significato più ampio della *jahalah* è lecito dire che tra i due sussiste una relazione di causa ed effetto. Vale a dire che, in circostanze specifiche, qualora si riscontri il *gharar* nell'ambito di una transazione, ciò potrebbe risultare quale effetto della *jahalah*¹²³.

Il *gharar*¹²⁴ fa riferimento alle operazioni che implicano inganno, incertezza, rischio e *hasard*, in senso generale *taghrir* o meglio a tutte quelle azioni che potrebbero indurre

¹¹⁹ S.E. RAYNER, *The Theory of Contracts in Islamic Law*, Graham & Trotman Ltd, London, 1991, p. 206.

¹²⁰ A. NEHAD, A. KHANFAR, *A critical analysis of the concept of gharar in Islamic financial contracts: Different perspective*, 2016, pp. 2-3.

¹²¹ Cfr. A. K. AL-SANHURI, *Masader Alhaq filfiqh Al-Islami* (The Resources of the Right in Islamic Jurisprudence), The Islamic Arabic Scientific Association, Muhammad Addayah Publications, 1955.

¹²² A. NEHAD, A. KHANFAR, *A critical analysis of the concept of gharar in Islamic financial contracts: Different perspective*, 37, 1, 2016, pp. 2-3.

¹²³ Cfr. N. NORDIN, S. ABDUL AZIZ, A. ALISA, N. DAUD, *Contracting with Gharar (Uncertainty) in Forward Contract: What Does Islam Says?*, Asian Social Science, vol. 10, 15, 2014.

¹²⁴ L. MILLIOT, F.-P. BLANC, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2 ed., Éditions Dalloz, Paris, 2001, p. 647: "sa prohibition est fondée sur l'immortalité du gain que ne justifie pas le travail, sur les risques que court le joueur lui-même et la nécessité de l'en protéger; enfin sur le danger de la

un terzo a credere di ottenere un beneficio senza garantirne la reale concretizzazione; il diritto islamico di conseguenza non ammette la presenza del *gharar*, considerato un vizio, e annullerà tutte le transazioni che lo includano. Un *hadith* narra, infatti, che “*il Profeta ha vietato le vendite dove sussista un elemento ambiguo oppure aleatorio*”¹²⁵, come la vendita del pesce che si trova ancora nel mare oppure la vendita del bovino ancora nel ventre della mucca.

Tuttavia, considerata l'impossibilità di escludere completamente il rischio da qualsivoglia operazione economica o finanziaria i dotti hanno distinto due tipologie di *Gharar*: *gharar fahish*- il *gharar* assoluto che invalida il contratto *ab origine*, come vendere un uccello in cielo o comprare un pesce ancora in mare, e il *gharar yassir-gharar* moderato, giudicato accettabile, come nel caso dell'acquisto di una casa di cui non si conosce lo stato delle fondamenta oppure di un capo di cui si ignora la provenienza del materiale con cui è stato confezionato¹²⁶.

Un esempio emblematico è quello dell'assicurazione in cui il *Gharar* si concretizza nel fatto che il pagamento dell'indennizzo non è certo poiché è legato al verificarsi di un evento futuro ipotetico, per tale ragione il contratto assicurativo non è lecito dal punto di vista del diritto islamico. Dunque, per evitare il *Gharar* all'interno di una transazione i contraenti devono accertare la presenza degli elementi essenziali dell'accordo come il prezzo, le caratteristiche del bene o dell'oggetto e assicurarsi che tutte le parti coinvolte siano state messe al corrente e che dispongano di tutte le informazioni rilevanti, quali ad esempio la data effettiva della consegna del bene¹²⁷

Il concetto di trasparenza è una tematica ampiamente diffusa anche nel mondo occidentale ed è oggetto di numerose regolamentazioni sia sul piano europeo, come la Solvency II che comprende il Pilastro III dal titolo “*Regole di trasparenza per il rafforzamento del mercato*, sia su quello nazionale dove ciascun Paese recepisce le

spéculation sur certaines denrées de première nécessité en vue de leur accaparement dans un pays dont la population est toujours à la veille de la famine”.

¹²⁵ Si veda I. WARDE, *Riba, Gharar, and the Moral Economy of Islam in Historical and Comparative Perspective*, in *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000, pp. 52-69.

¹²⁶ Ch. M. HIMEUR, *op. cit.*, p. 49 ss.

¹²⁷ J. CHARBONNIER, *Islam : Droit, finance et assurance*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 39.

disposizioni emanate dall'Unione Europea e legifera disciplinando la materia della tutela del consumatore. Di fatti, è ormai noto il principio di *good faith*, dapprima fatto proprio dal *civil law* e poi abbracciato dal *common law*¹²⁸.

Parallelamente, nel mondo islamico la buona fede, intesa come reciproca lealtà di condotta e fondamentale canone di correttezza al quale tutte le parti di un contratto devono necessariamente ispirarsi per la salvaguardia delle singole operazioni, è uno dei principi guida dell'assicurazione islamica senza il quale potrebbe verificarsi il *gharar*, che renderebbe illecita la transazione.

Il divieto di generare profitti non dovuti, “*riba*” è altresì un riflesso della moral economy e ha condotto all'elaborazione degli *hiyal*, espedienti giuridici elaborati rispettando i dettami della *Sharia* per aggirare i divieti contemplati nella medesima¹²⁹. L'obbiettivo è il ricorso ad un'altra regola alternativa mediante la quale si ottengono i medesimi effetti giuridici che la regola di partenza vietava. Il giurista Chehata Chafik definisce tale strumento come « *Ces moyens détournés, ces fictions s'intègrent d'ailleurs parfaitement dans le droit dont ils ne méconnaissent point les principes. Ils consistent en actes simulés ou apparents auxquels ne s'appliquent pas les règles applicables aux actes réels. La simulation permettra d'échapper a ces règles. Ces moyens sont facilités grâce à la conception spéciale de la notion de simulation, et à la théorie générale de la preuve en droit musulman. Il faut donc les étudier comme le côté vivant du droit dont ils forment partie intégrante. Ils ont d'ailleurs fait l'objet d'un soin particulier de la part de Muhammad lui-même* »¹³⁰

¹²⁸ In merito al concetto della buona fede si veda: M. J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman contract law*, in *Good faith in European Contract Law* (a cura di R. Zimmermann, S. Whittaker), Cambridge, 2000; G. ALPA, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (a cura di L. Garofalo), Padova, 2003, p. 155 ss.; *Id.* *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, p. 611 e ss.; R. SACCO, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 19 ss.; In tal senso, si veda C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983, p. 205; L. BIGLIAZZI GERI, *voce Buone fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Torino, 1988, p. 403; A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, ESI, Napoli, 2001, p. 22.

¹²⁹ G. VERCELLI, *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Milano, 2002, p. 56.

¹³⁰ T. CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, tom. 1, *Les Sujets de l'obligation*, Imp. F.E. Noury&Fils, Caire, 1936, p. 56 ; si veda altresì R. BRUNSCHVIG, *De la fiction*

Se il “*riba*” è proibito dalla legge islamica poiché conduce allo sfruttamento e all’ingiustizia sociale, il *Gharar* è vietato in qualsiasi transazione al fine di proteggere entrambe le parti dall’inganno, dall’ignoranza e dall’incertezza.

Il divieto è pertanto volto a garantire il pieno consenso e la massima soddisfazione delle parti interessate, senza il quale il contratto non può essere considerato valido e i requisiti per un esito favorevole sono la certezza, la conoscenza completa, la rivelazione assoluta e la trasparenza.

Di conseguenza, i contratti di assicurazione sono considerati illeciti (*haram*) per il fatto che il servizio o il bene potrebbero non essere resi. Inoltre, questi contratti stabiliscono un termine temporale futuro, ritenuto inaccettabile dalla fede islamica.

6.3. Il divieto del *Maysir*.

Nella lingua araba letteralmente *maysir* vuol dire gioco d’azzardo ‘*qimar*’¹³¹. Secondo i giuristi il *maysir* che deriva da “*yusr*” può essere definito come ottenere un utile senza attribuire alcun controvalore o indennizzo ‘*Iwad*’ mentre il *qimar* può essere identificato con l’incertezza portata all'estremo ove l’utile dipende dalla fortuna e quindi da un rischio accettato a priori. Entrambe le nomenclature riconducono al significato del gioco d’azzardo¹³².

Il *Maysir*, dunque, può essere inteso come una forma eccessiva di *gharar* che comprende ogni forma d’acquisizione e/o trasferimento di ricchezza che dipende meramente dalla fortuna dove una parte guadagna a discapito di un'altra, è una forma di speculazione con alto livello d’incertezza; una persona mette in gioco il proprio denaro o una parte del patrimonio esponendosi alla possibilità di ritrovarsi con enormi guadagni o in caso opposto ad ingenti perdite il che porta al verificarsi di una disomogeneità nelle posizioni contrattuali¹³³ L'Islam incoraggia le persone a

légale dans l'Islam médiéval, *Studia Islamica*, 32, 1970, pp. 41-51. Available at <https://www.jstor.org/stable/1595207>

¹³¹ J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, cit., p. 39.

¹³² A. MUHAMMAD, *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, UK, 2007, pp. 61-64. Available at <https://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=351636>.

¹³³ A. DIAW, *La crise financière mondiale et la finance islamique : une revue de la littérature*, *MPRA Paper*, University Library of Munich, Germany, 2011, p. 9. Available at <https://mpr.ub.uni->

guadagnarsi da vivere con uno sforzo onesto e proibisce di appropriarsi delle proprietà altrui per caso¹³⁴. il fondamento del divieto si trova nel Corano¹³⁵.

È possibile individuare il *Maysir* all'interno di una serie di transazioni finanziarie convenzionali e di schemi/prodotti bancari tradizionali, che le banche islamiche devono evitare a causa dei forti squilibri contrattuali, tali da renderli ingiusti, quali ad esempio i contratti dell'assicurazione convenzionale, ritenuti non *Sharia compliant* perché coinvolgono sia la *Riba* che il *Maysir* e anche gli strumenti derivati poiché contengono *maysir*.

A tal proposito, giova segnalare che la dottrina islamica, per poter mitigare l'impatto dei divieti da osservare prescritti dalla legge sharaitica ed operare nel mercato economico-finanziario globale, ha fatto ricorso agli *hiyal*¹³⁶ o a strumenti che assumono funzioni legali atte a trovare soluzioni alternative¹³⁷.

7. Ulteriori principi etico-religiosi: PLS, Halal vs Haram, Zakat.

Oltre ai principi illustrati, la finanza islamica si fonda anche sul presupposto della condivisione del rischio, essendo questo un elemento imprescindibile di ogni attività imprenditoriale, “*al-ghorm bil ghonm*”.

Tale principio fondamentale è alla base dei contratti stipulati dalle banche islamiche per finanziare progetti come la *Muduraba*, contratto associativo in cui l'Istituto di

muenchen.de/32754/2/MPRA_paper_32754.pdf; A. AL-SAATI, *The Permissible Gharar (Risk) in Classical Islamic Jurisprudence*. *Journal of King Abdulaziz University-Islamic Economics*, 16, 2, 2003, p. 3-19: l'autore in questo contributo analizza il concetto del *Gharar* illustrando le diverse tipologie con un'analisi dettagliata della giurisprudenza ortodossa islamica.

¹³⁴ M. Y. Saleem, Muhammad Yusuf, *Islamic Commercial Law*, John Wiley & Sons, 2013, pp. 4-5. Available at <http://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=1068761>.

¹³⁵ Cor. 5, 90 “*O voi che credete, in verità il vino, il gioco d'azzardo, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie, sono immonde opere di Satana. Evitatele, affinché possiate prosperare*”; Cor. 5, 91 “*In verità col vino e il gioco d'azzardo, Satana vuole seminare inimicizia e odio tra di voi e allontanarvi dal Ricordo di Allah e dall'orazione. Ve ne asterrete?*”

¹³⁶ J. SCHACHT, *An Introduction to Islamic law*, Oxford University Press, UK, 1982, p. 78: “*The customary commercial law was brought into agreement with the theory of the shari'a by the hiyal (sing. hila) or 'legal devices', which were often legal fictions. The hiyal, which are not confined to commercial law but cover other subject matters as well, can be described, in short, as the use of legal means for extra-legal ends, ends that could not, whether they themselves were legal or illégel, be achieved directly with the means provided by the shari'a*”.

¹³⁷ G. M. PICCINELLI, *Introduzione: i principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente Moderno*, vol. 7, 1, Roma, 1988, p. 9.

credito affida il proprio capitale -*Rab al mal*- a un imprenditore -*Mudarib*- che lo investe con un ritorno di utili prestabilito. Le eventuali perdite sono a carico esclusivamente dell'investitore, mentre l'imprenditore risponde solo con la perdita del proprio tempo e del proprio sforzo. La *Musharaka*, invece, è una partnership contrattuale dove entrambe le parti apportano capitale e forza lavoro e la percentuale degli utili viene pre-concordata al momento della stipula; qualora il contratto non abbia definito a priori questo elemento, il guadagno di ciascuna parte non potrebbe eccedere la quota del capitale investito, mentre le perdite verrebbero sopportate in proporzione alla quota investita da ciascuna parte.

Si tratta di una partecipazione congiunta ai profitti e alle perdite comunemente conosciuta come *profit and loss sharing* 'PLS'¹³⁸. Le strutture contrattuali di tipo partecipativo, portate avanti dalla finanza islamica, generano maggiore efficienza economico sociale e risultano più incentivanti, poiché sono in grado di realizzare e garantire maggiore equità, dal momento che il rischio non viene assunto da una sola classe sociale.

Inoltre, affinché l'operazione finanziaria sia considerata *sharia compliant* è necessario che le strutture contrattuali e l'oggetto dell'operazione rispettino perfettamente i dettami della finanza islamica. Le fonti rivelate prevedono a tal proposito un elenco di attività vietate, e citano quelle legate alla produzione e commercializzazione di alcol e

¹³⁸ La voce *Mudaraba*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., *Glossary and Index of Terms* (Edited by: P.J. Bearman, Th. Banquis, C.E. Bowworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs Bowworth). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_03184. Last visited 05 May 2020: "mudaraba in *Shāfi'ī* and *Mālikī* sources, *ḵirāḍ*, *muḵāraḍa*: in law, a commercial association whereby an investor entrusts capital to an agent who trades with it and shares with the investor a pre-determined proportion of the profits. Losses incurred in the venture are the responsibility of the investor; the agent loses his time and effort, and any profit he would have gained were it successful. *Mudanya*; profit-sharing".

La voce *Sharika*; *musharaka*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., *Glossary and Index of Terms* (Edited by P.J. Bearman, Th. Banquis, C.E. Bowworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs Bowworth). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_03425. Last visited 05 May 2020: "in law, 'participation financing', a contractual partnership. Its essence is joint exploitation of capital (or, in full or in part, of the work and skills of the partners or of the credit for partnership investment) with joint participation in profits and losses. Unlike the *Mufāwāḍa*, the ~ is a limited investment partnership in which the core of the investment is money. *al-Mushaḵḵar*".

prodotti ad esso correlati, armi, scommesse e gioco d'azzardo, pornografia, tabacco, carne suina e prodotti affini. Questo divieto, di fatto, pone un limite notevole alle attività in cui è possibile investire.

È lecito dunque domandarsi quali potrebbero essere in Occidente le attività certamente conformi ai principi sharaitici e la risposta potrebbe arrivare dal mondo delle attività *Green* o sostenibili.

Inoltre, giova segnalare che oltre a quanto esposto, la finanza islamica adotta anche il terzo pilastro della fede, il cosiddetto *Zakat*, uno strumento utile per purificare i guadagni quando è presente una percentuale ritenuta non eccessiva di *Gharar*. Lo *Zakat* è un'imposta di solidarietà che i musulmani adulti devono versare alla fine del mese di ramadan a beneficio dei poveri. I giuristi islamici hanno concordato una quota percentuale pari al 2.5% delle attività improduttive e pari al 10 % del rendimento netto derivante da un investimento. La base imponibile a cui applicare la percentuale è rappresentata dai beni in proprietà non utilizzati da più di un anno, a fini produttivi, e la cui consistenza è superiore alla quantità minima che un musulmano deve avere prima di essere obbligato a pagare la *zakat -nisab-* di norma il *nisab* è stato fissato dal Profeta Maometto (SAW) ad una quota equivalente a 87,48 grammi di oro e 612,36 grammi di argento.

La *Zakat* non si applica ai libri, agli strumenti e ai macchinari impiegati in attività produttive e neppure agli animali utilizzati in agricoltura. Il consiglio sharaitico esercita la propria attività di audit e controlla l'effettivo pagamento dello *Zakat*.

8. La traduttologia e i problemi linguistici tra diritto islamico e diritto occidentale.

Sino a qui si è sorvolato sul problema della traduzione di termini giuridici espressi in lingua araba, tentando di spiegarne il senso in lingua italiana, tuttavia al riguardo sussistono alcuni nodi teorici di cui è opportuno dare conto.

Questo ha suscitato, in differenti tempi e luoghi, l'interesse di diversi giuristi comparatisti per l'analisi dei rapporti tra diritto islamico e diritto occidentale; tali

rapporti sembrano, a prima vista, distanti e difficili da instaurare a causa dei fraintendimenti e degli errori concettuali che affiorano dal tentativo di tradurre i termini giuridici sharaitici.

In particolare, le difficoltà emergono quando si tenta di trasportare o tradurre un lemma d'origine araba in un'altra lingua, specialmente in arabo classico, intimamente legato alle fonti religiose.

Anzitutto, bisognerebbe specificare che l'arabo classico, la lingua del Corano, è diverso dall'arabo colloquiale; ciò rende difficile, a volte, individuare il significato del contenuto delle regole o delle clausole contrattuali.

Talvolta si verifica la situazione opposta, vale a dire la trasposizione in arabo, in diversi Stati, del medesimo testo legislativo redatto in lingua terza, come il francese oppure l'inglese: in questo caso il contenuto non sarà identico in tutte le aree per le scelte lessicali e di interpretazioni adottate dai giuristi appartenenti a ogni singolo Stato.

Altre volte assistiamo alla convivenza nella medesima realtà, territorio, di due lingue ufficiali come ad esempio in Marocco, dove risulta come lingua ufficiale sia l'arabo classico sia il berbero, riconosciuta, però, come lingua ufficiale dalla Costituzione marocchina solamente nel 2011. A dire il vero esistono altri dialetti come l'arabo hassaniyya, cioè una varietà di arabo maghrebino parlato nelle aree che si estendono verso il sud est del Marocco.

Di norma, nella realtà marocchina i magistrati - il *qadi* - sono tenuti ad utilizzare ed emettere i provvedimenti giudiziari e le sentenze in arabo classico, mentre nelle udienze è utilizzato l'arabo colloquiale- *darija*- lingua madre e naturale degli arabi francofoni in Marocco¹³⁹. Ne consegue che i cittadini che parlano solo i dialetti berberi, ovvero il *tamazight*, il *tashelhit* e il *tarifit*, si trovano in una posizione di svantaggio.

¹³⁹ K. ZIAMARI, J.J. DE RUITER, *Les langues au Maroc : réalités, changements et évolutions linguistiques*, in B. DUPRET, Z. RHANI, A. BOUTALEB, J. FERRIE, *Le Maroc au présent : D'une époque à l'autre, une société en mutation*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015. doi:10.4000/books.cjb.1068

Ciò accade anche quando vengono assistiti da un interprete - perché non necessariamente qualificato - mettendo, così, in discussione il diritto a un equo processo.

Il compito del giurista-traduttore pertanto diventa arduo, poiché la mancata delimitazione puntuale del significato dei principi e dei divieti operanti nella vita sociale, economica, finanziaria e commerciale potrebbe portare a potenziali asimmetrie e squilibri contrattuali.

Tale esigenza ha portato allo sviluppo della scienza di traduttologia giuridica come ramo indipendente della comparazione giuridica a partire dalle pionieristiche indagini del Prof. Rodolfo Sacco e, attualmente, la letteratura in materia, prevalentemente in lingua inglese, è piuttosto corposa essendo alimentata non solo da giuristi comparatisti, ma anche da linguisti impegnati in prima linea nelle attività di traduzione.

Si tratta di uno sviluppo indipendente e naturale che si spiega considerando il forte tecnicismo del linguaggio giuridico, talora classificato come linguaggio tecnico-scientifico o tecnico-specialistico¹⁴⁰ e quindi differente dal linguaggio ordinario. Proprio tale caratteristica è considerata un ostacolo all'ideale della immediata comprensibilità delle norme positive¹⁴¹ da parte dei cittadini ed alimenta uno slittamento verso linguaggi descrittivi che però accresce i problemi di interpretazione delle leggi.

Un problema che possiamo rinvenire in caso di trasposizione di lessici da lingue occidentali alla lingua araba e viceversa, cui è stata ed è tuttora dedicata meno attenzione. Difatti, la lingua araba comprende sia l'arabo classico, lingua del diritto islamico e del Corano, e sia l'arabo moderno, la lingua attualmente usata per la comunicazione formale scritta e orale¹⁴². Giova precisare sin da subito che l'arabo

¹⁴⁰ V. JACOMETTI, B. POZZO, *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, Milano, 2018, pp. 60-88; A. BELVEDERE, *linguaggio giuridico*, in *Dig. disci. priv., sez. civ.*, Utet, Torino, 1994, p. 22; G. L. BECCARIA, *Italiano*, Antico e Nuovo, Garzanti Editore, Milano, 1988, p. 172 ss.; *Id.*, *linguaggi settoriali e lingua comune*, in AA.VV., *I linguaggi settoriali in Italia*, Milano, 1973, p. 29 ss.

¹⁴¹ V. JACOMETTI, *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Dig. disci. priv., sez. civ.* (Aggiornamento diretto da R. SACCO), Torino, Utet, 2013.

¹⁴² R. ALUFFI BECK PECCOZ, *La lingua dei diritti arabi*, in *Lingua e diritto: oltre l'Europa* (a cura di B. POZZO), Giuffrè, Milano, 2014, pp. 57-68.

classico è la lingua del *fiqh*, lo studio delle questioni che trovano riscontro principalmente nel Verbo – il Corano – e la Sunna.

In questo contesto non rileva solamente la corrispondenza tra parola e concetto, ma sono da tenere a mente anche gli eventi storico-linguistici e le richieste avanzate a personaggi autorevoli della giurisprudenza islamica per chiarire i significati complessi di concetti contenuti nelle sacre scritture. Tale esercizio, come noto, trova attuazione mediante l'emissione di *fatawe*.

Nei paesi di matrice islamica convivono il diritto positivo e il diritto islamico ed in questo caso si pone il problema, per il giurista occidentale, di considerare l'interpretazione del legislatore o l'interpretazione del *mujtahid* nel diritto islamico¹⁴³. Davanti alla traduzione dei termini appartenenti ad altri sistemi, il comparatista potrà seguire diverse strade. A volte la traduzione è garantita poiché sussiste una corrispondenza concettuale tra la lingua di partenza e la lingua d'arrivo, altre volte la soluzione puntuale e concettualmente più rigorosa è mantenere i concetti d'origine con i segni linguistici originari, senza cioè tradurli, come la parola *sharia*. In altri casi ancora bisognerà accertare le differenze di significato sussistenti e valutare il suo impatto sulla precisazione del discorso. Il comparatista dovrà quindi valutare l'introduzione nella sua lingua di nuovi concetti per rendere comprensibili i termini presenti nella lingua di partenza¹⁴⁴ e, infine, dovrà tenere in considerazione che l'arabo giuridico è a sua volta una lingua multiforme. Per esempio, se il testo giuridico è un contratto, in cui ogni singola parola deve essere pesata, è saggio tradurlo in quella specifica varietà di arabo giuridico in uso nel paese di esecuzione del contratto, o la cui legge è scelta per regolare il contratto considerando per esempio che l'arabo giuridico saudita non è l'arabo giuridico tunisino – Marocchino, tenendo in mente la storia del pensiero geopolitico di ciascun territorio¹⁴⁵.

¹⁴³ Cfr., R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Mugtahid*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1994, pp. 488-490.

¹⁴⁴ A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 10

¹⁴⁵ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Unity and varieties of Arabic as a legal language: practices of interpretation and translation*, *Handbook of Communication in the Legal Sphere* (a cura di J. VISCONTI), De Gruyter Mouton, Boston/Berlin, 2018, p. 433.

Pertanto, gli strumenti sviluppati dagli studiosi comparatisti, che considerano l'aspetto culturale e giuridico due ambiti fortemente differenti¹⁴⁶, possono essere utili al traduttore del linguaggio giuridico arabo, lingua di partenza, al linguaggio d'arrivo.

Dal momento in cui i paesi di lingua araba hanno assunto un'importanza crescente nell'economia globale, non ci si può esimere da una presa di coscienza delle specifiche problematiche che si pongono alla traduzione giuridica da e verso la lingua araba. Problemi che riguardano anzitutto i testi contrattuali posto che rispetto ai testi dottrinali, giudiziari e legislativi i problemi di traduzione in larga misura coincidono con quelli della comparazione giuridica e culturale di cui si occupa da tempo l'islamistica, anch'essa un ramo della comparatistica.

In definitiva, la trasposizione corretta dei parametri shariatici in altre lingue occupa un posto rilevante negli studi odierni poiché la sua errata o poco puntuale spiegazione può comportare effetti negativi su diversi campi. Sia sufficiente pensare all'economia islamica e le relative operazioni (sovente di rilevante importo monetario) dove l'interpretazione errata o non precisa di un testo contrattuale o comunque di un testo giuridico può portare alla illiceità di operazioni che diversamente non lo sarebbero.

Tutto ciò spiega infatti l'intento degli organismi transnazionali di istituire un *corpus* normativo uniforme e univoco a cui fare riferimento per tutte le transazioni e i rapporti commerciali *sharia compliant*. Un testo armonico che garantisca certezza del diritto sia per il consumatore finale sia per l'operatore finanziario¹⁴⁷.

9. Conclusione.

In conclusione, a quanto spiegato *supra*, oltre ai divieti più importanti, *Riba*, *Gharar* e *Maysir*, la *Sharia* islamica ha enunciato una serie di principi per regolare l'esercizio delle attività economiche in generale e delle transazioni finanziarie e commerciali in particolare.

¹⁴⁶ Cfr. R. SACCO, *Poveri strumenti per un affascinante disegno*, in M. PAPA, G.M. PICCINELLI, D. SCOLART (a cura di), *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, II, ESI, Napoli, 2011, pp. 1046-1056.

¹⁴⁷ Si veda Paragrafo n. 11.2, capitolo II.

Pertanto, le parti di una transazione sono liberi di stipulare un contratto a patto che l'oggetto della medesima non sia esplicitamente proibito dalle fonti religiose e che siano rispettati i principi fondamentali del diritto islamico.

La *sharia* contempla gli assiomi contenuti nel Corano e nella *Sunna* che fanno riferimento a una serie di norme e principi che regolano i diritti e i doveri delle parti in fase di stipula di un contratto. Principi quali la forza vincolante del contratto, che troviamo altresì in tutti sistemi giuridici, il dogma della libertà contrattuale poiché le parti di un contratto sono liberi di stipulare tutti gli accordi che vogliono a meno che non risulta un divieto esplicito nel Corano e la sunna, il principio della giustizia contrattuale avente come scopo la salvaguardia della parte debole di un accordo, il principio di equità che si trova nell'evitare ad esempio l'asimmetria informativa per garantire un equilibrio sinallagmatico o il divieto dell'ingiustificato arricchimento, il principio di trasparenza e d'onestà delle parti evitando di sfruttare le difficoltà di una delle parti dell'accordo, il divieto della falsa rappresentazione e l'inesattezza dei fatti che potrebbero generare l'ingiustizia o lo sfruttamento ingiustificato che si verifica nella fase della formazione del contratto e l'incentivo del lavoro come unica fonte di guadagno costituiscono in definitiva l'architettura base di un contratto *Sharia compliant* che è fortemente limitato dei postulati etico-religiosi.

Considerando tali principi e le esigenze della società in costante mutamento la dottrina islamica mediante *hiyal* o espedienti giuridici, la *maslaha* o l'interesse generale, e *l'istihsan* o la preferenza giudica, ha cercato d'attenuare la rigidità delle regole sharaitiche e di legittimare pratiche altrimenti proibite dal diritto islamico come ad esempio il contratto assicurativo convenzionale che contiene la presenza del *gharar*, incertezza, in tale situazione si è legittimato un contratto in alternativa che si regge sul principio di mutualità e solidarietà, *Takaful*, che verrà ampiamente analizzato nel capitolo successivo.

“[...] Aiutatevi l’un l’altro a praticare la pietà e il timore di Dio, e non appoggiatevi gli uni agli altri per commettere iniquità e prevaricazioni” (Cor. 5, 2).

CAPITOLO II

LA SHARIA E L’ATTIVITA ASSICURATIVA

Sommario: 1. Cenni introduttivi. – 2. L’origine del *Takaful*. – 3. La Sharia e l’assicurazione convenzionale. – 3.1. I giurisperiti islamici e l’attività assicurativa tradizionale. – 3.1.1. Dottrina a favore dell’assicurazione convenzionale. – 3.1.2. Dottrina a sfavore dell’assicurazione convenzionale. – 3.2. La fatwa dell’Islamic Fiqh Academy: Decisione n. 9/1985. – 4. Lo Standard AAOIFI n. 26/2006: il *Takaful*– 5. La mutualità come alternativa conforme alla sharia. – 6. Analogia tra il contratto assicurativo e altri contratti islamici. – 7. I rami del *Takaful*. – 7.1. General *Takaful*. – 7.2. Family *Takaful*. – 8. I modelli organizzativi *business* e le implicazioni normative. – 8.1. Il *Wakala* model. – 8.2. Il *Mudaraba* model. – 8.3. Il Modello Misto o ibrido. – 8.4. Il *Wakf* model – 8.5. L’impatto dei *fee* di performance nell’industria *takaful*. – 8.6. L’operatore *takaful*. – 9. Gli investimenti nel *takaful*. – 10. Lo *Sharia board* e il *takaful*. – 10.1. Il ruolo dello *Sharia-Board* nel *takaful* – 11. Organismi transnazionali di *governance*: AAOIFI e IFSB – 11.1. Verso l’istituzione di un *corpus* normativo univoco di principi etico-religiosi. – 12. Conclusione.

1. Cenni introduttivi.

Il diritto islamico così come fino a qui illustrato, fornisce pertanto la cornice o quadro ordinamentale entro il quale imprese e contraenti dovrebbero agire in modo da giungere alla stipulazione di contratti assicurativi conformi alla Sharia. Esso non si limita a vietare il *riba* o a classificare gli atti secondo la bipartizione *halal/haram*, ma contiene altresì la distinzione tra lecito e illecito, obbligatorio-*fard*, raccomandabile/consigliato - *mustahabb*, sconsigliato - *makruh*, libero - *mubah*¹⁴⁸.

¹⁴⁸ F. CASTRO, *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 10.

L'importanza di considerare il diritto islamico nel suo complesso non si rinviene solo nella definizione dei principi dinanzi indicati, ma la si apprezza avuto riguardo ad alcuni meccanismi e regole fondamentali della contrattualistica islamica. Ad esempio, il significato di libertà contrattuale contenuto nel *corpus* giuridico islamico diverge dal significato elaborato dal diritto occidentale. Com'è noto, il lemma "islam" significa sottomissione alla volontà divina, pertanto il musulmano, nel sottoscrivere un accordo, deve rispettare i postulati contenuti nella Sharia.

Ciò premesso, il contratto stipulato nel rispetto delle regole shariatiche deve tenere in considerazione due aspetti fondamentali: la libertà contrattuale e i divieti imposti dal diritto islamico, tra cui compare *in primis* il *riba*, cioè il divieto di applicare e riscuotere interessi sui prestiti. Sebbene la parola data ovverossia l'impegno assunto occupi una posizione centrale nella fede islamica – si ricorda tuttavia che l'autonomia contrattuale è condizionata ai principi contenuti nella sharia - sono vietate duque tutte le operazioni che generino un qualunque interesse, nonostante il mutuo consenso delle parti.

La dottrina islamica, per poter mitigare l'impatto dei divieti prescritti dalla legge shariatica ed operare nel mercato economico-finanziario, ha fatto ricorso agli *hiyal* o *makharij* (*uscita*)¹⁴⁹ o a strumenti giuridici che hanno assunto la portata di finzioni legali per trovare soluzioni alternative¹⁵⁰. *Hiyal* (sg. *hila*) sono degli strumenti, che potrebbero essere definiti come "dispositivi legali" utilizzati per raggiungere un certo obiettivo, in ambito legale e non solo. Sebbene sia opinione comune che gli *hiyal* non siano semplicemente mezzi per "eludere la legge shariatica", la loro esatta natura e il loro posto all'interno della giurisprudenza islamica rimangono tuttora una questione aperta. Ad oggi, infatti sono stati dedicati ancora pochi studi all'argomento e questi si

¹⁴⁹ J. SCHACHT, *An Introduction to islamic law*, cit., p. 78: "The customary commercial law was brought into agreement with the theory of the shari'a by the *hiyal* (sing. *hila*) or 'legal devices', which were often legal fictions. The *hiyal*, which are not confined to commercial law but cover other subject matters as well, can be described, in short, as the use of legal means for extra-legal ends, ends that could not, whether they themselves were legal or illégal, be achieved directly with the means provided by the shari'a".

¹⁵⁰ G. M. PICCINELLI, *Introduzione: i principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, cit., p. 9.

sono concentrati quasi esclusivamente sugli Hanafiti, che hanno sviluppato gli *hiyal* in un ramo speciale della legge, chiamato *makharij*, cioè "uscite"¹⁵¹.

Tali precetti nel loro insieme hanno trovato applicazione anche nel comparto assicurativo considerata la sua rilevanza e il forte impatto nella società in tutti i tempi e luoghi. La mutualizzazione del rischio infatti è meccanismo fondamentale quale mitigazione e gestione dello stesso ed essa costituisce la base dell'operazione assicurativa la quale vede attraverso il versamento anticipato di un premio consente al singolo assicurato di partecipare alla formazione delle risorse necessarie al versamento di un indennizzo alla vittima di un sinistro o all'accantonamento di somme necessarie a soggetti da proteggere.

Il fine sociale dell'assicurazione la rende dunque ammissibile in ottica shariatica, poiché si inserisce nella cornice della benevolenza, della carità e della pietà, elementi caratterizzanti della tradizione islamica. Infatti, l'aiuto reciproco e la cooperazione rientrano tra i principi essenziali dell'islam, unitamente a quelli della solidarietà economica e spirituale, la fraternità e l'altruismo. Per adempiere al principio della solidarietà nella comunità islamica, la fede prescrive diversi obblighi per i fedeli, come ad esempio il versamento dello *Zakat* - terzo pilastro dell'Islam - una somma che viene corrisposta alle persone bisognose o alle fondazioni pie, oppure l'istituto dell'*Aqila*, che prevede che i membri della stessa famiglia o tribù si impegnino a sostenere finanziariamente un'altra famiglia a fronte di una perdita subita.

L'assicurazione si presenta dunque aderente a tali principi sia sul piano teorico che su quello tecnico, essendo la solidarietà il proprio valore cardine e agendo come fattore mitigante per tutti coloro che subiscono un danno indennizzabile e non sopportabile da un singolo soggetto. Infatti, la compartecipazione di più persone all'interno di uno stesso gruppo permette la compensazione del rischio – in caso di un eventuale danno

¹⁵¹ Si veda M.M. BILLAH, *The Prohibition of Ribā and the Use of Ḥiyāl by Islamic Banks to Overcome the Prohibition*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 28, 4, 2014, pp. 392-408; S. HORII, *Reconsideration of Legal Devices (Ḥiyal) in Islamic Jurisprudence: The Ḥanafīs and Their "Exits" (Makhārij)*, in *Islamic Law and Society*, vol. 9, 3, 2002, pp. 312-357. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3399460; R. BRUNSCHVIG, *De la fiction légale dans l'Islam médiéval*, in *Studia Islamica*, 32, 1970, pp. 41-51. Available at <https://www.jstor.org/stable/1595207>.

– attraverso la sopportazione dello stesso in capo a tutti i partecipanti. Qualora non si verificasse alcun danno il contributo versato verrà redistribuito tra gli associati. Infine, i criteri di calcolo dove viene seguita la teoria dei grandi numeri porta ad un risultato vicino alla realtà.

Considerando i vantaggi per gli individui e l'effetto sulla società, tali elementi risultano dunque conformi alla Sharia, tanto è vero che, da un punto di vista teorico, i giuristi islamici concordano nel ritenere l'attività assicurativa in linea con i principi etico-religiosi; tuttavia, sul piano pratico, si riscontrano alcune difficoltà che riguardano principalmente la struttura dei contratti assicurativi offerti sul mercato occidentale poiché non contengono tali divieti e principi anche quando questi vengano proposti ad utenti di fede islamica.

2. L'origine del *Takaful*.

I contratti di assicurazione, frutto dell'era moderna, non esistevano all'epoca del Profeta, dei primi califfi o ai tempi della nascita delle scuole giuridiche islamiche. Tuttavia, si è a conoscenza di alcune pratiche diffuse in passato che rimandano ai principi dell'aiuto reciproco e della solidarietà. Ne sono un esempio la *Aqilah* e il *Diyah*, conosciuti anche come «denaro di sangue», che sono pratiche attraverso cui i membri di una tribù o famiglia prestavano aiuto finanziario a coloro che nella comunità si fossero trovati ad affrontare incombenze inattese¹⁵².

Tali consuetudini sono tra le maggiormente citate, tuttavia la letteratura delle fonti dà riscontro di una narrazione del Profeta che cita come esempio di solidarietà e aiuto reciproco nel momento del bisogno la tribù *al-Ashearyyn*¹⁵³ appartenente alla tribù di *qahtan*.

¹⁵² S. O. ALHABSHI, Sh. H. Sh. ABDUL RAZAK, *Takaful: concept, history, development, and future challenges of its industry*, in *Islam and Civilisational Renewal: The Global Financial Crisis*, vol. 1, no. 2, 2009, p. 278.

¹⁵³ La tribù era stabilita nel regno di Himyar (in arabo: حمير, Ḥimyar) è il nome che gli Arabi musulmani dettero al regno neo-sabeo sud-yemenita (tra il 110 a.C. e il 520) per maggior approfondimento si veda R. G. HOYLAND, *Arabia and the Arabs: From the Bronze Age to the Coming of Islam*, Routledge, London, 2001; J. CHELHOD, *Arabie du Sud : histoire et civilisation : le peuple yéménite et ses racines*, 2 vol., 1, Maisonneuve & Larose, Paris 1995.

Abi Musaa, compagno del Profeta, riferisce, infatti, che Maometto aveva riportato quanto avveniva in seno alla comunità *Al Asheuri* sostenendo che quando si verificava una disgrazia, specialmente in tempo di guerra, e il numero delle donne rimaste vedove aumentava e alla stessa stregua diminuiva il cibo per i loro bambini, i membri raccoglievano tutto quello che avevano in un unico lenzuolo per poi suddividerne il contenuto con equità, poiché “*loro appartengono a me e io appartengo a loro*”:

عن أبي موسى رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: "إن الأشعريين إذا أزمأوا في الغزو، أو قلَّ طعام عيالهم بالمدينة جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم".

Infine, nel passato è possibile riscontrare ulteriori esempi di solidarietà e aiuto tra i membri di una società, come ad esempio tra i *Muhajirin* (emigrati) i primi devoti musulmani e gli *Ansar* (sostenitori) dopo la *hijra*¹⁵⁴ dalla Mecca a Yathrib (oggi Medina).

I cittadini della Mecca, nell’abbandonare la propria terra, avevano dovuto separarsi dai propri affetti e dalla maggior parte delle proprie ricchezze derivanti dal solo commercio poiché non praticavano l’agricoltura. In questo contesto i cittadini di Yathrib avevano proposto al Profeta di dividere i loro beni con i *Muhajirin* per solidarietà e fratellanza.

عن أبي هريرة قال: قالت الأنصار للنبي صلى الله عليه وسلم: اقسم بيننا وبين إخواننا النخيل. قال: "لا". قالوا: تكفوننا المئونة، ونشرككم في الثمرة؟ قالوا: سمعنا وأطعنا¹⁵⁵.

La mutualità e la solidarietà sono idee fondanti della società islamica che si riscontrano in ogni aspetto della comunità: il momento della preghiera collettiva, esempio di parità tra i membri in cui l’unico elemento distintivo è la fede; il digiuno nel mese di ramadan in cui si manifesta l’intento di vicinanza spirituale alle persone prive di possibilità economiche, e la *Zakat*, in cui i ricchi aiutano i poveri.

¹⁵⁴ Immigrazione del Profeta e dei suoi sostenitori nel 622 d.c. dalla Mecca alla Medina (prima Yathrib) a seguito delle ostilità e angherie subiti dei suoi concittadini.

البخاري: كتاب المزارعة، باب إذا قال: اكفني مئونة النخل أو غيره ونشركني في الثمر 2200¹⁵⁵.

3. La *sharia* e l'assicurazione convenzionale.

Accanto all'esperienza assicurativa convenzionale conosciuta nella tradizione occidentale sussiste altresì il *takaful* ossia una struttura assicurativa rispettosa dei principi etico-religiosi della legge islamica che opera principalmente nei paesi a maggioranza islamica come la Malesia, Pakistan, Paesi del Golfo, etc.

Il modello occidentale è stato rifiutato dai giuristi islamici all'unanimità sollevando tre obiezioni principali, la prima l'assenza di certezza circa l'esito del contratto il che potrebbe esporre una delle due parti contraenti all'ingiustizia; la seconda una parte ottiene qualcosa in più di quanto ha pagato in base al caso, il che è simile al gioco d'azzardo; e infine la terza la maggior parte degli investimenti sono collocati in strumenti basati su interessi.

La presenza di tali obiezioni ha sottolineato la necessità di individuare modelli conformi alla *sharia* poiché l'assicurazione è una necessità che va a beneficio della comunità.

Fino al 2018 alcuni Paesi del Maghreb, tra cui il Marocco, erano vincolati all'assicurazione convenzionale dal momento che non esistevano altre alternative mutualistiche conformi ai dettami della *Sharia*. Questa situazione è mutata nel tempo ed oggi si ha evidenza di richieste di autorizzazione per poter accedere al *Takaful*. Quest'ultimo è un istituto assicurativo rispettoso dei principi della *Sharia* e si regge sulla cooperazione mutualistica, la responsabilità, la protezione e l'assistenza reciproca tra persone o affiliati ed ha l'obiettivo di rispettare proprio quei divieti sharaitici che impediscono il ricorso all'assicurazione convenzionale¹⁵⁶. Il carattere religioso del *Takaful* risiede nella qualifica giuridica del premio, trattandosi questo di un contributo volontario versato dagli assicurati o contribuenti a titolo di donazione, *Tabarru* con l'intento di aiutare i membri della comunità nonché nell'*audit* da parte di un consiglio di conformità sharaitica sul rispetto dei principi etico-religiosi e lo

¹⁵⁶ Ch. SAINT-PROT, Th. RAMBAUD, *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, in *Études Géopolitiques*, 11, Éditions Karthala, 2012, Paris, p. 67.

svolgimento dell'attività. Nei paragrafi che seguiranno si approfondirà l'istituto del *Takaful* in maggior dettaglio.

3.1. I giurisperiti islamici e l'attività assicurativa tradizionale.

I *Fuqaha* e i cittadini di fede islamica hanno condannato l'assicurazione convenzionale sulla base dei tre divieti spiegati nei paragrafi precedenti. Il primo concerne l'incertezza riferita al verificarsi di un evento futuro impreveduto che provocherebbe un danno '*khatar*', come l'evento morte ad esempio, richiamando così il concetto di scommessa; il secondo riguarda il versamento di un premio a fronte di una promessa di un pagamento subordinato al verificarsi di un evento futuro infausto incerto; e infine, il versamento all'assicurato di un indennizzo iniquo rispetto al totale dei premi versati, sia esso un importo inferiore o una somma maggiore¹⁵⁷. Premessi questi principi è possibile analizzare in qual modo ed entro quali limiti alcuni giuristi islamici abbiano ammesso o rifiutato l'assicurazione tradizionale.

3.1.1. Dottrina a favore dell'assicurazione convenzionale.

A dispetto dei divieti sopra citati e delle motivazioni addotte, i giurisperiti islamici non presentano un'opinione unanime circa la legittimità o meno dell'assicurazione tradizionale in seno alla comunità islamica. Alcuni hanno, infatti, asserito che in presenza di determinate condizioni, l'assicurazione convenzionale potrebbe essere giudicata lecita poiché necessaria (*daruriyah*); altri, basandosi sulla consuetudine (*urf*) come fonte di diritto islamico, l'hanno equiparata al contratto di *Moudaraba*¹⁵⁸, in cui l'assicurato versa un capitale all'assicuratore sottoforma di premio affinché quest'ultimo lo investa. Il profitto per l'assicurato sarà l'indennizzo assicurativo mentre il vantaggio dell'assicuratore sarà rappresentato dai premi investiti. Pertanto, visto che ciò è lecito allora lo sarebbe anche l'assicurazione. Tuttavia, questa soluzione

¹⁵⁷ Il divieto è avvenuto nel 1965 (1385 H) nella seduta n. 2 del consiglio dei Oulema tenutasi al Cairo, nella seduta n. 7 tenutasi al Cairo nel 1972 e nel seminario tenutosi nell'accademia delle ricerche islamiche dell'Università dell'Al-Azhar e in quella dell'accademia del fiqh della Lega islamica avvenuta alla Mecca nel 1978.

¹⁵⁸ Il contratto di *Moudaraba* è una pratica preislamica di partenariato che fa parte della macrocategoria della condivisione dei profitti e delle perdite dove il proprietario del capitale (*rab el-mal*) si associa con altro soggetto che contribuisce con la sua forza lavoro (*moudharib*). Alla conclusione dell'operazione vengono condivisi gli utili. Tale pratica è stata adoperata dalle banche islamiche cosicché possono assicurare il ruolo da intermediari prestando il danaro ai loro clienti senza l'implicazione del *riba*.

è stata rigettata dall'Islamic Fiqh Academy (*Madjma`al-Fiqh al-Islamy-l-Douwali*) poiché nel contratto *Moudaraba* il titolare del capitale (*Rab al-Maal*) mantiene la proprietà del capitale trasferito all'operatore (*al-Mudarib*), il quale dovrà gestirlo, invece nell'assicurazione l'assicurato smette di essere proprietario del premio dal momento in cui viene trasferito all'assicuratore¹⁵⁹.

Il Prof. Mustafa Al-Zarqa si è espresso a favore dell'assicurazione convenzionale in due saggi, uno del 1961 e l'altro risalente al 1976, nei quali riferisce che in presenza di determinate condizioni sui veicoli d'investimento delle compagnie assicurative che non generino un interesse, *riba*, tutte le forme adottate da esse possono essere considerate lecite. Difatti, il giurista ha sempre sostenuto che né nella sharia né in altra legge religiosa si trovino elementi di divieto o interdizione di qualunque forma di assicurazione convenzionale. Al contrario, il professore dà prova del fatto che la Sharia miri a legittimarla in quanto strumento finalizzato a limitare il rischio e le perdite¹⁶⁰.

Anche Il Mufti d'Egitto Dr. Ali Jum'a si è detto favorevole al ricorso all'assicurazione tradizionale - dal momento che questa costituisce sul piano teorico un aiuto per chi ne ha bisogno - a condizione che vengano introdotte alcune modifiche residuali al contratto per evitare che si generi *gharar*. Infatti, in una fatwa del 2004 aveva affermato che la *Sharia* non si oppone in alcun modo all'assicurazione mutuale, sociale e commerciale, e che si può solo sperare che da una parte la copertura assicurativa venga estesa alle persone ad oggi non ancora coperte, rendendo i premi mensili e annuali abordabili e dell'altra, che questa diventi obbligatoria affinché ciascuno si abitui a risparmiare e ad elargire dei contributi volontari che contribuiscano al proprio benessere e a quello del loro Stato. Difatti, le società e le nazioni più evolute sono quelle che cercano di realizzare e predisporre programmi volti a insegnare ai loro cittadini l'utilità del risparmio e lo sforzo che migliorerà le loro vite¹⁶¹.

¹⁵⁹ M. EL-GAMAL, *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques* (tr. fr. J. Haverals), 1 ed., De Boeck, Bruxelles, 2010, p. 189

¹⁶⁰ *Ivi.*, p. 187.

¹⁶¹ *Ivi.*, p. 189.

Infine, anche il Prof. Abd el-Razzak el-Sanhuri¹⁶² ritiene che l'assicurazione risponda all'esigenza di reciproco aiuto fondamentale nella tradizione islamica, fornendo un sostegno alla comunità in caso di bisogno. Essa rappresenterebbe unicamente un'organizzazione tra persone con il solo fine di proteggere i membri dai rischi, facendo sì che questi possano sostenersi reciprocamente nell'ipotesi in cui si verificasse un danno.

3.1.2. Dottrina a sfavore dell'assicurazione convenzionale.

La prima fatwa contraria è apparsa nell'anno 740 dell'*hijri*- 1340 d.c. in cui lo studioso yemenita Ibn Yahia El Mourtada¹⁶³ asserisce che “*assicurare cose che possono essere rubate o annegate non è permesso dalla shari'ah*”¹⁶⁴. Lo studioso allude ai contratti assicurativi marittimi, ai contratti assicurativi che proteggevano dal rischio d'incendio, contratti aleatori, poiché lo Yemen in quel periodo aveva un importante traffico commerciale marittimo con l'occidente.

Dello stesso avviso è il giurista hanafita del sec. XIX Ibn Abidin¹⁶⁵ che considera i contratti assicurativi contro i rischi marittimi non conformi alla legge islamica e non equiparabili al deposito, al prestatore d'opera, al responsabile di danni verificati per aver ingannato qualcuno circa la sicurezza di poter fare una determinata cosa. Tuttavia, egli ritiene altresì che qualora il contratto sia stipulato in un paese non musulmano tra due *harbi*¹⁶⁶, di cui uno è socio del musulmano, questo non debba essere necessariamente conforme alla *Shari'ah*¹⁶⁷ e il commerciante musulmano potrebbe

¹⁶² Abd El-Razzak El-Sanhuri (1895-1971), Prof. Egiziano, studioso di legge e ha redatto il Codice civile egiziano. Ha contribuito alla stesura del Codice civile iracheno con l'aiuto di molti giuristi iracheni guidati da lui.

¹⁶³ Aḥmad ibn Yahyā Ibn al-Murtaḍā, nato nello Yemen (1362-1437) era uno studioso Mu'tazila e un imam dello stato di Zaidī nello Yemen che per breve tempo detenne l'imamato (1391-1392).

¹⁶⁴ A. I.-Y. EL MOURTADA, *Al-Baḥr Al-zahhār: Al-jāmi' li-madhāhab 'ulamā' al-amṣār*; vol. 6, 1 ed., Dar Al-Hikma Al-Yamania, Yemen, 1947 (2°ed. 1986), p. 75.

¹⁶⁵ Muhammad Amin Abidin ibn Umar Abidin ibn Abdul Aziz Abidin, conosciuto con il nome d'Ibn Abidin, giurista hanafita del Medio Oriente, nato a Damasco (1784-1836), ha scritto diversi libri importanti di cui *Radd al-muhtar ala ad-Durr al-mukhtar* dove è stata trattata la questione dell'assicurazione nel libro della guerra santa.

¹⁶⁶ Il *harbi*, il soggetto di fede non musulmano e che decide di rimanere in territorio musulmano dopo la scadenza del salvocondotto (che, massimo, può durare un anno), diventa *dhimmi* ossia suddito non musulmano dello Stato islamico.

¹⁶⁷ C. A. NALLINO, *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, Oriente Moderno, Anno 7, 9, 1927, pp. 446-461. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/25807861.

incassare l'indennizzo da parte del non musulmano (suo socio), previo apposito accordo.

Il commerciante musulmano potrebbe infatti avere un socio non musulmano che stipula un contratto assicurativo nel proprio paese non musulmano; quest'ultimo percepirebbe l'indennizzo per le perdite e successivamente le invierebbe al socio di fede islamica. Ne consegue che nulla potrebbe di fatto impedire al commerciante musulmano di percepire l'indennizzo, poiché il contratto "viziato" è stato concluso tra due soggetti non musulmani in un paese non musulmano¹⁶⁸. Lo studioso citato a conferma della propria intuizione è partito dall'analisi della dottrina dell'*ikhtilaf ad-darayn*, "il divario dei due territori", vale a dire il divario tra dar al-islam, "territorio dell'islamismo", e dar al-harb, "territorio di guerra"¹⁶⁹.

Dello stesso parere è Muḥammad ibn al-Ḥasan al-Shaybānī, uno dei più importanti giuristi all'interno del panorama musulmano, il quale si è detto discorde con i discepoli della scuola Malikita, Shafi'ita e Hanbalita, che considerano conformi alla Sharia tutti gli atti compiuti dai musulmani ovunque si trovino, fatta eccezione per quelli di culto, sostenendo che quando sono state definite le azioni lecite e quelle illecite non si è fatta distinzione tra i due territori¹⁷⁰.

La scuola hanafita, di contro, ha espresso in merito al suddetto quesito un parere sfavorevole, ritenendo doverosa una distinzione tra i due territori relativamente al campo degli affari¹⁷¹. In merito alla liceità religiosa del contratto assicurativo, nel 1906 è stato interpellato anche un altro studioso egiziano della scuola hanafita, il quale non si è espresso unicamente sul contratto assicurativo marittimo, ma ha emesso un responso anche sulla fattispecie dell'assicurazione sulla vita o sui beni. Muhammad

¹⁶⁸ *Ivi.*, p. 456 ; A. M. QURRADAGHI, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, Bayane Editions, La Courneuve, 2011, p. 102.

¹⁶⁹ C. A. NALLINO, *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, *cit.*, pp. 446-461; A.M. QURRADAGHI, *L'assurance islamique: étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, *cit.*, p. 102.

¹⁷⁰ A.M. QURRADAGHI, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, *cit.*, p. 102.

¹⁷¹ C. A. NALLINO, *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, *cit.*, p. 458.

Ibn Bakhit Ibn Husayn al-Muti'i, mufti¹⁷² del governo egiziano, nel rispondere alle domande di alcuni *ulama*¹⁷³ di Salonicco (città portuale della Grecia situata sul Golfo Termaico del Mar Egeo) circa la liceità dei contratti assicurativi ha premesso che: *“il musulmano pone i propri beni sotto la responsabilità (damanah) d’una Compagnia (qumbaniyyah) chiamata “Compagnia di Assicurazione” (qumbaniyyat as-sukurtah), i cui componenti sono musulmani o dhimmi o musta’min, ed in corrispettivo di ciò paga loro una somma determinata di danaro; in caso che i beni posti sotto la loro responsabilità periscano, questi ne risponderebbero a lui con una somma di danaro prestabilita”*¹⁷⁴.

I quesiti sovente vertono sulla liceità della garanzia offerta dalla compagnia assicurativa contro il danneggiamento di beni in caso di incendio o per altra causa e, di conseguenza, se sia consentito percepire l’indennizzo contro i danni verificatisi e se sia sufficiente che la stipula del contratto e l’eventuale riscossione dell’indennizzo si realizzino al di fuori del territorio musulmano oppure sia sufficiente la conclusione del contratto.

Lo Shaykh Muhammad Bakhit, ad esempio, prima di rispondere a tali interrogativi ha chiarito che garantire beni contro un eventuale perimento, secondo la legge islamica, è concesso soltanto nei casi di Malleveria (*Kafalah*) o usurpazione e furto d’uso (*Ta’addi*) o di danneggiamento e che, pertanto, il contratto assicurativo non rientra all’interno di queste categorie.

“Il contratto d’assicurazione sulla vita o sui beni è lecito soltanto quando le due parti contraenti (o il rappresentante del Musulmano che si assicura) sia stato stipulato in territorio non musulmano, e sempre in territorio non musulmano venga riscossa l’eventuale indennità. Non importa che poi il Musulmano torni in un paese islamico con il danaro riscosso oppure lo invii ad un suo socio od agente in terra musulmana.

¹⁷² *Mufti* una carica autorevole che si occupa di dare chiarimento sulle questioni che riguardano il diritto islamica.

¹⁷³ Gli *Ulama* sono i dotti della scienza religiosa.

¹⁷⁴ C. A. NALLINO, *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, cit., p. 457.

*In modo analogo, si consente che un musulmano in territorio non musulmano, dia denaro a prestito agl'infedeli con interesse*¹⁷⁵.

Dalla risposta dallo studioso, analoga a quella di Ibn Abidin illustrata in precedenza, si evince che la scuola hanafita giudica valido il contratto assicurativo secondo la legge islamica sulla base del luogo in cui viene stipulato e dei soggetti contraenti.

Alcuni studiosi attribuiscono al Sheikh Mohammed Abdou l'autorizzazione di stipulare un contratto assicurativo equiparandolo al contratto di *Moudarabah*¹⁷⁶.

Il direttore della società americana *Mutual Life* nel chiedere chiarimenti sulla legittimità shariatica del contratto assicurativo osserva che se un uomo versa regolarmente una somma di danaro da utilizzarsi per fini commerciali, alla fine del periodo prestabilito il capitale versato dovrà essere riscosso insieme agli utili. Inoltre, aggiunge che se questi venisse a mancare prima della fine del periodo sottoscritto, il capitale dovrebbe essere riscosso dai suoi eredi.

In aggiunta a ciò, nel 1903 lo studioso sopra citato chiarisce che se il contratto è strutturato come illustrato sopra, non interferisce in alcun modo con i principi etico-religiosi; ne consegue che la fatwa da lui emessa si rifà alla laicità shariatica del contratto di *Moudarabah* e non al contratto assicurativo¹⁷⁷.

El-Sheikh Abou Zahra si è dichiarato contrario all'assicurazione convenzionale sostenendo che anche in presenza di una regola esplicita che affermi la validità di qualunque contratto o condizione contrattuale, questa non sarebbe sufficiente a dichiararne la laicità shariatica poiché difetterebbe di un elemento proibito, correlato alla speculazione o all'hazard. A suo parere si tratterebbe, infatti, di un contratto privo di un oggetto determinato che, non potendosi qualificare come contratto di donazione, comporterebbe un impegno ingiustificato oltre che non equilibrato, poiché basato su uno scambio in cui una parte del rapporto risulterebbe inevitabilmente svantaggiata. Lo studioso afferma inoltre che nessun rischio o necessità giustifica la stipula di

¹⁷⁵ C. A. NALLINO, *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, cit., p. 458.

¹⁷⁶ Si veda la nota n. 8.

¹⁷⁷ Il testo è dell'aprile 1903 trovato nel *Dar Al- Fatawe* egiziana.

un'assicurazione viziata da diversi elementi contrari alla legge islamica. Senza contare che, ribadisce, il *Riba* è un elemento intrinseco all'assicurazione e un mezzo di sfruttamento perpetrato dalle istituzioni di credito che non utilizzano il contratto di *Moudaraba*.

Il medesimo parere è stato rafforzato nel 1961 in occasione del secondo incontro della "settimana del fiqh", organizzato a Damasco, il cui tema centrale è stato la capacità del *fiqh* di agire in campo sociale¹⁷⁸. Il contratto assicurativo è stato uno degli argomenti trattati insieme alla teoria dell'abuso di diritto e a quella dell'interesse generale;¹⁷⁹ a tal proposito è interessante analizzare alcuni degli interventi raccolti, dal momento che l'evento ha visto la presenza di diversi autorevoli giuristi, dai più ortodossi come El Sheikh Mohammed Amine Darir, che si è espresso negativamente circa la possibilità di ammettere la validità del contratto assicurativo, poiché viziato dell'elemento del *gharar*, o Sheikh Abdullah al-Qalqili, *mufiti* studioso di origine giordana, che ha vietato ogni tipo di assicurazione, ad altri che hanno mostrato una maggiore apertura come il prof. Mustafa Zarqa, che si è invece detto favorevole ad ammettere l'assicurazione in assenza di *Riba*.

Nel 1965 anche l'Islamic Fiqh Academy ha trattato la questione, accogliendo uno studio supplementare portato avanti da uno dei membri del consiglio, El Sheikh Ali al-Khafif, in cui si sosteneva la laicità shariatica dell'assicurazione. A seguito di ciò, il congresso ha ritenuto opportuno esaminare il lavoro svolto, istituendo una commissione speciale da cui potesse scaturire un parere unanime. L'esito della consultazione ha riportato due diversi pareri: uno favorevole relativamente all'assicurazione fondata sull'associazione mutualistica, il cui fine è garantire ai membri aiuto e servizi, classificandola come forma d'aiuto per il bene comune (si tratta nella maggioranza dei casi delle strutture istituite dallo Stato per la pensione e la sicurezza sociale); mentre per quanto concerne gli altri tipi di polizze sottoscrivibili, quali ad esempio la responsabilità civile, l'assicurazione per dolo o per colpa o

¹⁷⁸ Il primo incontro si è tenuto dal 2 al 7 luglio 1951 a Parigi, una settimana di diritto musulmano, organizzato dalla facoltà di legge, l'istituto del diritto comparato dell'Università di Parigi e la Sezione orientale dell'Académie internationale de droit comparé di Haye. In questa occasione non sono state trattate tematiche attinenti all'assicurazione islamica. L. MURACCIOLE, *La Semaine de droit musulman*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, 4, 1951, pp. 631-663.

¹⁷⁹ B. BOTIVEAU, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala, Paris, 1993, pp. 75-102.

l'assicurazione vita, i membri del congresso hanno deciso di istituire dei gruppi di ricerca *ad hoc* ed approfondire il tema. Una Commission, composta da esperti di economia e sociologia, sentito il parere di giurisperiti di fede islamica e *Madahib* di fama mondiale, della scuola malikita, shafiita e hanbalita, ha analizzato ogni aspetto della problematica nel corso di 17 riunioni e il risultato è stato presentato nel 1966 al congresso dell'Islamic Fiqh Academy, dove si è evidenziata l'incompatibilità dell'assicurazione commerciale con la legge islamica¹⁸⁰.

Pertanto, è possibile riassumere le tendenze dei giuristi in tre linee principali: alcuni hanno dichiarato la non conformità alla legge islamica dell'assicurazione commerciale in ogni sua forma, altri hanno sostenuto il contrario, ovverossia la liceità shariatica della stessa in presenza di alcune condizioni e, infine, un terzo filone ha dichiarato il divieto dell'assicurazione commerciale e la legittimità shariatica dell'assicurazione mutualistica.

A fronte di ciò, la risoluzione n. 9 del 1985, frutto di diversi studi, ricerche e dibattiti, ha sancito la conformità alla legge islamica dell'assicurazione cooperativa-mutualistica e l'interdizione dell'assicurazione commerciale.

3.2. La fatwa dell'Islamic Fiqh Accademy: Decisione n. 9/1985.

Premesso che i principi di base su cui si regge l'assicurazione conforme alla Shari'ah sono la cooperazione basata sulla consultazione, la ripartizione dei risultati, la trasparenza e la conformità degli investimenti, nel 1985 la *Islamic fiqh Accademy*, in occasione della sua seconda sessione, ha ritenuto opportuno emettere una fatwa che risolvesse il contrasto tra i diversi pareri evidenziati in cui specificava che il contratto assicurativo commerciale, prevedendo il versamento di un premio fisso, contiene inevitabilmente un *gharar* sostanziale che rende il contratto illecito.

Chiariva inoltre il fatto che il solo contratto alternativo ritenuto in linea con i principi delle transazioni islamiche è quello cooperativo-mutualistico, basato sui principi di contribuzione volontaria e di cooperazione mutuata. Parimenti, la riassicurazione deve

¹⁸⁰ A.M. QURRADAGHI, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, cit., pp. 109-110.

fondarsi sul principio di mutua cooperazione. L'accademia ha quindi richiesto agli stati islamici l'istituzione di imprese assicurative e di mutua riassicurazione che rispettino i principi etico-religiosi.

In definitiva, l'assicurazione islamico-cooperativa, basata sull'aiuto reciproco e conosciuta col nome di "*al takaful al taawuni*", si propone quale alternativa all'assicurazione convenzionale presente nel mondo occidentale, e in alcuni casi anche nel mondo arabo, come ad esempio in Marocco, dove fino al 2019 era l'unica conosciuta e praticata, poiché si rifaceva ai modelli francesi.

L'assicurazione islamica condivide i medesimi principi della mutualità occidentale condividendo il principio alla base del detto "l'unione fa la forza", giacché laddove il singolo soccomberebbe, la collettività sarebbe invece in grado di gestire il rischio suddividendolo tra i suoi membri, ma differisce da questa perché non contiene *Riba*, *Gharar* e *Maysir*. Al fine di ovviare al divieto imposto dal *Gharar*, ad esempio, i contributi versati dagli assicurati al fondo *takaful* non sono considerati premi, bensì "*musahamah*", vale a dire contributi volontari corrisposti in cambio di benefici materiali o di ricompense spirituali, dal momento che si qualificano come donazioni, '*Tabarru*'.

Diversi giuristi utilizzano nei contratti il termine '*Tabarru*',¹⁸¹ che nel suo significato originale significa dono o donazione e implica *l'animus donandi*, il cui unico scopo si configura nel benessere della Comunità, '*Umma islamiya*'. Pertanto, risulta assai distante dal significato assunto dal consueto premio assicurativo. Tale termine potrebbe indurre in inganno e generare controversie legali in Occidente in caso di richieste di indennizzo; infatti, sebbene in queste circostanze il *Takaful*, al pari dell'assicurazione tradizionale, dovrebbe rispondere al bisogno di sicurezza degli individui, ciò non può essere garantito dal diritto occidentale.

¹⁸¹ M.M. BILLAH, *Takaful (islamic Insurance) Premium, A suggested regulatory framework*, in *International Journal of Islamic Financial Services*, vol 3, n. 1, 2001, p. 8: l'autore nel suo scritto ha sottolineato la distinzione che esiste tra *musahama* e *tabarru*' dove l'autore spiega che la contribuzione effettuata nel quadro di una *musahama* è ben lontano d'essere *Tabarru*' (una donazione) poiché l'assicurato attende un beneficio. Si veda altresì, A. MAKHLOUF, in *L'emergence d'un droit international de la finance islamique : origines, formation et integrazione en droit Francais*, IRJS Éditions, Paris, 2015, p. 228

La *fatwa* in trattazione -la fatwa n. 9/1985- si occupa di definire gli elementi fondamentali del contratto, ossia la forma giuridica idonea e conforme alla legge islamica. I principi base del *Takaful*, il risk sharing, che può essere condiviso solo tra gli aderenti; la struttura contrattuale, adottata a fondamento del rapporto tra gli aderenti e l'operatore; la destinazione dell'eventuale eccedenza realizzata alla fine dell'anno; gli obblighi della società di gestione del fondo. La presenza di un consiglio shariatico e la revisione delle operazioni, sono stati invece definiti con lo standard n. 26 emesso da parte dell'AAOIFI, (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) - fondata nel 1991 e con sede in Bahrain – che è la principale organizzazione internazionale, senza scopo di lucro, responsabile principalmente dello sviluppo e dell'emissione di standard per l'industria globale della finanza islamica. Essa ha emesso un totale di circa 100 standard nelle aree di applicazione della Shari'ah nell'ambito della contabilità, della revisione, dell'etica e della *governance* per la finanza islamica internazionale. È supportata da numerosi membri istituzionali, tra cui banche centrali e autorità di regolamentazione, istituzioni finanziarie, società di revisione e contabilità e studi legali di oltre 45 paesi. I suoi standard sono attualmente seguiti da tutte le principali istituzioni finanziarie islamiche in tutto il mondo e ha introdotto una progressiva armonizzazione delle pratiche finanziarie internazionali islamiche.

4. Lo Standard AAOIFI n. 26/2006: lo *Takaful*.

Lo standard n. 26 dell'AAOIFI sulle assicurazioni islamiche, anche dette *Takaful* (che deriva dalla parola *kafala*: garantirsi reciprocamente) è stato adottato dal consiglio di conformità alla *shari'ah* nella sua riunione n. 16 tenutasi ad Al-Madinah Al-Munawwarah il 7-12 Jumada I, 1427 A.H. (Anno Hegirae), corrispondente al 3-9 giugno 2006 A.D. (Anno Domini). Dopo diverse sedute di confronto, di cui la prima n. 8 tenutasi il 28 Safar - 4 Rabi' I, 1423 A.H., corrispondente all'11-16 maggio 2002 A.D., a Makkah Al-Mukarramah, è stato deciso di emettere uno Shari'ah Standard sulle assicurazioni islamiche.

Nella riunione n. 10, che ha avuto luogo il 23-24 Jumada II, 1424 A.H., corrispondente al 23-24 luglio 2003 A.D., ad Amman, Regno Hascemita di Giordania, lo Shari'ah

Standards Committee ha incaricato un consulente esperto negli studi sharaitici nel 12 Jumada I, 1424 A.H., 12 luglio 2003 A.D, di preparare una bozza di standard sull'assicurazione islamica. Inoltre, si è discusso lo studio della Shari'ah e ha consigliato al consulente di incorporare le modifiche necessarie, alla luce delle discussioni e delle osservazioni fatte dei suoi membri.

La bozza dello standard è stata poi nuovamente discussa dal Comitato di normazione della Shari'ah nella riunione n. 11 tenutasi il 25-26 Safar 1425 A.H., corrispondente al 15-6 aprile 2004 A.D., nel Regno del Bahrein, dove sono state effettuate ulteriori modifiche. Dopodiché il Comitato di studio ha nuovamente richiesto al consulente di esaminare il documento sulla base delle discussioni effettuate e di apportarvi le relative modifiche. I lavori sono ulteriormente proseguiti e la bozza è stata ancora una volta oggetto di discussioni e modifiche nella seduta n. 12 del Comitato di normazione della Shari'ah (1) avvenuta il 28 Rabi' II, 1425 A.H., corrispondente al 16 giugno 2004 A.D. a Dubai, Emirati Arabi Uniti. La versione definitiva è il risultato di una lunga opera di revisione scaturita nel corso di 3 riunioni tenutesi rispettivamente a Makkah Al-Mukarramah il 26 Sha'ban - 1 Ramadan 1425 A.H., corrispondente al 10-15 ottobre 2004, a Dubai, Emirati Arabi Uniti, il 21-24 Rabi' I, 1426 A.H., corrispondente al 30 aprile - 2 maggio 2005 A.D, a Makkah Al-Mukarramah, il 22-26 Sha'ban 1426 A.H., corrispondente al 26-30 settembre 2005 A.D. Solamente nel 1 Safar 1427 A.H., corrispondente al 1 marzo 2006 A.D., l'AAOIFI ha tenuto un'audizione pubblica nel Regno del Bahrain, a cui hanno aderito oltre 30 partecipanti in rappresentanza di banche centrali, istituzioni, società di contabilità, studiosi di Shari'ah, accademici e altre parti interessate, partecipanti che hanno presentato diversi commenti e osservazioni, cui i membri dei Comitati per gli standard della Shari'ah hanno debitamente risposto e hanno, poi, apportato le modifiche ritenute necessarie. Nella riunione n. 16 tenutasi ad Al-Madinah Al-Munawwarah il 7-12 Jumada I, 1427 A.H., corrispondente al 3-9 giugno 2006 d.C., il Comitato shariatico ha quindi discusso le modifiche proposte dal Comitato per la Redazione e ha modificato in parte il documento e ha approvato lo Standard, all'unanimità per alcune clausole e con la maggioranza per altre. Lo scopo di tali linee guida -*Standards*- è quello di presentare un'architettura assicurativa conforme ai postulati della Sharia a cui sia le istituzioni

finanziarie islamiche sia quelle non islamiche dovrebbero attenersi nel momento in cui emettono sul mercato un prodotto o un servizio assicurativo.

Tale struttura è però in contrasto con la struttura assicurativa convenzionale. Si pensi a tal proposito all'art. 1882 c.c. italiano, ove il rischio viene trasferito verso un soggetto terzo che si accolla il rischio e guadagna sulla probabilità che l'evento non si verifichi. Secondo il *fiqh*, infatti, lo *status* dell'assicurazione islamica diverge non solo per quanto riguarda la sua qualificazione giuridica, ma anche per la disciplina dei rapporti contrattuali sottesi all'assicurazione islamica, gli assiomi sharaitici posti a fondamento dell'assicurazione islamica, gli ambiti in cui può operare l'assicurazione islamica, le modalità di partecipazione all'assicurazione islamica, gli obblighi del partecipante all'assicurazione islamica, le condizioni necessari per la validità delle polizze assicurative islamiche, l'indennizzo, l'eccedenza assicurativa e infine i casi d'estinzione della polizza assicurativa. Lo standard definisce l'assicurazione islamica come un accordo tra persone di uno stesso gruppo il cui fine è gestire tutto ciò che riguarda la difesa delle proprietà e la responsabilità civile dei membri. Ciò comporta il pagamento di contributi assimilabili a donazioni e conduce alla costituzione di un fondo assicurativo che gode di propria personalità giuridica e patrimoniale. Le risorse di questo fondo sono quindi utilizzate per indennizzare qualsiasi partecipante che si trovi a subire un danno, in base al regolamento e alla policy assicurativa. Il fondo è gestito da un gruppo selezionato dai titolari di polizze assicurative, o da una società per azioni che a fronte di una specifica commissione gestisce le operazioni assicurative e investe il patrimonio del fondo in attività conformi alla sharia.

Al contrario, l'assicurazione convenzionale, che si configura come contratto *Mu'awadah*¹⁸² (mutuo indennizzo), ha come obiettivo il profitto derivante dall'operazione assicurativa stessa e, dunque, è soggetta alle regole dei contratti

¹⁸² La voce "*mu'āwada (A): barter, exchange; in law, ~ stands for a contract which is based on a mutual obligation, in opposition to a contract with a one-sided obligation. Examples are contracts of sale, lease and marriage. al-Mu'askar; and Ṣulḥ Al-Ibrā'*", in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., Glossary and Index of Terms (Edited by: P.J. Bearman, Th. Banquis, C.E. Bowworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs Bowworth). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_03166. Last visited 06 May 2020.

aleatori che coinvolgono il *Gharar* (incertezza). Per tutti questi motivi, risulta dunque vietata dalla *Shari'ah*. Analizzando, invece, la qualificazione dell'assicurazione islamica, dal punto di vista del *fiqh*, si evince che quest'ultima si regge sull'impegno dei partecipanti a versare una somma a titolo di donazione a salvaguardia dei propri interessi e di quelli del gruppo¹⁸³. I partecipanti si tutelano reciprocamente mediante il pagamento di contributi che costituiscono le risorse del fondo assicurativo, la cui gestione viene affidata a un comitato di assicurati o a una società per azioni in possesso della licenza per esercitare l'attività assicurativa. Questi assumono l'incarico sulla base di un contratto di *Wakala* (Agenzia) retribuito. Oltre a gestire le operazioni assicurative, il comitato degli assicurati o la società incaricata si assumono anche la responsabilità di investire il patrimonio del fondo attraverso il contratto *mudaraba* o l'agenzia di investimento.

La società di gestione può disporre del proprio capitale e del relativo rendimento, della commissione di gestione derivante dal contratto di agenzia e della quota specifica degli utili ottenuti dall'investimento del patrimonio assicurativo attraverso il *mudaraba*, nonché della commissione prevista dal mandato d'investimento. La società si fa carico altresì di tutte le spese per le operazioni, comprese quelle relative all'investimento del patrimonio assicurativo.

Il fondo degli assicurati comprende i contributi e i rendimenti, le riserve e gli accantonamenti relativi all'attività assicurativa e all'eccedenza assicurativa. Il fondo sostiene tutte le spese dirette connesse alla gestione delle operazioni assicurative.

Nell'assicurazione islamica è possibile individuare quindi tre rapporti contrattuali fondamentali. Il primo su cui si porrà l'accento è il contratto di *Musharaka* (*partnership*) che viene stipulato tra i partecipanti e che può in alcuni casi portare alla costituzione di una società con statuto proprio oppure limitarsi al solo *Musharaka* qualora vi sia una società terza a gestire il fondo¹⁸⁴.

¹⁸³ Si segnala che si usa qui la parola donazione, poichè è quella che veicola il significato più prossimo a quello originale, tuttavia, richiamando quanto si è detto in tema di traduzione non si deve pensare che con la parola donazione si intenda veicolare un riferimento al contratto di donazione regolato dalla legge italiana.

¹⁸⁴ Si veda lo Shari'ah Standard No. 12 intitolato Sharikah (Musharakah) e Modern Corporations.

Per quanto riguarda i principi su cui si fonda l'assicurazione islamica, questi devono essere esplicitamente menzionati nello statuto, nei regolamenti o nel *set* informativo della società e prevedere quanto segue:

- (i) La donazione: una clausola in cui il partecipante s'impegna a versare all'assicurazione il proprio contributo per il pagamento dell'indennità, qualificandolo come donazione, e si obbliga da regolamento a sostenere qualsiasi eventuale deficit che potrebbe verificarsi.
- (ii) Separazione patrimoniale: la società che gestisce l'assicurazione deve tenere due conti separati, uno per la società, che riguarda i propri attivi e passivi, ed un altro degli attivi e passivi del fondo degli assicurati. Il conto del fondo assicurativo comprende gli elementi attivi e i relativi rendimenti e dovrebbe sostenere le passività relative a tali attività.
- (iii) Il ruolo assunto dalla società di gestione: è quello di agente (*Wakil*) nella gestione del conto assicurativo e quello di *Mudarib* o agente nell'investimento (*Wakil fil istithmar*) quando opera investimenti delle attività assicurative.
- (iv) La gestione dell'eccedenza: il regolamento può includere una clausola che determini in che modo verrà gestita l'eccedenza al fine di tutelare l'interesse comune dei partecipanti, come la costituzione di un conto per le riserve, la riduzione dei contributi, la sua disposizione a titolo gratuito a scopi di beneficenza o la sua distribuzione parziale o totale tra i partecipanti. La società di gestione non ha diritto ad alcuna quota del patrimonio eccedente.
- (v) Beneficienza: al momento della liquidazione della società, tutti gli accantonamenti e le riserve accumulate relative all'assicurazione devono essere spesi per scopi di beneficenza.
- (vi) Partecipazione degli assicurati: è consigliabile che gli assicurati partecipino alla gestione delle operazioni d'assicurazione mediante un quadro giuridico appropriato all'esercizio del proprio diritto di controllo e di protezione dei loro

interessi, come la rappresentanza degli assicurati nel Consiglio d'amministrazione.

(vii) Campo di applicazione: la compagnia assicurativa deve attenersi alle regole e ai principi della *Sharia* in tutte le attività e gli investimenti intrapresi, in particolare deve astenersi dal fornire copertura assicurativa agli oggetti, le attività o gli scopi vietati dalla *Shari'ah*. È quindi possibile assicurare:

- I beni: l'indennizzo contro danni, quali ad esempio l'incendio, gli incidenti automobilistici, gli incidenti aerei, la responsabilità civile, la violazione della fiducia, ecc¹⁸⁵.
- Le persone: comprende l'assicurazione contro il rischio d'invalidità e di morte ed è talvolta nota con il nome di *Takaful* (mutuo aiuto). È l'alternativa all'assicurazione sulla vita convenzionale. La gestione del rischio infortuni o morte deve prevedere la richiesta di partecipazione, con indicazione dello stato personale e le caratteristiche che devono essere note per offrire la copertura assicurativa all'assicurato insieme ai dettagli dei diritti e degli obblighi dello stesso; oltre all'indicazione dell'importo del contributo e all'indicazione delle prestazioni da versare all'avente diritto come da accordo.
- In caso di decesso, i diritti (le garanzie) *Takaful* devono essere distribuiti tra i beneficiari come indicato nel contratto stipulato, per contro, in presenza di prodotti d'investimento finanziario, questi vengono distribuiti tra gli eredi secondo le regole di successione shariatica.
- In caso di assicurazione contro il decesso, la polizza assicurativa deve prevedere che il beneficiario o l'erede non abbiano diritto ad alcun

¹⁸⁵ Si veda lo Shari'ah Standard No. 5 sulle garanzie - voce 6.4 - che prevede l'ipotesi dell'assicurazione per crediti dubbi o incagliati dove è consentito sottoscrivere una copertura assicurativa islamica a garanzia degli obblighi di debito e non è consentito che i debiti siano assicurati su base convenzionale.

risarcimento quando il decesso è causato da un omicidio in cui è coinvolto il suddetto beneficiario o erede.

- (viii) Consiglio di Sorveglianza e Audit interno: la designazione di un consiglio di sorveglianza della *Shari'ah* che emette *fatwe* (al plurale *Fatawe*, ossia pareri giuridici), vincolanti per la società, e l'istituzione di un comitato d'audit interno incaricato di controllare e monitorare la conformità dell'attività della società alla *Sharia*.
- (ix) Le *fatwe* si rivolgono ai musulmani e ai non musulmani. Il contributo da versare può essere determinato secondo i principi attuariali basati su tecniche statistiche. A questo proposito, è opportuno considerare se il rischio è fisso o variabile, la giusta misura tra contributo e rischio, oltre alla determinazione del tipo e del periodo di copertura del rischio, e la specificazione dell'importo dell'assicurazione.
- (x) Il verificarsi del rischio, che costituisce l'oggetto dell'assicurazione non può, come nei sistemi di civil law, essere un evento dannoso certo, ma eventuale. Non dovrebbe dipendere dalla volontà dei partecipanti e l'oggetto non deve essere contrario alla *Shari'ah*.

Inoltre, l'aderente (richiedente l'assicurazione) deve osservare il seguente impegno:

- (xi) la presentazione delle informazioni richieste sui rischi da assicurare e comunicazione alla compagnia di eventuali nuove circostanze che potrebbero aumentare tali rischi dopo la conclusione del contratto. La prova di una falsa dichiarazione intenzionale da parte dell'assicurato lo priva parzialmente o totalmente del beneficio dell'indennizzo. Il partecipante non viene privato dell'indennizzo in caso di omissione o dichiarazioni inesatte ma il *quantum* diventa proporzionato alle informazioni esatte da lui presentate.
- (xii) I pagamenti dei contributi devono essere effettuati nelle scadenze previste dal contratto. Se il partecipante si astiene o ritarda il pagamento del suo contributo, l'assicuratore ha il diritto di recedere dal contratto o di perseguire la sua

esecuzione tramite gli strumenti di giustizia, una maggiore elaborazione quindi di questo requisito che rischia di essere penalizzante per l'assicurato è affidata ai principi solidaristici propri della Sharia.

- (xiii) Informare la compagnia, in qualità di mandatario della cassa degli assicurati, del verificarsi del rischio assicurato. La notifica deve essere effettuata durante il periodo stipulato nella polizza assicurativa o entro un termine ragionevole se tale periodo non è previsto nella polizza. Se il partecipante non effettua tale notifica, la compagnia ha il diritto di chiedere un indennizzo per la perdita effettiva subita dal conto assicurativo a causa di tale violazione dell'impegno.

Per quanto riguarda le clausole contenute nelle polizze assicurative islamiche non vi è alcuna restrizione della *Sharia* nel prevedere condizioni speciali nella polizza assicurativa. Le condizioni speciali possono riguardare i periodi di assicurazione o il rifiuto dell'indennizzo in casi specifici. Ciò avviene ad esempio quando il partecipante non notifica per tempo alla compagnia il verificarsi del rischio, o l'addebito al partecipante di una specifica parte dell'indennizzo. Una condizione così stipulata nella polizza assicurativa rimane vincolante purché non sia in contrasto con le regole della *Shari'ah* o con i prerequisiti del contratto. È consentito altresì prevedere nella polizza assicurativa fattispecie particolari che portano alla privazione dell'indennità, a condizione di rispettare l'equità, i diritti delle parti ed evitare le clausole abusive.

Per quanto attiene invece le obbligazioni e competenze della società di gestione (ad esempio nella forma di una società per azioni) la Società di gestione organizza e gestisce le operazioni assicurative, tra cui la predisposizione delle polizze assicurative, la riscossione dei contributi, il pagamento degli indennizzi e tutti gli altri compiti tecnici. La Società di gestione svolge tali compiti a fronte di uno specifico compenso, che deve essere indicato nel contratto. Tali compiti sono considerati accettati dal partecipante con la firma del contratto. Alla Società di gestione è affidato il compito di realizzare l'interesse comune nell'ambito della gestione delle operazioni assicurative. Tuttavia, essa non deve garantire il patrimonio assicurativo se non in caso di cattiva condotta, negligenza o violazione degli obblighi contrattuali. La Società di gestione si fa carico delle sue spese di costituzione e di tutte le altre spese relative alla

conduzione della propria attività o all'investimento dei propri fondi. La riserva legale della Società di gestione viene dedotta dal capitale sociale e diventa parte del patrimonio netto, cosa che vale anche per tutte le altre deduzioni relative al capitale. Nessuna deduzione sarà effettuata dal proprio fondo o dagli utili degli assicurati a favore degli azionisti. È consentito nell'interesse degli assicurati di istituire riserve o accantonamenti dal capitale proprio o dai loro utili. Tali detrazioni, tuttavia, non dovrebbero in alcun modo appartenere agli azionisti della Società di gestione costituita in forma di società per azioni. Il saldo accumulato dal conto assicurativo viene speso a scopo di beneficenza in caso di liquidazione. La Società di gestione può chiedere il risarcimento del danno al soggetto che lo ha causato, a titolo di responsabilità personale o dei terzi di cui è responsabile. Di conseguenza, la Società è surrogata nei diritti e azioni dell'assicurato contro i terzi. Gli importi pagati restano assegnati al fondo assicurativo. Quando la Società investe i fondi degli assicurati attraverso il *Mudarabah*, è vincolata a tutte le obbligazioni a cui è soggetto il *Mudarib*¹⁸⁶. Tuttavia, se la Società investe tali fondi mediante il mandato di investimento, l'affare sarà soggetto alle regole sharaitiche sull'agenzia remunerata. Quando le attività assicurative, insieme agli indennizzi ricevuti dalle compagnie di ri-assicurazione non riescono a coprire gli impegni di indennizzo, la Società può coprire il deficit dal project financing o dal *Qard Hasan* (prestito senza interessi o benevolo) addebitato sul conto del fondo assicurativo. A questo proposito, i disavanzi derivanti dagli impegni dell'anno in corso possono essere coperti dalle eccedenze degli anni successivi. La Compagnia può inoltre richiedere il ripianamento del disavanzo agli assicurati, se questo è contemplato nella polizza assicurativa. Il fondo assicurativo si fa carico di tutte le spese e gli onorari relativi all'attività assicurativa. Non vi è alcuna restrizione della Sharia sulla riconciliazione tra la Società e la parte che causa il danno, se tale riconciliazione è nell'interesse dei partecipanti, ed è conforme alle regole sharaitiche.

Al partecipante è riconosciuto l'indennizzo ovvero la somma che viene corrisposta a un soggetto come ristoro patrimoniale a seguito di un pregiudizio patito o il sacrificio di un diritto. Pertanto, questi riceverà come indennizzo la somma equivalente alla

¹⁸⁶ Si veda lo Shari'ah Standard No. 13 dal titolo Mudaraba.

perdita realizzata a causa dell'infortunio, oppure la somma assicurata; la scelta sarà a favore dell'importo che risulta inferiore, così come previsto dal regolamento:

- (i) Il partecipante non può ricevere contemporaneamente né l'indennità né il risarcimento da parte di altre parti per il danno che gli è stato causato.
- (ii) Il partecipante non deve ricevere contemporaneamente l'indennità da parte di diverse società d'assicurazione contro il medesimo rischio.
- (iii) L'assicurazione dei beni. L'indennità deve essere limitata alle perdite subite nella misura della garanzia prevista nel contratto, e può comprendere perdite indirette che possono essere adeguatamente stimate in base al danno effettivo.

L'eccedenza assicurativa fa parte delle attività del fondo assicurativo e deve essere gestita secondo quanto indicato dei principi assicurativi sharaitici. Difatti, è consentito indicare nel regolamento una clausola che stabilisca come verrà gestita l'eccedenza in modo da tutelare l'interesse comune dei partecipanti, come la costituzione di un conto per le riserve, la riduzione dei contributi, la sua disposizione a titolo gratuito a scopi di beneficenza o la sua distribuzione parziale o totale tra i partecipanti. La società di gestione non ha diritto ad alcuna quota del patrimonio eccedente.

Nel caso in cui si proceda alla distribuzione totale o parziale dell'eccedenza agli assicurati, essa deve rispettare una delle seguenti forme, a condizione, però, che la forma scelta sia esplicitamente menzionata nel regolamento:

- (i) Ripartizione dell'eccedenza tra gli assicurati in proporzione ai rispettivi contributi e indipendentemente dal fatto che l'assicurato abbia ricevuto o meno un indennizzo durante l'esercizio.
- (ii) Ripartizione dell'eccedenza tra gli assicurati che non hanno ricevuto indennità durante l'esercizio.
- (iii) Distribuzione dell'eccedenza tra gli assicurati dopo aver dedotto l'importo dell'indennizzo versato durante lo stesso esercizio.

- (iv) Distribuzione attraverso qualsiasi altro metodo approvato dal Consiglio di Sorveglianza sharaitico.

La polizza assicurativa scade in uno dei seguenti casi:

- (i) Alla scadenza del periodo concordato nella polizza assicurativa. In caso di assicurazione dei beni, è consentito stabilire che il contratto è automaticamente rinnovabile, a meno che il partecipante non informi la società, entro un determinato periodo prima della scadenza del contratto, della sua volontà di cessare il rinnovo del contratto.
- (ii) Il recesso unilaterale di una delle parti quando è previsto dal contratto.
- (iii) Il danneggiamento completo della cosa assicurata (in caso di assicurazione dei beni), senza che ciò annulli il diritto del partecipante all'indennizzo in conformità alle condizioni del contratto.
- (iv) Il decesso dell'assicurato in caso di assicurazione di persone (assicurazione vita), senza che ciò annulli il diritto del beneficiario alle prestazioni previste dalle condizioni del contratto.

In definitiva, tali linee guida definiscono l'assicurazione islamica in termini di significato, *status* della Sharia, caratteristiche, principi, elementi di base, tipi e le convergenze con l'assicurazione convenzionale. Lo Standard stabilisce altresì i controlli che devono essere eseguiti dalle istituzioni finanziarie islamiche che offrono prodotti assicurativi conforme alla sharia. Tuttavia, non copre i regimi di assicurazione sociale organizzati dallo Stato.

Può dunque offrirsi la seguente sintesi: l'assicurazione islamica si regge su un processo dove un gruppo di persone si mettono d'accordo per gestire i danni derivanti da rischi specifici nei confronti dei quali tutti sono vulnerabili. Tale processo comporta il pagamento di contributi qualificati come donazioni *Tabarru'* che costituiranno un fondo assicurativo che godrà dello status di entità giuridica autonoma e finanziariamente indipendente. Tale fondo sarà utilizzato per indennizzare qualsiasi

partecipante che si trovi a subire un infortunio in base ad una specifica serie di regole e ad un determinato processo di documentazione. Il fondo è gestito da un gruppo selezionato di assicurati, o da una società per azioni che gestisce le operazioni assicurative e investe il patrimonio del fondo, a fronte di una specifica commissione in attività conforme ai principi etico-religiosi. Per quanto riguarda l'assicurazione convenzionale, si tratta di un contratto Mu'awadah (mutuo indennizzo) che cerca di trarre profitto dall'operazione assicurativa stessa e, quindi, è soggetto alle sentenze della Sharia sui rapporti finanziari che coinvolgono *gharar*, *maysir* e *riba*, per cui l'assicurazione convenzionale a seguito di un'indagine lunga e approfondita è stata considerata dai giurisperiti islamici vietata dalla Sharia.

I recenti sforzi per raggiungere il consolidamento normativo e la definizione di *standard* si sono trovati a confrontarsi con i vincoli economici e l'incertezza giuridica imposti dalla giurisprudenza islamica e con la scarsa uniformità delle pratiche di mercato. Pertanto, le inefficienze del mercato causate da norme eterogenee e da diverse interpretazioni della conformità alla sharia sono destinate a diminuire nel prossimo futuro. Le principali organizzazioni internazionali della finanza islamica, come la Accounting and Auditing Organization of Islamic Finance Institutions (AAOIFI) e l'Islamic Financial Services Board (IFSB) stanno lavorando per allineare i principi della sharia su una base coerente. Pertanto, è necessario un buon equilibrio tra le iniziative collettive private e le revisioni normative, in modo da garantire che la standardizzazione possa giungere all'utente finale senza ostacolare l'innovazione finanziaria.

5. La mutualità come meccanismo alternativo alla assicurazione convenzionale in conformità alla *sharia*.

L'assicurazione cooperativa-mutualistica in passato assumeva una struttura semplice: un gruppo di persone - sovente operai - appartenenti allo stesso settore mettevano in comune i propri mezzi per proteggersi e tutelarsi, in particolare, dai rischi del lavoro e da quelli della vita in generale. All'interno del gruppo veniva designato un soggetto che aveva il compito di mettere insieme i contributi costituendo un fondo, che serviva a indennizzare coloro che avrebbero subito dei danni.

Il giurista Mustapha Zarqa ha definito l'assicurazione cooperativa come « *c'est un groupe de personnes faisant face aux meme risques, qui mettent en commun leurs ressources pour compenser la perte qui peut toucher l'un d'eux. Ils souscrivent à un fonds commun en y versant des sommes d'argent déterminées afin d'indemniser le ou les membres quand le risque couvert survient* »¹⁸⁷.

A dire il vero questa struttura era utilizzata già in passato da fenici e arabi nell'epoca preislamica.

Lo storico Ibn Khaldoun nel suo libro *Muqaddima* ha riportato che gli arabi organizzavano due viaggi commerciali all'anno, uno in inverno e uno in estate e costituivano un fondo comune per indennizzare le perdite di cammelli durante il viaggio, ovvero il danneggiamento delle merci trasportate o non vendute¹⁸⁸. La sharia raccomanda tale forma poiché contempla il principio di solidarietà sul quale peraltro si regge anche la mutualità occidentale. Difatti, il giurista Mustapha Zarqa ha asserito che “*l'assurance coopérative est permise par la charia quelle que soit la nature du risque assuré*”. Tale constatazione era già stata supportata in due sedute: una tenutasi nel 1965 e un'altra risalente al 1972 e in entrambi gli incontri si è affermato che l'assicurazione è sharia *compliant* dal momento in cui contempla il principio mutualistico che mira a garantire ai membri del gruppo una tutela reciproca. Dunque, di fronte al quesito, se la mutualità possa rappresentare un'alternativa valida all'assicurazione convenzionale, la risposta potrebbe derivare proprio dai principi dell'economia islamica.

È dunque possibile porsi il seguente quesito: Perché si è arrivati all'assimilazione del Takaful alla mutualità? Una società governata secondo i principi della fede islamica deve fondarsi necessariamente sulla cooperazione, la solidarietà e la partecipazione, quali fattori di coesione della comunità dei fedeli che confluiscono a loro volta nei principi di uguaglianza per ridurre le forti differenze nell'assegnazione dei beni a ciascun membro della comunità. Una società che permette disuguaglianze e la realizzazione di dislivelli sociali significativi non merita lo *status* di “conforme alla

¹⁸⁷ A. M. QURRADAGHI, *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, cit., p. 143.

¹⁸⁸ *Ivi.*, p. 144.

sharia” poiché a ciascun membro deve essere garantito l’essenziale per poter condurre una vita dignitosa. A tale scopo è stato previsto l’istituto dello *Zakat*, il terzo pilastro della fede islamica, che prevede il versamento obbligatorio di una quota annuale che varia in funzione della propria situazione finanziaria. Di conseguenza, i soggetti di fede islamica devono attenersi a un codice di comportamento dettato dalla *Shari’ah* che si regge sui principi del Corano e della Sunna. Tale condotta si applica a tutte le relazioni finanziarie e lavorative e detta regole ben precise: da un lato il ricorso alla reciproca consultazione per favorire lo spirito solidale nella comunità, dall’altro la limitazione dell’accumulo di ricchezze personali, in quanto ostacolo alla crescita della comunità e fattore di incremento della sperequazione sociale e, dunque, la redistribuzione ai bisognosi del proprio eccesso di ricchezza¹⁸⁹. Il principio di solidarietà fa dunque riferimento principalmente alla *Maslaha*, l’interesse collettivo, su cui si regge sia l’economia che la società islamica¹⁹⁰. È facile dedurre perché l’*Islamic Fiqh Academy* abbia identificato il *Takaful*, il modello mutualistico cooperativo, quale convincente alternativa all’assicurazione convenzionale. L’essere umano da sempre ha cercato di proteggersi contro i rischi imprevedibili che avrebbero potuto condurlo alla rovina, il sostegno, l’unione solidale e la mutualità sono state le risposte contro la paura dell’ignoto.

In definitiva, il *Takaful* (l’assicurazione islamica) rappresenta un modello alternativo che si regge sui principi etico-religiosi a servizio della comunità e che trova corrispondenza, ad esempio, nel terzo settore ovvero in tutti quei modelli basati sulla solidarietà, l’utilità sociale, il volontariato o la beneficenza. Alcuni paesi europei vantano già un’esperienza significativa in questo settore, come nel caso dell’Inghilterra e della Francia. Non può dirsi lo stesso dell’Italia, paese affine per tradizione giuridica, in cui manca un percorso di studio e assimilazione del fenomeno che dia una valida alternativa giuridica a quella parte della cittadinanza che crede sia nei principi etico-religiosi della tradizione islamica, sia nei principi occidentali, quali la mutualità, la cooperazione e la solidarietà.

¹⁸⁹ In questo caso alcuni studiosi hanno invocato la necessità che la sicurezza sociale s’ispiri agli insegnamenti del Profeta e che mirano a garantire le risorse necessarie alle famiglie di vittime di malattie e di incidenti.

¹⁹⁰ I. CHAPPELLIERE, *Éthique & Finance en islam*, Éditions Koutoubia, Paris, 2009, p. 24.

6. Analogia tra il contratto assicurativo e altri contratti islamici.

Come si è visto precedentemente, sia i giurisperiti a sfavore che a favore del modello convenzionale – assicurazione convenzionale – hanno assimilato il contratto di assicurazione convenzionale ad altri modelli contrattuali come il contratto di *mudarabah*, il contratto di *salam*, il contratto di debito, il contratto di *Sarf* (cambio) e anche ai fondi di beneficenza. I primi hanno tentato di fare un confronto tra il contenuto del contratto convenzionale e il contenuto dei contratti islamici per dimostrare che il primo non rispetta le regole dei secondi e come tale non è vincolante ai sensi della legge islamica. Per contro i secondi, quelli che erano a favore del modello convenzionale, hanno tentato di paragonare il contratto di assicurazione convenzionale ad uno dei modelli contrattuali islamici per dimostrare che esso si inserisce in un quadro islamico e di conseguenza è valido secondo la legge della Shari'a.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, il contratto di *mudarabaha* è un contratto di associazione commerciale o compartecipazione finanziaria con il quale un investitore - Rab al-mal - affida il capitale a un agente – mudarib - che lo investe e pertanto condivide con l'investitore una quota predeterminata degli utili secondo un accordo raggiunto al momento della stipula¹⁹¹. Le perdite subite a seguito dell'investimento sono a carico del proprietario del capitale; per contro l'agente perde il suo tempo e i suoi sforzi, e gli eventuali profitti che avrebbe ottenuto se avesse avuto successo. Tale contratto è considerato uno dei contratti di maggiore interesse nelle pratiche incentivate dal diritto islamico poiché rispecchia il principio della condivisione del rischio: ossia non può esserci alcun guadagno senza l'assunzione a priori di un rischio. Tuttavia, le banche islamiche oggi non utilizzano tale strumento quanto ci si aspetterebbe. A titolo esemplificativo in Marocco le banche partecipative o islamiche prediligono il contratto *Murabaha* rispetto al contratto di *mudaraba* poiché nel primo il rischio è minore; si tratta, infatti, di un contratto di vendita che consente

¹⁹¹ La voce *mudāraba*, in *Encyclopaedia of Islam*, 2 ed., *Glossary and Index of Terms* (Edited by: P.J. Bearman, Th. Banquis, C.E. Bowworth, E. van Donzel, W. P. Heinrichs Bowworth). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_03184. Last visited 01 September 2020.

all'acquirente di acquistare con l'intenzione di rivendere successivamente il bene ad un acquirente, a priori designato, con un tasso di profitto fisso.

Il contratto assicurativo viene equiparato o assimilato al contratto *mudaraba*, in considerazione del fatto che nel rapporto assicurativo l'assicurato fornisce il capitale in termini di premi e l'assicuratore agisce come *mudarib* per conto dell'assicurato investendo i premi versati per suo conto. Pertanto, la somma assicurata è il profitto dell'assicurato mentre i premi ed eventuali altri rendimenti appartengono all'assicuratore¹⁹². Tuttavia, gli studiosi che sostengono l'inammissibilità del contratto di assicurazione sottolineano, al contrario, le grandi differenze tra i contratti di assicurazione convenzionale e il contratto di *mudaraba*. In primo luogo, nel *mudaraba* il capitale è di proprietà dell'assicurato, *rab al-mal*, mentre nell'assicurazione convenzionale l'assicuratore (*mudarib*) è proprietario dei premi e del capitale forniti dall'assicurato¹⁹³. Inoltre, nell'assicurazione convenzionale l'utile va esclusivamente all'assicuratore, mentre il profitto o il guadagno dell'assicurato si basa sul verificarsi eventuale di un evento futuro. Nel contratto di *mudaraba* non è permesso fissare la somma dell'utile da percepire ma soltanto la percentuale, mentre nell'assicurazione la somma assicurata e i premi sono predeterminati a priori. Infine, nel contratto *mudaraba* la perdita è supportata da colui che porta il capital - *rab al-mal* -; è chiaro dunque che nel contratto il rischio perdita è a carico dell'assicuratore e non dell'assicurato¹⁹⁴, ovviamente solo nel caso in cui non vi sia alcun tipo di frode o negligenza da parte del *mudarib*. Per tali ragioni, il contratto di assicurazione commerciale è completamente diverso da un contratto di *mudaraba* e come tale l'analogia tra questi contratti non è accettabile.

Alcuni hanno provato a confrontare il contratto convenzionale con il contratto *salam* ovvero la vendita di una merce con la consegna a termine o differita che diventa

¹⁹² A. AL-KHAFIF, *Al-Tamin (Insurance)*, in *Majallat Al-Azher*, vol. 37, Le Caire, 1966, pp. 79–87; A. AL-KHAFIF, *Al-Tamin (Insurance)*, in *Majallat Al-Azher*, vol. 38, Le Caire, 1966, pp. 110–115; A. T. ATTAR, *Hukm Al-Tamin Fi Al-Shariah Al-Islamyah (Insurance Contract Under Shari'ah Law)*, Maktabat Al-Nahdah Al-Misriyah, Al-Qahirah-Egypt, 1983.

¹⁹³ M.B.A.B.S. AL-SALIH, *Al-Tamin Bayan Al-Hazr Wa-al-ibahah (Insurance Between Prohibition and Acceptance)*, Maktabat Al-Malik Fahd Al-wataniya, Al-Riyad-Saudi Arabia, 2004.

¹⁹⁴ F. MAWLAWI, *Nizam Al-Taim Wa-Mawqaf Al-Shariah Minh (Insurance System and Shari'ah Position from This Contract)*, Mu'assas'at Al-Rayan, Beirut, 1996.

invalido se la consegna materiale ed effettiva del bene non avviene come da accordi e il prezzo deve essere pagato al momento della stipula del contratto¹⁹⁵. In questo contratto l'elemento del *gharar* è eccessivo, pertanto dovrebbe essere proibito, tuttavia i giurisperiti islamici lo permettono sostenendo che questo tipo di vendita è lecita nell'islam poiché è utile e necessaria al bene pubblico.

Pertanto, è stato sostenuto che, sebbene l'assicurazione includa un elemento eccessivo di *gharar* essa dovrebbe essere consentita poiché la legge islamica accetta le pratiche che si reggono sull'interesse generale come nel caso del contratto salam¹⁹⁶. Altri, invece, hanno affermato che, nonostante l'importanza dell'assicurazione, il contratto di assicurazione convenzionale, che contiene un elemento eccessivo di *gharar* e di *riba*, non è necessario, in quanto esiste un'alternativa: l'assicurazione cooperativa e mutualistica¹⁹⁷.

Alcuni giuristi hanno sostenuto che il contratto di assicurazione convenzionale è assimilabile al modello di cessione e trasferimento dei debiti, che è severamente proibito nella Sharia, per il consenso di tutti gli studiosi. Secondo la definizione del contratto assicurativo, l'assicurato è obbligato a pagare i premi, mentre l'indennizzo è l'obbligo dell'assicuratore e come tale, secondo la legge islamica, questi due obblighi sono considerati un debito che non può essere interscambiato in modo tale da comportare importi e periodi di tempo diversi¹⁹⁸. Infine, alcuni studiosi hanno vietato ogni tipo di assicurazione, sia mutualistica sia cooperativa nonché convenzionale, e hanno usato il *zakat* come strumento d'aiuto ad alcune categorie di persone poveri e bisognosi nell'economia islamica, il *waqf* l'istituzione a scopo di beneficenza di opere

¹⁹⁵ The *salam* is an Islamic contract defined as “the purchase of a commodity for deferred delivery in exchange for immediate payment according to specific conditions” (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2003).

¹⁹⁶ A. AL-KHAFIF, *Al-Tamin (Insurance)*, vol. 37, cit., pp. 79–87; A. AL-KHAFIF, *Al-Tamin (Insurance)*, vol. 38, cit., pp. 110-115.

¹⁹⁷ M.B.A.B.S. AL-SALIH, *Al-Tamin Bayan Al-Hazr Wa-al-ibahah (Insurance Between Prohibition and Acceptance)*, Maktabat Al-Malik Fahd Al-wataniya, Al-Riyad-Saudi Arabia, 2004; M. Z. AL-SAYED, *Nazariyat Al-Tamin fi Al-Fiqh Al-Islami (Insurance Theory Under Islamic Law)*, Dar Al-Manar, Egypt, 1986; A. T. ATTAR, *Hukm Al-Tamin Fi Al-Shariah Al-Islamiyah (Insurance Contract Under Shari'ah Law)*, Maktabat Al-Nahdah Al-misriyah, Al-Qahirah-Egypt, 1983; H. H. HASSAN, *Hukm Al-Shariah Al-Islamiyah fi Uqud Al-Tamin (The Shari'ah Law Opinion Regarding Insurance)*, Dar Al-I'tisam, Al-Qahirah-Egypt, 1979.

¹⁹⁸ M. BALTIJI, *Uq'aad Al-Tamin min Wjhat Al-Fiqh Al-Islamic (Insurance Contract from Shari'ah Law Point of View)*, Maktabat Al-Shabab, Minera, 1987.

destinate ad aiutare la comunità e altri fondi di beneficenza per invalidare ogni tipo di assicurazione. Essi sostengono che i fondi raccolti con questi strumenti e istituzioni sono alternativi a tutti i tipi di assicurazione e sono adeguati a soddisfare le esigenze della comunità qualora vengano correttamente impiegati¹⁹⁹.

Alla luce dell'analisi fin qui svolta, ove sono stati esaminati alcuni contratti islamici che sembravano a primo impatto assimilabili al contratto assicurativo tradizionale occidentale, emerge chiaramente che l'unico modello accettabile dalla legge islamica per garantire protezione sia, oltre agli istituti propri della tradizione islamica, il modello cooperativo e mutualistico malgrado il tentativo di convalidare le pratiche assicurative convenzionali.

7. I rami del *Takaful*.

L'assicurazione islamica cd. *Takaful* ha come scopo principale la salvaguardia dell'interesse della società e mira allo stesso tempo a preservare i bisogni del singolo attraverso l'aiuto e il sostegno reciproco. I principi su cui si fonda la comunità islamica, come rivelato dal Profeta Maometto, sono infatti il mutuo aiuto, la solidarietà e l'equa ripartizione delle ricchezze.

Il *Takaful*, al pari dell'assicurazione convenzionale, si suddivide in due rami: il *General Takaful* che riguarda il ramo 'non vita' e il *Family Takaful* che concerne il 'ramo vita'. In ambo i casi forniscono prodotti e servizi nei limiti di quanto permesso dalla legge *sharaitica*²⁰⁰.

Il *General Takaful* è assimilabile al ramo danni dell'assicurazione occidentale e copre tutti quegli eventi nefasti relativi ai beni in generale e comprende ad esempio il rischio d'incendio, il furto o il danneggiamento di automobili, la responsabilità civile, il trasporto marittimo, ferroviario, ecc. Il *Family Takaful*, invece, riguarda la protezione

¹⁹⁹ Is. ABDU, *Al-Tamin Byn Al-hil Wa-al-Tahreem (Insurance Between Permissibility and Impermissibility)*, Dar Al-I'tisam, Al-Qahirah-Egypt, 1987; S. ALIYYAN, *Insurance in Shari'ah and Law*, 1 ed., Riyadh-Saudi Arabia, 1978.

²⁰⁰ Nella tradizione islamica sono individuati gli ambiti in cui è vietato investire come investimenti nell'industria del tabacco, dell'alcool, giochi d'azzardo, prodotti alimentare non licite ovverosia il consumo di carni o estratti di maiale, armi salvo per lo Stato, transazione bancarie e assicurative eccetto quelle compatibili con la sharia.

della famiglia dal rischio eventuale di circostanze future infauste, come la malattia o l'invalidità che causerebbero la perdita del lavoro del capo famiglia (a volte l'unico reddito del nucleo familiare) o ancora il decesso di quest'ultimo, così come la protezione degli investimenti *sharaitici*, la pensione o i risparmi per il pellegrinaggio alla Mecca.

7.1. Il *General Takaful*.

Il *General Takaful* offre copertura in caso d'incidente, incendio, furto, assistenza medica e marittima. In generale, soddisfa le esigenze di protezione contro le perdite materiali o danni alle cose. Tali piani solitamente forniscono una protezione a breve termine, con durata di un anno. La sfida del *Takaful* è quella di assicurare abbastanza denaro in un anno fiscale per pagare eventuali richieste di risarcimento previste²⁰¹.

Le società di *General Takaful* non sono interessate a un'eventuale eccedenza residua se non per rafforzare il fondo che contiene le partecipazioni qualora il modello operativo utilizzato sia il classico modello di agenzia dove si corrisponde una commissione "*Wakala*". Le compagnie di assicurazione convenzionali si basano su eventuali eccedenze per i loro eventuali profitti. Tuttavia, questo rischio può essere mitigato utilizzando il modello di *Wakala* modificato, in base al quale l'operatore potrebbe ricevere un "incentivo" al raggiungimento di una certa quantità di surplus richiesto.

Di seguito verrà riportato l'esempio della copertura contro il furto d'auto per spiegare il processo del *General Takaful*²⁰². Ogni partecipante contribuisce in base al valore in dollari della protezione che cerca e al suo profilo di rischio individuale. Il fondo accumula 6.100 dollari in contributi e assume una passività potenziale di 24.000 dollari. Questo è l'importo totale in dollari della protezione che il fondo si è impegnato a garantire. L'operatore *takaful* prende una commissione pari al 2% o 480 dollari in anticipo per l'organizzazione e la gestione dei partecipanti e dei loro contributi e per

²⁰¹ A. AYADI, *Assurance Islamique Takaful non-vie : Spécificités des états financiers*, Editions Universitaires Européennes, 2016.

²⁰² M. HAYAT, H. KURESHI, *Contracts and Deals in Islamic Finance*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2015, pp. 296-297.

l'elaborazione delle richieste di risarcimento. Il totale dei crediti per l'anno in corso è di 5.780 dollari, lasciando un'eccedenza di 320 dollari per il fondo per l'anno successivo. Supponendo che tutti i partecipanti abbiano aderito al piano all'inizio dell'anno, il 1° gennaio, hanno una copertura *takaful* fino al 31 dicembre anche se non hanno presentato tutti i reclami entro tale periodo. I partecipanti che desiderano partecipare di nuovo al piano dovranno contribuire al fondo per un altro anno con nuovi contributi. I partecipanti presentano le denunce di sinistro nel corso dell'anno o successivamente. Si fa notare che se il totale dei crediti è superiore ai fondi accumulati, l'operatore *takaful* fornirà un prestito senza interessi "*qard hasan*" per compensare la differenza dei fondi degli azionisti. Il prestito sarà restituito al fondo azionisti quando il fondo rischi dei partecipanti inizierà a produrre eccedenze. Il processo illustra il modo in cui i partecipanti A, B, C, D ed E mettono insieme i loro rischi e contribuiscono a proteggersi dall'esposizione a particolari rischi contribuendo a un fondo il cui unico scopo è di fatto quello di coprire i rischi dei partecipanti da specifici eventi. L'operatore *takaful* è tenuto a garantire che il fondo sia abbastanza solvibile da pagare tutte le richieste di risarcimento. Il processo sopra descritto può essere applicato a piani che coprono una vasta gamma di rischi. Nella categoria del *General Takaful* un partecipante può essere un individuo o una società. La categoria delle perdite può essere numerosa, così come le cause.

CONTRIBUTION PLAN YEAR 1									
PARTICIPANT	PARTICIPANTS' CONTRIBUTION	MAXIMUM PROTECTION SOUGHT	FUND POOL		CLAIMS		RESIDUAL		
A	1,000	5,000	CONTRIBUTIONS COLLECTED	6,100	A	1,200	(200)	CONTRIBUTION FUND RESIDUAL BALANCE \$320 FOR YEAR 1. OPENING FUND BALANCE FOR YEAR 2.	
B	3,000	10,000	TO FEE PAID	480	B	2,500	500		
C	500	2,000	RESIDUAL IN FUND	5,620	C	0	500		
D	700	3,000	PROTECTION PROMISED	24,000	D	1,500	(800)		
E	900	4,000			E	100	800		
					TO FEE	480	(480)		
TOTAL	6,100	24,000			TOTAL	5,780	320		
			TAKAFUL OPERATOR FEE 2% OF FUND = \$2,400.						

FIGURE 25.2 General *Takaful* Process Flow

I partecipanti subiscono perdite finanziarie dirette causate da malattie in termini di spese mediche e perdite indirette sotto forma di perdite di reddito dovute a periodi di assenza dal lavoro.

Le società che offrono prodotti *takaful* generici devono mantenere fondi separati per ogni tipo di rischio che assumono. Ad esempio, i contributi ottenuti per i furti di automobili devono essere mantenuti in un fondo separato dai contributi raccolti per il piano antincendio *takaful*. Le richieste per un piano antincendio non possono essere pagate, ad esempio, con i fondi raccolti nell'ambito di un fondo per furti. Un deficit in una categoria di fondi non può essere compensato con fondi di un'altra categoria. Ad esempio, se un fondo antincendio è in deficit a causa di una frequenza insolitamente alta di incendi domestici in un determinato anno, la società *General Takaful* non può compensare il deficit con un'eventuale eccedenza degli altri fondi²⁰³.

Pertanto, gli operatori *takaful* devono essere molto cauti nel gestire la liquidità poiché un fondo *General Takaful* per definizione è a rischio di insolvenza in quanto potrebbe non essere in grado di pagare il dovuto qualora tutti partecipanti chiedano l'indennizzo²⁰⁴.

Generalmente in Malesia i contributi dei partecipanti nell'ambito del contratto del *General Takaful* sono suddivisi in quattro classi: costi di gestione, fondo speciale di sicurezza, costi di gestione del rischio ed eccedenze. A tal fine una certa percentuale dei contributi versati sarà assegnata per ciascuna delle classi in base al piano concordato²⁰⁵.

- (i) I costi di gestione sono ulteriormente suddivisi in commissioni di agenzia e costi di gestione dell'amministrazione.
- (ii) Un fondo di garanzia speciale è un margine di liquidità o di solvibilità come anticipo per far fronte a qualsiasi circostanza.

²⁰³ *Ivi.*, p. 300.

²⁰⁴ *Ivi.*, p. 310.

²⁰⁵ M.M. BILLAH, *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2019, pp. 67-69.

- (iii) Il costo di gestione del rischio è noto anche come fondo *Tabarru'*, che non può essere rivendicato dal partecipante.
- (iv) Infine, ci sono le eccedenze dei sottoscrittori, che sono suddivise tra l'operatore e il partecipante. L'operatore del *Takaful* raccoglierà i contributi versati dal partecipante e li distribuirà di conseguenza.

Inoltre, i contributi saranno accreditati su due conti: una parte più piccola sarà accreditata sul conto del partecipante (PA), mentre la parte più grande sarà accreditata sul Conto Speciale del Partecipante (PSA). L'importo stanziato nell'ambito della PA viene investito e l'utile viene ripartito secondo Al-Mudharabah tra l'operatore e il partecipante. Tale importo sarà ricevuto dal partecipante indipendentemente dal fatto che il rischio si verifichi o meno durante il periodo di validità della polizza. Nell'ambito del PSA, il contributo sarà ulteriormente distribuito nei quattro fondi sopra menzionati. Questo conto è accreditato secondo il concetto di *Tabarru'* e non può essere richiesto indietro a meno che il partecipante non abbia subito perdite o danni entro il periodo di validità della polizza. Un esempio di polizza assicurativa *General Takaful* utilizzata in Malesia è il “*Pilgrimage (Hajj) Takaful*”²⁰⁶.

Come detto, lo scopo del *takaful* è quello di proteggere i partecipanti da qualsiasi onere, in particolare quelli finanziari in caso di incidente, incendio, morte e così via. In altre parole, l'onere sostenuto da qualcuno a causa di eventuali rischi impreveduti sarà alleviato grazie ai conferimenti degli associati. Difatti tale *policy* infonderà e incoraggerà lo spirito di fratellanza tra i membri del fondo poiché ogni membro del fondo è indirettamente responsabile dell'aiuto e dell'assistenza degli altri membri del fondo. Il *Pilgrimage (Hajj) Takaful* è un piano studiato appositamente per i pellegrini ed è valido solo durante il pellegrinaggio, quinto pilastro dell'*islam* (arkān al-*Islām*), atto obbligatorio che può essere compiuto solo a determinate condizioni. Ogni musulmano ha l'obbligo di recarsi alla Mecca almeno una volta nella vita se i suoi mezzi lo consentono. È considerato un evento importante nella vita di ogni credente poiché rappresenterebbe un mezzo di purificazione; difatti il credente nella casa di

²⁰⁶ *Ivi.*, pp. 180-187.

Allah chiede perdono per i suoi peccati e mediante il compimento di riti viene purificato.

Considerando l'obbligatorietà di tale atto, il *Takaful* in Malesia è diventato obbligatorio, gestito da Lembaga Tabung Haji e istituito nel 1963 dal governo Malese²⁰⁷. Il premio dunque è incluso automaticamente nel pagamento del pacchetto di pellegrinaggio. Questo programma mira a garantire una copertura ai pellegrini contro eventuali infortuni che causerebbero la morte o l'invalidità permanente. Infatti, i pellegrini sono esposti a vari tipi di rischio, come incidenti, ritardi del volo, perdita di bagaglio e così via. La possibilità di incorrere in tali rischi è elevata poiché l'hajj può compiersi solo una volta all'anno tra l'ottavo e il tredicesimo giorno del mese di *Dhu l-hijjah* per tale ragione si crea un affollamento dovuto al fatto che numerosi musulmani di tutto il mondo si riuniscono per eseguirlo. Pertanto, il *Tabung Haji*, in collaborazione con *Syarikat Takaful Malaysia*, ha creato una polizza *Takaful* per i pellegrini che copre i seguenti rischi: morte per incidente, morte per insolazione (colpo di calore), furto o perdita di denaro e ritardo del volo. Questo piano può attirare e incentivare più musulmani in tutto il mondo a svolgere il pellegrinaggio visto che l'assicurazione fornita non è sicuramente in contrasto con le regole etico-religiose contemplate nella legge islamica²⁰⁸.

La copertura assicurativa si attiverà dal momento del decollo per la Mecca e terminerà automaticamente 24 ore dopo il loro arrivo all'ultimo aeroporto dove atterrano per il ritorno a casa. Le prestazioni coperte nel piano offerto sono quelle contro la morte o invalidità permanente causata da un grave infortunio esterno non intenzionale e non causata da altri motivi oppure morte entro 12 mesi dall'incidente (invalidità/infortunio) (a- handicap permanente o disabilità (non trattabile) entro 12 mesi dall'incidente (invalidità/lesioni fisiche); b- morte causata da un colpo di calore), nonché perdita di denaro causata da furto o negligenza involontaria con prove o testimoni, ritardo del volo causato da problemi tecnici/danni e che è superiore a 12 ore (il limite massimo

²⁰⁷ Tabung Haji è disciplinato dal Tabung Haji Act del 1995 (Act 535) che prevede la fornitura di strutture per i musulmani malesi è considerato come modello per una gestione innovativa dell'hajj. Tale ente ha più di 50 anni di esperienza nel risparmio, nei servizi hajj e negli investimenti conformi alla sharia.

²⁰⁸ M.M. BILLAH, *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, cit., p. 182.

da pagare è di soli tre giorni o 72 ore), e infine la copertura delle spese di sepoltura in caso di morte causata da incidente o malattia²⁰⁹. Nel caso in cui si verifichi un'eccedenza dopo la cessazione della copertura *Takaful* esso sarà distribuito tra i partecipanti e la società secondo il principio di Al-Mudharabah come indicato nel modulo di suggerimento e sarà contabilizzato secondo un rapporto concordato del 50% ai partecipanti e del 50% alla società²¹⁰. Tale programma non fornisce la copertura o indennizzo per morte o disabilità che siano direttamente o indirettamente causate da eventi come le ferite di guerra, le lesioni autoinflitte o il suicidio e l'ubriachezza.

In definitiva, il pellegrinaggio è un atto importantissimo per ogni musulmano e ciò ha portato alla creazione di una assicurazione obbligatoria alla luce della alta possibilità di incorrere in rischi durante il pellegrinaggio. Difatti nei paesi ove non sussiste ancora il *takaful* viene stipulata una polizza convenzionale. Di conseguenza, l'introduzione del *takaful* in tali sistemi potrebbe essere solo d'aiuto e guadagno poiché da un lato i credenti non avranno dubbi e sceglieranno sicuramente la polizza *sharia-compliant*, dell'altro lato lo scambio di informazioni tra i pellegrini diventerà indirettamente un mezzo per commercializzare la politica del Takaful, il che spingerà ogni operatore Takaful a garantire prestazioni eccellenti per dare un quadro migliore della struttura Takaful.

7.2. Il Family Takaful.

La copertura *Family Takaful* è un modello che mira a proteggere e salvaguardare le vedove, gli orfani e le altre persone a carico del defunto (assicurato) dal futuro rischio finanziario inaspettato, garantendo un patrimonio nel rispetto dei principi etico-religiosi contemplati nella sharia ivi compreso il rispetto dei principi di *Mirath* (eredità) e *Wasiyah* (testamento) e non un'assicurazione sulla propria vita come si suole pensare. Infatti, nel modello islamico il beneficiario o i beneficiari sono qualificati come un semplice fiduciario che ha l'obbligo di distribuire la rendita tra gli eredi del defunto o il contraente rispettando i principi del *Mirath* e la *Wasiyah*²¹¹. La struttura *Family Takaful* generalmente è una transazione finanziaria che si istituisce

²⁰⁹ *Ivi.*, p. 184.

²¹⁰ *Ibidem.*

²¹¹ *Ivi.*, p. 248.

sul contratto di *Mudaraba* che contempla il principio della cooperazione reciproca, assumendosi la responsabilità di salvaguardare i soggetti bisognosi a carico del defunto, contraente proprietario della polizza, da futuri rischi impreveduti. Se il contraente alla scadenza della polizza risulta ancora in vita dovrà percepire i premi pagati, la quota degli utili realizzati sui premi pagati, il bonus e infine i dividendi secondo la *policy* politica dell'impresa *takaful*.

Tuttavia, se l'assicurato/contraente muore prima della scadenza della polizza, il beneficiario o i beneficiari percepiranno i premi pagati, la quota degli utili realizzati sui premi pagati, il bonus e i dividendi secondo la *policy* aziendale più una donazione dal fondo di beneficenza della società considerando la condizione finanziaria del o dei beneficiari dell'assicurato²¹².

L'evento morte del contraente non deve necessariamente essere naturale o accidentale, ma ogni causa del decesso dovuto al suicidio o l'uccisione in seguito a un crimine. Difatti, la vita appartiene a Dio: *Cor. 3, 145* “*non è possibile che alcuno muoia altro che col permesso di Dio stabilito e scritto a termine fisso*”. Il soggetto che compie l'atto di suicidio è l'unico responsabile davanti Allah del proprio atto: *Cor. 2, 134* “*ma questa fu una nazione ormai passata, che avrà quel che s'è guadagnata, come voi avrete guadagnato, ne sarà chiesta ragione a voi di ciò che essi operarono*”. Pertanto, una polizza *Family Takaful* è una transazione in cui il beneficiario (o i beneficiari) del contraente /assicurato non devono essere privati dalla protezione a causa del gesto col quale un soggetto si procura deliberatamente la morte.

Ciò premesso, si deve osservare come l'assicurazione sulla vita non sia mai stata accettata dai dotti islamici poiché si è sempre sostenuto che la vita appartiene ad Allah e non può essere oggetto di speculazione. Ma questa affermazione si riferisce sostanzialmente all'assicurazione vita convenzionale. È da riconoscere che anche se lo scopo principale vale a dire “il bisogno di protezione” è presente in ambedue le realtà, islamica e convenzionale, tuttavia ci sono senza dubbio diversi aspetti per cui questi due sistemi sono in conflitto sia in termini di principi sia di prassi.

²¹² *Ibidem.*

Innanzitutto, nella struttura della polizza di assicurazione sulla vita sussiste una forte componente di interesse vietata dalla legge islamica, per contro nel modello islamico sempre di assicurazione sulla vita tale componente è assente. Tale peculiarità è presente poiché il piano di protezione viene costruito seguendo la tecnica di finanziamento *Mudaraba*²¹³.

Inoltre, il beneficiario o i beneficiari designati in una polizza convenzionale sono destinatari della prestazione assicurata in modo assoluto, al contrario il medesimo soggetto secondo il modello islamico non è un mero beneficiario della prestazione ma è un fiduciario che riceve il capitale per conto degli eredi dell'assicurato/contraente e ha il compito di distribuirlo tra di loro secondo i principi del *Mirath* e *wasiyah*²¹⁴. Inoltre, il beneficiario riceve la prestazione concordata e prevista nella polizza vita in caso di decesso prematuro dell'assicurato. Per contro, nel caso in cui il contraente non deceda alla scadenza pattuita ha diritto oltre all'intero capitale concordato nella polizza, agli interessi, ai dividendi ed eventuali bonus qualora previsti dalla *policy* dell'impresa.

Il modello islamico prevede che nel caso in cui l'assicurato muoia prima della scadenza della polizza, il beneficiario (o i beneficiari) ha diritto all'intero importo dei premi pagati, al bonus e ai dividendi secondo la *policy* dell'impresa, a una quota degli utili realizzati sui premi pagati e, inoltre, a una donazione del fondo di beneficenza della compagnia dopo una valutazione dello stato finanziario del beneficiario (se il beneficiario (o i beneficiari) è finanziariamente in buone condizioni, l'importo sarà esiguo, ma se il beneficiario (o i beneficiari) è finanziariamente debole o instabile, l'importo potrebbe essere significativo). Tale schema è coerente con il principio della cooperazione e aiuto reciproco verso il benessere delle persone indifese nella società, ed è quindi in linea con le prescrizioni del Corano: *Cor. 5; 2* “*Aiutatevi l'un l'altro in carità e pietà e non sostenetevi nel peccato e nella trasgressione*”. Invece, nel caso in cui l'assicurato non sia deceduto alla scadenza della polizza avrà diritto all'intero importo dei premi pagati, a una quota degli utili realizzati sui premi pagati secondo lo

²¹³ M. SHAFI, B. ZINDEGI, (trans. Eng) A. A. MEENAI, *Life Insurance*, Darul Ishaq, Karachi-Pakistan, 1995, p. 36.

²¹⁴ M.M. BILLAH, *Life Insurance? An Islamic View*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 8, 4, 1993, pp. 315-324. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3381725.

schema del contratto *Mudaraba*, più eventuali bonus e dividendi qualora fossero previsti dalla *policy* aziendale²¹⁵.

Infine, per quanto riguarda l'interesse assicurabile di norma esso è attribuito all'assicurato nel sistema convenzionale nel caso in cui l'evento morte non si sia verificato alla scadenza della polizza. Tuttavia, in caso contrario, ovvero decesso dell'assicurato entro il termine stabilito, gli interessi assicurabili sono a carico del beneficiario o i beneficiari²¹⁶. Per contro nel paradigma islamico, l'interesse assicurabile è da attribuire all'assicurato stesso o ai suoi eredi secondo l'istituto dell'eredità sharaitico²¹⁷.

La copertura *Family Takaful* differisce da quella di *General Takaful*, in quanto i contributi dei partecipanti si trasferiscono di fatto agli anni successivi in quanto i piani assicurativi sono strutturati a lungo termine e rinnovabili ogni anno, e a un certo punto il contributo al rischio di un partecipante può di fatto finanziare l'indennità/la rendita di decesso in caso di morte di un membro. Oltre ai piani che coprono solo i rischi esistono altresì piani che coinvolgono sia la copertura dei rischi sia gli investimenti: queste sono le caratteristiche delle polizze *Family Takaful*. Tali piani non sono considerati contratti che mirano all'ottenimento di un indennizzo “*contract of indemnity*”, ma sono contratti che hanno come fine ultimo l'ottenimento di un beneficio economico “*contracts of benefit*”²¹⁸. Difatti, il partecipante aderisce ad un piano per proteggere e tutelare i membri della sua famiglia poiché i beneficiari subiscono una perdita finanziaria in termini di perdita di reddito, soprattutto se il defunto è il capofamiglia e il suo reddito è l'unica entrata economica di sostentamento. Pertanto, i piani *Family Takaful* sono contratti di previdenza in cui una somma viene versata ai familiari del defunto. Il partecipante può scegliere se desidera la copertura massima che verrà corrisposta attraverso un contributo in danaro.

²¹⁵ M.M. BILLAH, *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, cit., p. 253.

²¹⁶ *Ibidem*.

²¹⁷ M.M. BILLAH, *Insurable Interest: Can the Modern Law Be Adopted in Takaful Operations?* *Arab Law Quarterly*, vol. 15, 2, 2000, pp. 206-209. Available at JSTOR, www.jstor.org/stable/3381966.

²¹⁸ M. HAYAT, H. KURESHI, *Contracts and Deals in Islamic Finance*, cit., p. 311.

Anche in questo caso il partecipante può scegliere la copertura massima consona alle sue esigenze: per esempio se un partecipante desidera, in caso di decesso, una rendita di 2.000.000 euro, potrebbe dover pagare un contributo di 20.000 euro all'anno.

Nel caso in cui il partecipante non muoia e continui a pagare tutti i contributi per tutta la durata prestabilita del contratto, il contribuente percepirà alla conclusione del contratto una somma di denaro pari a quanto sarebbe stato corrisposto in caso di morte o un importo superiore in quanto si aggiungerà una certa percentuale del contributo che sarebbe stata accantonata dall'operatore *takaful* e investita in attività a lungo termine²¹⁹. I contributi dei partecipanti vengono scorporati per cui una quota viene versata nel fondo rischio che viene utilizzato per pagare una rendita in caso di decesso e una quota viene versata nel fondo investimento, che viene utilizzato per pagare una prestazione simile ad una ricompensa poiché non si è verificato l'evento decesso. Gli operatori *takaful* sono responsabili della gestione di questi fondi, e le commissioni previste dal contratto di *wakala* includono le spese di servizio per la relativa gestione. Tuttavia, alcuni modelli organizzativi consentono all'operatore *takaful* di partecipare ai proventi degli investimenti effettuati attraverso il fondo d'investimento come il contratto di *mudaraba*. Pertanto, nella struttura *Family Takaful* sussiste sia una componente di gestione patrimoniale in quanto il prodotto è strutturato a lungo termine sia una componente di risparmio nei suddetti versamenti. Infatti, se non si verifica l'evento infausto nel *General Takaful* i partecipanti non avranno diritto ad alcun indennizzo o rivalsa; possono ottenere un bonus o incentivo senza subire perdite al momento del rinnovo della polizza per gli anni successivi. Invece, nel *Family Takaful* se l'evento funesto non si verifica e il contribuente sopravvive per tutta la durata del programma *takaful* a quest'ultimo verrà corrisposta una somma che a volte supera la rendita prestabilita a priori in caso di decesso²²⁰.

In conclusione, l'impatto del verificarsi degli eventi funesti cambia. Infatti, nel *general takaful* la percentuale del verificarsi degli eventi è frequente ma con un basso impatto, per contro nel *family takaful* questi non sono frequenti, ovvero gli eventi funesti, ma il loro impatto è significativo. Il programma *Family Takaful* si risolve automaticamente

²¹⁹ *Ibidem.*

²²⁰ *Ibidem.*

con l'incasso della somma pattuita nella polizza richiesta dagli eredi del contraente. Per contro nel *General Takaful* le dinamiche cambiano poiché il contratto non si risolve con la sola richiesta dell'indennizzo avanzata dal partecipante, poiché questo può presentare tante richieste nell'arco di un anno quanto le probabilità del verificarsi dell'evento infausto.

Di seguito verrà riportato un esempio di come funziona il flusso nella struttura *Family Takaful*²²¹. I contraenti A, B, C, D ed E contribuiscono ai rispettivi programmi pagando un contributo lordo ogni anno. Dopo la deduzione delle spese, il contributo pagato viene scisso in due quote: la prima parte pari al 70% viene versata nel fondo rischio e la seconda parte pari al 30 % viene versata nel fondo d'investimento. Sarà corrisposta una rendita ai beneficiari disegnati in caso di decesso del partecipante oppure una somma a questo in caso di sua sopravvivenza per tutta la durata del programma *takaful*. L'operatore *takaful* conserva lo storico e le registrazioni dei saldi maturati per ogni partecipante per i rispettivi fondi, in quanto si tratta di rapporti strutturati a lungo termine. I versamenti effettuati consecutivamente ogni anno consolidano la posizione finanziaria del partecipante circa il fondo *takaful*. In caso di decesso viene corrisposta al beneficiario o ai beneficiari una rendita, attingendo al fondo rischio, insieme al capitale e i relativi utili maturati derivati dal fondo d'investimento. Per esempio, quando muore il partecipante A i suoi versamenti al fondo rischio sono stati circa 98.000 dollari mentre l'indennità di decesso è stata di 150.000 dollari; per cui la differenza di 52.000 dollari verrà pagata dal fondo rischi. Tuttavia, il saldo di 42.000 dollari del partecipante nel fondo di investimento deve essere pagato con tutti i profitti accumulati. Analogamente, il partecipante D sopravvive considerando il suo programma *takaful* e dunque ha diritto insieme a un sussidio di sopravvivenza pari a 90.000 dollari erogato dal fondo rischi alla rimanenza del fondo d'investimento.

Ci sono diversi tipi di polizze, dette anche certificati, di *family takaful*. Il lemma certificato *takaful* non implica alcuna parte di investimento. Pertanto, il contributo effettivo versato è inferiore a quello previsto dal certificato avente come oggetto l'investimento. I certificati legati all'investimento prevedono due fondi, il fondo di

²²¹Ivi., pp. 312-313.

rischio e il fondo d'investimento. Alcuni programmi *Family Takaful* prevedono altresì un sussidio di sopravvivenza, controverso dai giurisperiti islamici, vale a dire che se il partecipante sopravvive fino alla scadenza del certificato, otterrà l'importo del sussidio di sopravvivenza.

PARTICIPANT	PARTICIPANTS CONTRIBUTION CURRENT YEAR	PARTICIPANTS CONTRIBUTION TO RISK FUND	PARTICIPANTS CONTRIBUTION TO INVESTMENT FUND	PARTICIPANTS CONTRIBUTIONS PREVIOUS YEARS	PARTICIPANTS ACCRUED RISK FUND	PARTICIPANTS ACCRUED INVESTMENT FUND	TOTAL CONTRIBUTIONS	PARTICIPANTS RISK FUND	PARTICIPANTS INVESTMENT FUND	DEATH BENEFIT	SURVIVAL BENEFIT	DEATH BENEFIT CLAIMS	IMPACT ON RISK FUND	INVESTMENT FUND PAYOUTS	IMPACT ON INVESTMENT FUND
A	10,000	7,000	3,000	130,000	91,000	39,000	140,000	98,000	42,000	150,000	225,000	150,000	(92,000)	-	43,000
B	30,000	21,000	8,000	200,000	140,000	60,000	230,000	181,000	89,000	350,000	650,000	-	161,000	-	88,000
C	5,000	3,500	1,500	70,000	49,000	21,000	75,000	52,500	22,500	80,000	120,000	-	52,500	-	23,500
D	7,000	4,900	2,100	53,000	37,100	15,900	60,000	42,000	18,000	80,000	90,000	-	42,000	90,000	(75,000)
E	8,000	5,600	2,400	70,000	48,000	21,000	79,000	55,500	23,500	150,000	195,000	-	55,500	-	23,700
TOTAL	61,000	42,700	18,300	523,000	366,100	158,900	644,000	408,800	175,200	720,000	1,080,000	150,000	258,800	90,000	85,200

WAKALAH MODEL TO FEE = 2% = \$1,200	RETURNS ON INVESTMENTS 15,990 TOT SHARE 7,846	JUALAH MODEL TOT SHARE 77,640	WAKALAH MODEL AGENCY FEE 1,200	MUDHARABAH MODEL PROFIT SHARING 7,846
UNDERWRITING SURPLUS				

FIGURE 25.4 Family Takaful Process Flows

Il reddito degli operatori *takaful* si compone di una commissione derivante dal contratto *wakala* per la fornitura dei servizi di gestione e di sottoscrizione, una seconda fonte deriva dei rendimenti generati dall'investimento. Alcuni rischi contrari all'ordine pubblico islamico sono considerati illeciti nella tradizione islamica e non possono usufruire di una copertura assicurativa in base a quanto definito dalla legge islamica. È il caso del suicidio proibito dalla legge islamica, difatti il suo divieto netto lo troviamo nel Corano, Sura An-Nisa' (le donne), Versetto n. 29 che prescrive: “O voi che credete, non divoriate vicendevolmente i vostri beni, ma commerciate con mutuo consenso, e non uccidetevi da voi stessi. Allah è misericordioso verso di voi”. Con il concetto “non uccidetevi da voi stessi” *rectius* in arabo *anfusa-kum* si vieta nettamente il suicidio e generalmente l'omicidio. A dire il vero anche l'eutanasia è vietata poiché la vita viene data e tolta solamente da Allah “*Al-Muhyi, Al-Mumit*”.

A tal proposito el-sheikh Yusuf al-Qaradawy aveva asserito nel suo libro intitolato il lecito e l'illecito nell'islam che “*colui che si suicida utilizzando qualsiasi mezzo compiendo tale atto uccide un'anima tutelata d'Allah senza alcuna ragione, difatti la vita dell'uomo non gli appartiene, non ha creato la sua anima, nemmeno un arto del*

suo corpo, né una cellula delle sue cellule, ma la sua anima gli è stata affidata da Dio che non deve trascurare, e quindi che dire dell'attaccarla? e dell'ucciderla?"²²². Il giurista ha altresì asserito che il Profeta ha ammonito il suicida che la misericordia di Allah nel paradiso gli sarà negata e che la sua punizione sarà la sofferenza dell'inferno.

Il Profeta in merito avrebbe asserito testualmente che *"Il y avait entre vous un homme blessé, angoissé, alors il prit un couteau et coupa sa main, et le sang s'est mis à couler jusqu'à sa mort. Allah dit donc : "mon esclave est venu lui-meme chez moi, alors je lui interdis de rentrer au paradis"*. Inoltre, i *Ulama* all'unanimità nella materia del suicidio fanno riferimento ad un *hadith* riportato dal Profeta che narra che colui chi si getta dalla montagna e si uccide, sarà gettato al fuoco dell'inferno per l'eternità, e colui che si avvelena e si uccide prenderà il veleno nell'inferno per l'eternità, e colui che si uccide con uno strumento di ferro brucerà la sua mano all'inferno per l'eternità²²³. Nonostante il suicidio fosse condannato dalla sharia, può essere oggetto del contratto *takaful* ramo vita come nell'assicurazione convenzionale. Pertanto, il suicidio non è una causa da non assicurarsi ma è una limitazione della garanzia nel programma *takaful*. Difatti il beneficiario dell'assicurazione ramo vita non può essere privato da quanto è stato pattuito dal contraente alla stipula del piano *takaful* poiché è il suicida che ha commesso il torto nei confronti di Dio. Per tale ragione il versamento della prestazione assurance-vie al beneficiario nell'assicurazione convenzionale, anche in presenza del suicidio, non è contrario all'ordine pubblico islamico e alla sharia²²⁴. Pertanto, nell'assicurazione *takaful*, il suicidio può diventare un rischio assicurabile secondo il diritto positivo del paese ove la compagnia assicurativa ha sede, salvo che il beneficiario sia l'istigatore dell'atto di suicidio.

²²² A. NEHME, *L'assurance entre loi islamique et droit positif : l'exemple des droits français et libanais*, Éthique et normes de la finance, Paris, 2015, p. 120 ; si veda altresì, Y. AL-QARADAWY, *al halal wal haram fi al islam*, Al-Maktab al-Islami, Beirut, 1994, p. 297.

²²³ A. NEHME, *L'assurance entre loi islamique et droit positif : l'exemple des droits français et libanais*, cit., p. 120 ; si veda altresì, Y. AL-QARADAWY, *al halal wal haram fi al islam*, cit., p. 298.

²²⁴ L'art. 1927 c.c. prescrive che anche in caso di suicidio volontario la somma assicurata deve essere pagata a patto che l'evento si è verificato dopo due anni dalla stipula o dalla riattivazione poiché il legislatore ha ritenuto che tale termine possa essere sufficiente a far venir meno il proposito suicida o, almeno a dissuadere il soggetto dalla stipula in frode: *"in caso di suicidio dell'assicurato, avvenuto prima che siano decorsi due anni dalla stipulazione del contratto, l'assicuratore non è tenuto al pagamento delle somme assicurate, salvo patto contrario"*.

La struttura del *takaful* è una struttura che si regge sulla cooperazione e l'aiuto reciproco a tutela dell'interesse generale. Pertanto, affinché l'industria del *takaful* possa crescere ed essere gestita in modo adeguato, è necessario che ci sia un organo in grado di regolare e supervisionare le sue operazioni. Di conseguenza è necessaria un'architettura legislativa che vigili sull'operato e la conformità dei servizi e/o prodotti offerti dalla struttura. Ad esempio, in Malesia l'attività di *takaful* è autorizzata e regolamentata; infatti, ogni operatore *Takaful* dovrebbe includere all'interno del suo apparato gestionale un proprio Consiglio di supervisione religiosa per indirizzare l'impresa sulle operazioni del suo business *Takaful*. Tale organo di vigilanza ha un ruolo fondamentale nella piazza sharaitica, infatti si trova sempre nelle banche e istituzioni finanziarie islamiche.

Il *Takaful Act Malaysia* del 1984, infatti, nella sezione 8.3, lett. a), prescrive la sua obbligatorietà e il suo compito primario vale a dire il rispetto dei principi etico-religiosi contenuti nella legge islamica: “*A Religious Supervisory Council, whose members would made up of Muslim religious scholars in the country, shall be established to advise the Company on the operations of its Takaful business in order to ensure that they do not involve any element which is not approved by Religion of Islam*”. Tale prescrizione è stata riportata nello statuto del *Takaful Malaysia Bhd* dove si afferma che tutte le pratiche svolte dell'impresa saranno svolte in conformità ai principi, alle regole e alle pratiche islamiche e per tale ragione sarà svolto uno screening da parte dello Shari'ah Supervisory Council “*all business of the company will be transacted in accordance with Islamic principles, rules and practices*”²²⁵. Un contratto assicurativo conforme alla sharia maggiormente utilizzato nel mercato malese è la presenza dell'assicurazione islamica nei mutui ipotecari come ad esempio il piano *Takaful* ipotecario applicato dal *Takaful Nasional Berhad*. Le operazioni pertanto possono essere leggermente diverse da una società all'altra a causa di politiche e regole diverse. La polizza *Takaful* ipotecaria collegata all'ipoteca o *Rahm* è una sorta di protezione a nome dello stipulante in qualità di mutuatario e di garante del finanziatore, come ad esempio la banca per la concessione di credito o una linea di credito per l'acquisto di

²²⁵ M. M. BILLAH, *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, cit., p. 69.

beni quali locali commerciali, terreni, auto e così via. Questo piano garantisce la giustizia tra le due parti. Tale piano tutela gli interessi finanziari perché se il mutuatario non è in grado di pagare il prestito residuo a causa del suo decesso prematuro o di un'invalidità totale permanente, il piano ipotecario *Takaful* sarà ritenuto responsabile per garantire il rimborso completo del saldo residuo. Dal lato del mutuatario, questo piano serve a garantire che i beni acquistati saranno per sempre suoi. L'applicazione del *Takaful* ipotecario è giustificata dal significato tecnico delle scuole di pensiero Hanafita come possesso (polizza *Takaful* ipotecaria) offerto come garanzia (garanzia per il rimborso) per un debito (prestito del mutuatario) che sarà preso dall'operatore *Takaful* nel caso in cui il debitore (mutuatario) non sia riuscito (a causa di un rischio inatteso definito o di un'invalidità permanente) a rimborsare il denaro dovuto (prestito in essere)²²⁶. Il *Rahn* è lecito secondo le fonti islamiche Corano, Sunna, e *Ijma'*²²⁷. Tale riconoscimento è fondamentale considerando il costante mutamento delle pratiche commerciali. È ovvio, infatti, che tale certificato è fortemente necessario ad entrambe le parti (il mutuatario e il finanziatore). Il mutuatario da un lato è consapevole che non può esistere un prestito senza avere la stipula di una polizza ipotecaria e, dall'altro, il finanziatore sarà garantito in caso di fallimento. La polizza è assolutamente necessaria quando una persona intende acquistare dei beni utilizzando un prestito. Difatti, la ratio alla base della legalizzazione di *Rahn* è notevole, perché il pegno libera il creditore pignoratizio (il finanziatore) dalla paura del fallimento.

I benefici derivanti da tale piano sono molteplici, come il rimborso del finanziamento del mutuatario o del partecipante in un'unica soluzione in caso di morte prematura o di invalidità totale permanente; il saldo residuo del prestito sarà interamente coperto dal Mortgage *Takaful* Plan, inoltre l'eventuale garante o beneficiario non sarà gravato dal pagamento in caso di morte del mutuatario o del partecipante; il garante è sollevato

²²⁶ *Ivi.*, p. 344.

²²⁷ *Cor.* 2, 583: “*Se siete in viaggio e non trovate uno scrivano, si ricevano pegni [...]*”; Da un *hadith* contemplato nel *Sahih Muslim* si evince che il Profeta ha preso in prestito del cibo da un ebreo di Medina e ha offerto il suo scudo come pegno; inoltre Abu Huraira ha riferito che il Profeta ha detto: “*A riding animal is used in return for its expenses, if the animal is pledged. He who rides the animal or drinks the milk has to pay the expenses*”. *He (pbuh) said, “a pledge does not become the property of the mortgagee; it remains the property of its owner who mortgaged it: he is entitled to its benefits, and he is liable for its expenses*”; inoltre la comunità dei dotti sono d'accordo sulla legalità del *Rahn*. La legalità del *Rahn* viene mantenuta fintanto che viene applicata secondo la *Shari'ah* e dovrebbe promuovere la bontà, la giustizia e l'equità verso tutte le parti coinvolte senza danneggiare gli altri.

da questa responsabilità, poiché grazie al pagamento totale di quanto dovuto i beni vincolati saranno liberi e saranno compresi nell'attivo ereditario, infine il partecipante al piano ipotecario ha il diritto di dividere gli utili derivanti dalla valutazione attuariale dei conti speciali dei partecipanti del fondo *Family Takaful*²²⁸. Lo sviluppo dell'industria *takaful* deve essere concepito come un modo per compiacere la volontà di Allah poiché si cerca di aiutare la comunità rispettando i principi etico-religiosi contenuti nelle fonti primarie del credo islamico come la cooperazione e l'aiuto reciproco. Difatti, lo scopo primario è quello di garantire l'assistenza materiale ai soggetti che si trovano in difficoltà a causa di eventi nefasti impreveduti. In tal senso in un *hadith* si narra che il Profeta aveva raccomandato ad un credente, che aveva lasciato slegato il suo cammello confidando nella volontà divina, di legare il suo cammello e poi di stare alla volontà di Dio. L'intento è di far capire alla comunità islamica che accettare gli accadimenti nefasti della vita non vuol dire essere passivi e accettare i medesimi senza adottare le misure o gli strumenti di protezione adeguate a ridurre al minimo il rischio.²²⁹ Tale messaggio è chiaro altresì nel Corano “*O voi che credete! [...] aiutatevi l'un l'altro a praticare la pietà e il timore di Dio, e non appoggiatevi gli uni agli altri per commettere iniquità e prevaricazioni*”. (Cor. 5, 2)

8. I modelli organizzativi *business* e le implicazioni normative.

L'equilibrio economico è lo scopo di ogni impresa assicurativa e, ovviamente, anche del *takaful*; ciò spiega la concorrenza feroce nell'offerta dei prodotti in ordine a premi, le spese e la percentuale dei risparmi. Il *takaful* operator istituisce un fondo *takaful*, a favore di un gruppo di partecipanti per aiutarsi a vicenda nei momenti di bisogno. Il collegamento diretto tra chi contribuisce e chi ne ha bisogno non è presente. C'è meno attenzione per la religione e l'osservanza religiosa, anche se un consiglio religioso (consiglio della sharia) esamina attentamente le pratiche di queste aziende per garantirne il rispetto. Pertanto, il *takaful* può essere considerato un modello organizzativo “ibrido” di natura assicurativo-mutualistico, forma nuova rispetto agli

²²⁸ M. M. BILLAH, *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, cit., p. 346.

²²⁹ R. HAMAUI, M. MAURI, *op. cit.*, p. 123.

schemi assicurativi che sono apparsi con l'avvento dell'assicurazione a premio²³⁰. Il *takaful* ha una struttura simile a quella di una società di mutua assicurazione, che è gestita da un assicuratore di azioni a pagamento, ma anche di una società di assicurazione basata sulla fede rispettosa dei principi etico-religiosi. L'operatore *takaful*, generalmente una società per azioni, ha il compito di gestire gli accordi della struttura che si reggono sulla solidarietà, in contrasto con la mutua assicurazione convenzionale emerse sin dal XVIII secolo. Pertanto, la struttura *takaful* per poter svolgere la sua attività, copertura del rischio e investimento in attività *halal*, adotta un modello ibrido (*wakala* e *mudaraba*). Infatti, l'operatore *takaful* oltre ad essere una società commerciale deve garantire anche la presenza di un fondo di rischio separato (il fondo dei partecipanti). I contribuenti versano le loro partecipazioni in un fondo che servirà a far fronte alle retribuzioni e alle spese di gestione. I contributi di ogni partecipante sono determinati contrattualmente e contabilizzati nei conti di rischio dei partecipanti. I contratti *takaful* specificano anche il valore monetario delle pretese in caso di danno. Mentre gli assicurati convenzionali acquistano una copertura del rischio e trasferiscono la "proprietà" del denaro che pagano alla compagnia di assicurazione, i partecipanti restano proprietari del fondo. Nel *takaful*, non è l'impresa assicurativa, ma gli stessi partecipanti che forniscono la copertura del rischio, tutelandosi reciprocamente, dal loro fondo²³¹. Il fondamento centrale del modello *takaful* è la separazione tra il fondo dei partecipanti e quello degli azionisti dell'operatore *takaful*, poiché il ruolo di quest'ultimo è gestire il fondo dei contribuenti per loro conto. Esistono, tuttavia diversi modelli di business che possono regolare il rapporto tra l'assicurato e l'operatore come il *Ta'awun Model* e il *Non-profit Model*²³². Nel prosieguo saranno illustrati i principali modelli di *business*.

- **Ta'awun Model.** Secondo il modello *Ta'awun*, gli operatori del *Takaful* utilizzano solitamente il concetto di *Mudaraba* nelle loro transazioni quotidiane. In questa

²³⁰ Si veda, F. DENOZZA, *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 1978; Z. A. M. KASSIM, H. S. ODIERNO, S. PATEL, *Hybrid Insurance Structures: Reciprocals, Hybrid Mutual Insurers, and Takaful*, in *Takaful and Mutual Insurance. Alternative Approaches to managing risks*, The World Bank, Washington, 2013, p. 76 ss.

²³¹ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, in *Takaful Islamic Insurance. Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons Pte. Ltd., Asia, 2009, p. 11.

²³² B. KETTELL, *Introduction to Islamic banking and finance*, John Wiley & Sons Pte. Ltd., UK, 2011, p. 130-131.

fattispecie, l'operatore Takaful e l'assicurato condividono solo il profitto che si genera dagli investimenti diretti stabilendo una percentuale 50/50, 60/40 o 70/30. L'assicurato ha diritto al 100% dell'eccedenza senza alcuna deduzione prima della distribuzione. Questo modello è applicabile al ramo *Family Takaful* perché il fondo è interamente distribuito sui partecipanti²³³.

- **Nonprofit Model.** Il modello nonprofit è applicato da imprese e strutture governative gestite senza scopo di lucro. Questo modello utilizza un contributo che è al 100% Tabarru' (donazione) da parte dei partecipanti che donano volentieri ai membri meno fortunati della loro comunità²³⁴. L'operatore *takaful* gestisce solo i contributi e gli investimenti per conto dei partecipanti al *takaful*. Le eccedenze delle partecipazioni e i profitti degli investimenti appartengono ai partecipanti al *takaful* che dovrebbero anche sostenere i deficit e le perdite (ad eccezione dei casi di cattiva condotta e di negligenza dell'operatore *takaful*). Tuttavia, l'operatore *takaful* è obbligato *ex lege*, in molti paesi, a fornire un prestito senza interessi (*qard hasan*) se si realizza un deficit del fondo che richiede una solidità patrimoniale del fondo degli azionisti dell'operatore *takaful*. La restituzione del prestito si farà dalle future eccedenze di sottoscrizione. La struttura delineata finora vale per il *takaful* generale, cioè per l'alternativa Shari'ah-compliant all'assicurazione non vita.

Nel caso della *Family Takaful* occorre aggiungere il fondo d'investimento dei partecipanti. I contributi nel *Family Takaful* contengono, oltre alla componente di rischio, una componente di risparmio e di investimento che viene accreditata sui conti di investimento dei singoli partecipanti. Questa parte del contributo tuttavia non fa parte della copertura dei rischi reciproci. Viene investito al fine di accumulare ricchezza per il partecipante in caso di sopravvivenza o per i beneficiari in caso di morte. L'operatore *takaful* è responsabile dell'investimento fruttuoso di questa parte del contributo *takaful*. Il fondo dei partecipanti è un'entità distinta solo nell'ambito interno (rilevante per le relazioni tra l'operatore *takaful* e i partecipanti) ma non ha una personalità giuridica distinta (rilevante per le relazioni con i terzi)²³⁵. L'operatore

²³³ *Ibidem.*

²³⁴ *Ibidem.*

²³⁵ In Pakistan un accordo diverso è possibile dove gli azionisti dell'operatore *takaful* hanno la possibilità di dedicare il capitale alla formazione di un *waqf* il che fa sì che il fondo dei partecipanti diventi un'entità giuridica separata.

takaful può decidere liberamente come adempiere ai propri obblighi contrattuali nei confronti dei partecipanti al *takaful*. Ad esempio, l'operatore *takaful* ha il diritto di stipulare accordi di *Retakaful* (o anche di riassicurazione convenzionale) ove una parte della gestione del rischio non venga gestita da lui ma dall'impresa *Retakaful*. Un altro esempio di esternalizzazione dei compiti è la gestione patrimoniale (soprattutto per la parte di risparmio dei contributi per il *Family Takaful*). Difatti, tale compito potrebbe essere trasferito esplicitamente o implicitamente a un gestore patrimoniale indipendente: esplicitamente, se questo compito è assegnato contrattualmente ad un'altra società; implicitamente, se l'operatore *takaful* colloca parti sostanziali dei fondi dei partecipanti in conti di investimento presso banche islamiche. Sebbene non vi siano delle obiezioni legali contro tali pratiche, è difficile conciliarle con i concetti di mutualità, donazione e proprietà dei partecipanti ai contributi *takaful*, ed esse sollevano questioni di *corporate governance*. La struttura di base di un'impresa *takaful* è definita dall'operatore *takaful*. Da un punto di vista normativo, una delle principali preoccupazioni è come remunerare la prestazione lavorativa dell'operatore *takaful*. Sono emersi due modelli standard: il modello *wakala* (agenzia) e il modello *mudaraba* (partecipazione agli utili).

Le varianti sono il modello *wakala* a pagamento e il modello *mudaraba* modificato.

In pratica, una combinazione di questi due modelli standard è ampiamente applicata: il modello *wakalah mudarabah*. Questo modello applica i principi del *wakala* all'attività di sottoscrizione (Participants' *takaful* fund) e del *mudaraba* all'attività di investimento (sia per quanto riguarda le riserve e le risorse in eccesso nel Participants' *takaful* fund che per i contributi dei partecipanti al Participants' investment fund). Si riporta di seguito uno schema riassuntivo della struttura del *General Takaful* e del *Family Takaful*²³⁶:

²³⁶ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 12.

General <i>takaful</i>		
<i>Takaful operator</i>	Participants	
Shareholders' fund (SHF) <i>(in need provision of)</i>	Participants' <i>takaful</i> fund (PTF) <i>qard hasan</i>	
	Participants' risk accounts (PRAs)	
Family <i>takaful</i>		
<i>Takaful operator</i>	Participants	
Shareholders' fund (SHF) <i>(in need provision of)</i>	Participants' <i>takaful</i> fund (PTF) <i>qard hasan</i>	Participants' investment fund (PIF)
	Participants' risk accounts (PRAs)	Participants' investment accounts (PIAs)

8.1. Il *Wakala* model.

Nel modello di *wakala* tutti i rapporti che si instaurano tra l'operatore *takaful* e i partecipanti si reggono su una struttura o un contratto di agenzia in senso civilistico: l'operatore è il *wakeel* (agente) che agisce per conto dei partecipanti (committenti) sia nella gestione dei rischi che degli investimenti da effettuare, di norma a fronte di un compenso concordato anticipatamente per l'attività da svolgere, come le spese amministrative, di gestione e di distribuzione²³⁷. L'operato del *wakeel*, in entrambi i campi, è remunerato sotto forma di una commissione contrattualmente specificata o come importo assoluto o come percentuale del fatturato (cioè il volume dei contributi o dei fondi investiti), ma non come percentuale dell'utile dell'impresa. Le commissioni devono coprire tutti i costi di gestione più il profitto spettanti agli azionisti addebitati al fondo *takaful*²³⁸. L'operatore *takaful* non partecipa o condivide i risultati della sottoscrizione in quanto questi appartengono ai partecipanti come "surplus" o "deficit". Poiché i compensi degli operatori *takaful* si calcolano in relazione ai contributi *takaful*, si tende a stipulare più polizze possibile e a scendere a compromessi sulla qualità, il che si traduce in una contrattazione o in una gestione impropria dei sinistri²³⁹.

²³⁷ H. A. ANNUAR, S. A. ROSLY, H. M. ABDUL RASHID, *Al wakalah and its impact on the growth and performance of takaful companies: a Malaysian case*, in *The European journal of management and public policy*, vol. 3, 1, 2004, pp. 84-119.

²³⁸ B. KETTELL, *Introduction to Islamic banking and finance*, cit., p. 12.

²³⁹ Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2013, p. 16.

Questo modello è stato ampiamente criticato per la mancanza di incentivi da erogare all'operatore *takaful* per gestire correttamente il fondo *takaful*, in quanto l'operatore *takaful* non partecipa a nessuna delle eccedenze o degli utili²⁴⁰.

Per tale ragione è stato introdotto un modello alternativo ovvero un modello di *Wakala* che prevede anche commissioni di performance. Il difetto del modello *wakala* puro ha spinto verso la strutturazione di un cd. *wakala* modificato ove è prevista una commissione di performance che mira ad incentivare l'operato del gestore *takaful*. Difatti il suo compenso includerà una quota iniziale e una quota proporzionata al surplus di sottoscrizione per la buona *gestio*. Pertanto, questo modello implica l'erogazione d'incentivi agli operatori economici orientati verso la realizzazione del profitto per aumentare il volume d'affare dei contributi e dei fondi investiti, mentre la performance nella raccolta e nell'investimento non ha alcuna influenza sul reddito. Questo non può essere nell'interesse dei partecipanti al *takaful*. Pertanto, le commissioni includono talvolta elementi di "*performance*", dove la *performance* è misurata in relazione all'eccedenza di sottoscrizione o al profitto dell'investimento. Ciò cambia notevolmente la struttura degli incentivi e la *governance* e li avvicina a quelli del modello *mudaraba*. Questo diventa un problema soprattutto se l'elemento di performance è forte e se le maggiori eccedenze di sottoscrizione portano a commissioni più elevate²⁴¹. Le commissioni relative al fatturato implicano incentivi per gli operatori economici orientati verso il profitto per aumentare il volume dei contributi e dei fondi investiti, mentre la performance nella raccolta e nell'investimento non ha un impatto diretto sul reddito. Questo non rientra tra gli interessi dei partecipanti al *takaful*²⁴².

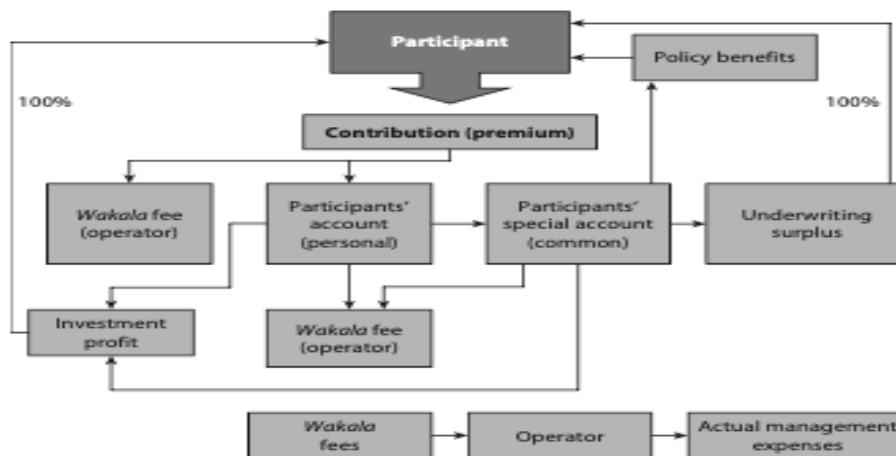
Lo schema del *wakala* model²⁴³:

²⁴⁰ La Shariah Standard AAOIFI N. 26 (5/5) del 2007 stabilisce che l'eccedenza può essere restituita solo ai partecipanti e non può essere condivisa con l'operatore *takaful*.

²⁴¹ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 13-14.

²⁴² *Ivi.*, p. 15.

²⁴³ Z. A. M. KASSIM, H. S. ODIERNO, S. PATEL, *Hybrid Insurance Structures: Reciprocal, Hybrid Mutual Insurers, and Takaful*, cit., p. 78.



8.2. Il Mudaraba model.

Il contratto di *mudaraba* è un'associazione a scopo di lucro, ovvero un modello di partnership, dove una parte (*Rab al-Mal*) fornisce il capitale, nel *takaful* saranno i partecipanti, e l'altra parte (*mudarib*) fornisce le competenze imprenditoriali e la forza lavoro per gestire tale capitale, nel *takaful* sarà l'operatore *takaful*²⁴⁴. In questo modello i partecipanti stipulano un impegno di donazione o tabarru' che giustifichi il versamento dei contributi²⁴⁵. L'investimento che viene effettuato basandosi sulla *mudaraba* non è l'obiettivo principale del contribuente ovvero il fine per il quale si effettua il versamento delle partecipazioni, ma è solo un'attività aggiuntiva per ottimizzare l'utilizzo del fondo fino a quando non vengono presentate richieste di indennizzo o non vengono sostenute altre spese²⁴⁶. Così, secondo il contratto di *mudaraba* puro, l'operatore *takaful* agisce come *mudarib* (imprenditore) e i partecipanti come *Rab al mal* (fornitori di capitale). In questo caso, l'operatore *takaful* è incaricato di agire come gestore degli investimenti per investire il fondo per i partecipanti al *takaful*. Sia l'operatore *takaful* che i partecipanti condivideranno i profitti dell'investimento solo (se presenti) e non il surplus di sottoscrizione²⁴⁷.

²⁴⁴ Tale struttura è definita nello Standard N. 13 dell'AAOIFI come "*Mudarabah is a partnership in profit whereby one party provides capital (Rab al-Mal) and the other party provides labour (Mudarib)*".

²⁴⁵ Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2013, p. 18.

²⁴⁶ E.R. ADAWIAH, *A Mini Guide to Takaful (Islamic Insurance)*, CERT Publications Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2010.

²⁴⁷ Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, cit., p. 18.

Generalmente, nei contratti *mudaraba*, le perdite sono sostenute dai partecipanti in qualità di fornitori di capitale. Tuttavia, per proteggere gli interessi dei partecipanti, gli operatori *takaful* sono tenuti a rispettare le regole prudenziali, compresa la concessione di prestiti senza interessi (*qard hasan*) da parte degli operatori in caso di carenza di fondi di rischio *takaful*. L'obbligo per un operatore *takaful* di fornire un *qard hasan* in caso di deficit di sottoscrizione non è un requisito della *Shariah*. È stato introdotto per scopi pratici e solo per far fronte a deficit temporanei che possono essere coperti da future eccedenze²⁴⁸. Tale struttura era molto diffusa nel commercio dell'epoca preislamica ed era considerata il paradigma dell'impresa islamica. Tuttavia, oggi, tale modello è poco praticato rispetto ad un altro modello quale la *Murabaha*, nota altresì come finanziamento *cost-plus* dove il venditore e l'acquirente concordano il prezzo di vendita del bene e il *mark-up* al momento della conclusione del contratto e l'acquirente diventa un proprietario effettivo solamente quando il prestito è stato interamente pagato. Non bisogna confondere tale struttura con la vendita a pagamento differito, che si regge su una struttura e regole differenti dalla *Murabaha*²⁴⁹.

Il concetto di *al-Mudaraba* è ampiamente utilizzato nel *Takaful* come alternativa ai titoli basati sui tassi d'interesse²⁵⁰. In pratica, le compagnie di assicurazione convenzionali investiranno in obbligazioni a lungo termine o in azioni di società che possono o meno essere coinvolte in attività non consentite dalla legge islamica come la produzione di bevande alcoliche o attività bancarie che corrispondono interessi. Tuttavia, come ampiamente illustrato il *takaful* esiste e opera nel rispetto dei principi etico-religiosi della legge islamica. L'operatore del *Takaful* che agisce come un *mudarib* riceverà una somma di investimento da *sahib al-mal* o *rabb al-mal* (fornitore di capitale) mediante il pagamento dei contributi. Con tali somme, il *mudarib* effettuerà investimenti nell'industria *halal* utilizzando le proprie competenze e conoscenze manageriali. Per cui quando l'operatore *Takaful* riceverà il profitto dell'investimento effettuato, lo distribuirà con il fornitore del capitale in base alle percentuali concordate in precedenza. Entrambe le parti stabiliscono le percentuali del

²⁴⁸ *Ivi.*, p. 19.

²⁴⁹ Lo Sharia Standard n. 13 che descrive la disciplina del contratto di *Mudaraba* è stato adottato dallo Sharia Board nell'ottava riunione tenutasi ad Al-Madinah Al-Munawwarah nel periodo compreso tra il 28 Safar e il 4 Rabi' I, 1423 A.H., corrispondente all'11-16 maggio 2002 A.D.

²⁵⁰ S. A. ROSLY, *Islamic Insurance: Takaful*, Business-Focus, The Sun, Kuala Lumpur, 1996.

profitto che sarà generato dall'impiego del capitale, mentre la perdita, da un lato sarà sostenuta dal fornitore del capitale che in questo caso è rappresentato dai contribuenti, dall'altro lato dal *mudarib*, poiché i suoi sforzi imprenditoriali impiegati non saranno remunerati. In un modello di *mudaraba* puro l'operatore *takaful* dovrà coprire tutti i suoi costi intaccando la sua quota di profitto e non deve addebitare spese aggiuntive. Coloro che adottavano il modello di *mudaraba* avevano incluso nella quota di profitto sia l'eccedenza sia l'utile degli investimenti. Tuttavia, i dotti islamici hanno chiarito che l'eccedenza non è un profitto che può essere diviso tra l'operatore e i partecipanti. Pertanto, tale restrizione rende inutile il modello di *mudaraba* puro nel *General Takaful*, poiché esistono solo importi relativamente piccoli a disposizione per effettuare operazioni d'investimento su base *profit-sharing*²⁵¹.

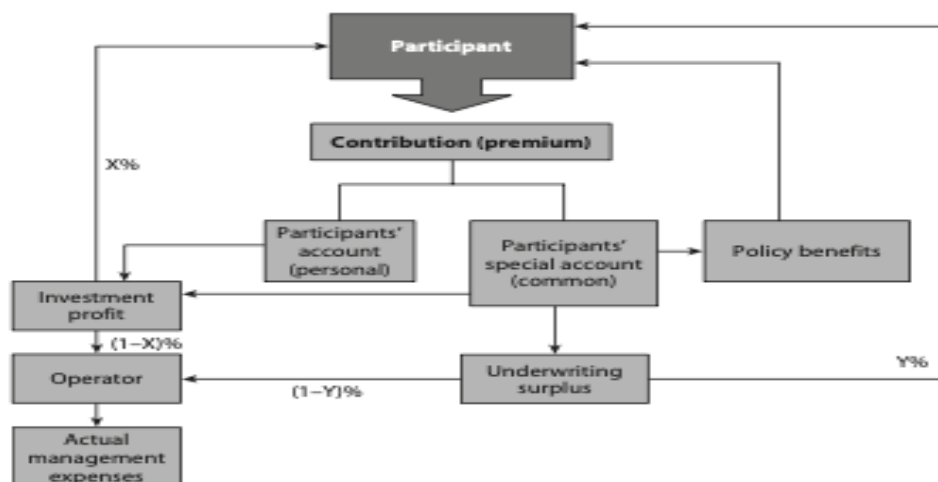
In definitiva, riassumendo, in questo modello il partecipante paga un contributo all'operatore *takaful*, che lo divide in due parti, una parte di risparmio (conto del partecipante) e una parte di rischio (conto speciale del partecipante o fondo di rischio). I fondi nel conto del partecipante appartengono al singolo partecipante, mentre gli importi nel conto speciale dei partecipanti diventano un fondo per l'assistenza contro i rischi coperti, cioè un conto comune. Pertanto, il conto comune opera in modo simile a quello di una mutua o di una cooperativa. L'operatore *takaful* riceve una parte del reddito investito e una parte dell'eccedenza di sottoscrizione, che viene utilizzata per pagare le spese e per fornire un profitto. Esistono diverse varianti di questo modello, a seconda del paese e dell'interpretazione del consiglio della sharia su ciò che è accettabile²⁵².

Il modello *mudaraba* puro ha i suoi difetti in quanto non consente la condivisione del surplus di sottoscrizione. Il ritorno di tutte le eccedenze di sottoscrizione ai partecipanti potrebbe non essere commercialmente attraente per l'operatore *takaful*, in quanto c'è la possibilità di generare un reddito da investimento insufficiente.

²⁵¹ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 14-15.

²⁵² Z. A. M. KASSIM, *Takaful: The Islamic Way of Insurance*, Contingencies, 38, 2005, pp. 33-38.

Lo schema della *Mudaraba* puro²⁵³:



Anche in questo caso è stato introdotto un modello alternativo modificato dato che il modello di *Mudaraba* puro implica un rischio elevato per l'operatore *takaful*. Infatti, se i contributi versati nel fondo sono inferiori a quanto bisogna pagare per i sinistri verificatisi durante l'anno, ciò genera un deficit, e in questo caso l'operatore *takaful* non riceverà alcun compenso per l'attività svolta, ma anzi dovrà dare un *qard hasan* per mantenere la solvibilità del fondo. Ovviamente il verificarsi costante di tale deficit con le sue conseguenze costituirebbe un eventuale fallimento dell'operatore *takaful*. Pertanto, vengono stipulati degli accordi a priori che prevedono l'addebito non solo dei costi della gestione dei sinistri, ma anche tutte le spese di gestione prima del calcolo dell'eccedenza o del deficit di sottoscrizione al fondo *takaful* dei partecipanti²⁵⁴.

Nonostante la conformità del modello di *Mudaraba* modificato alla sharia sia discutibile per il modo in cui gli utili siano calcolati e determinati viene comunque applicato nella pratica in particolar modo nella struttura di *General Takaful* poiché la sua introduzione era dovuta al fatto che il risparmio era scarso rendendo in questo modo difficile per gli operatori *takaful* il controllo della liquidità e della solvibilità. Pertanto, gli utili generati dall'impiego del contratto di *mudaraba* sono definiti come

²⁵³ Z. A. M. KASSIM, H. S. ODIERNO, S. PATEL, *Hybrid Insurance Structures: Reciprocals, Hybrid Mutual Insurers, and Takaful*, cit., p. 77.

²⁵⁴ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 14-15.

"un'eccedenza rispetto al capitale originale al netto dei costi e delle spese". Il quesito è se il "surplus delle sottoscrizioni netto" possa essere trattato come profitto *mudaraba* o meno²⁵⁵.

Per le sottoscrizioni, la struttura di incentivazione adottata di norma (e i problemi di *governance*) è molto simile al modello di *wakala* con commissioni di *performance*. Pertanto, è possibile convertire il modello di *mudaraba* modificato ad un modello di *wakala* con commissioni di *performance* per evitare un eventuale allontanamento dei principi etico-religiosi contenuti nella legge islamica²⁵⁶.

In Malesia il modello *mudaraba* è permesso. Tuttavia, non è visto con favore nella maggior parte degli altri paesi poiché l'eccedenza delle sottoscrizioni non è un profitto che può essere condiviso tra l'operatore e i partecipanti ma si tratta dell'eccedenza dei fondi dei partecipanti che hanno versati dei contributi per aiutarsi reciprocamente per cui qualsiasi rimanenza non utilizzata appartiene esclusivamente ai contribuenti e non deve essere condivisa in alcun modo con l'operatore²⁵⁷. Oltre alla *ratio* giuridica sussiste altresì la *ratio* economica che non vede la condivisione delle eccedenze con favore; infatti, se l'operatore *takaful* riceve una quota dell'eccedenza di sottoscrizione, la sua remunerazione aumenta rispetto a quanto pattuito. L'operatore *takaful* quindi è incentivato a massimizzare l'eccedenza, però dalla prospettiva dei partecipanti la situazione ideale sarebbe eccedenza pari a zero, ovviamente a condizione che siano state costituite riserve sufficienti a far fronte ai bisogni dei contribuenti. Un'eventuale eccedenza che supera lo zero significherebbe che i contributi superano il livello di rischio prospettato e definito dai calcoli attuariali²⁵⁸.

8.3. Il Modello misto o ibrido.

Il modello misto è un modello ibrido che contiene sia le caratteristiche del contratto di *wakala* (commissioni di *performance*) per la valutazione del rischio e la gestione delle

²⁵⁵ Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, cit., p. 19.

²⁵⁶ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 14-15.

²⁵⁷ *Ivi.*, p. 15.

²⁵⁸ *Ibidem*.

sottoscrizioni e dei sinistri per cui l'operatore percepisce una commissione concordata sia le caratteristiche del contratto di *mudaraba* dove l'operatore gestisce gli investimenti del fondo *takaful*, gli utili degli investimenti saranno condivisi dall'operatore del *takaful* e dai partecipanti sulla base di un rapporto pre-concordato, e risulta ad oggi il modello più diffuso nell'industria *takaful*. Pertanto, tale modello ovvia le controversie sulla compatibilità o meno del modello *mudaraba* modificato e consente di ottenere gli stessi risultati economici poiché contempla le caratteristiche vantaggiose di entrambi gli accordi standard per l'operatore *takaful* nonché ottimizza la *governance* cosicché i contribuenti siano più tutelati.

Il modello misto è un modello per così dire 'ibrido' che presenta sia caratteristiche del contratto di *wakala* (caratterizzato dalla presenza di commissioni di *performance*) per la valutazione del rischio e per la forma di gestione delle sottoscrizioni e dei sinistri sia le caratteristiche del contratto di *mudaraba* dove l'operatore gestisce gli investimenti del fondo *takaful* ed ove gli utili degli investimenti saranno condivisi dal *takaful* operator e dai partecipanti sulla base di un rapporto pre-concordato. Il modello misto è oggi il più diffuso nell'industria *takaful*. Tale modello permette, infatti, di superare le perplessità spesso manifestate circa la compatibilità o meno del modello *mudaraba* modificato, consentendo di raggiungere le medesime performance di tipo economico per il *takaful* operator ottimizzando allo stesso tempo la *governance* a maggior tutela dei contribuenti.

Nel caso in cui si verifica un'eccedenza di sottoscrizione (definita come eccesso di contributi rispetto ai sinistri e alle riserve), l'operatore *takaful* può gestirla in vari modi: o distribuire l'eccedenza di sottoscrizione sui conti dei partecipanti (come nel *takaful* familiare); oppure, qualora si verifichi nell'ambito di *general takaful*, utilizzare l'eccedenza come sconto a favore dei partecipanti al momento del rinnovo della polizza; oppure far sì che sia conservato nel fondo *takaful* o distribuirlo tra i partecipanti o ad altri enti di beneficenza come concordato nel contratto *takaful*²⁵⁹.

²⁵⁹ ADAWIAH E.R., HASSAN SCOTT H., *Essential Guide to Takaful*, CERT Publications, Kuala Lumpur, 2008.

8.4. Il *Waqf* model.

Sebbene sia generalmente accettato che il fondo *takaful* sia di proprietà dei partecipanti, esso non è un'entità giuridica separata in quanto tale. Il modello *waqf* è un tentativo di superare la questione della proprietà del fondo tabarru' (o donazione). Difatti, in questo modello il fondo dei partecipanti ottiene la personalità giuridica della struttura *waqf*. Di norma tale struttura è un'istituzione legale e religiosa in cui una persona dedica alcune delle sue proprietà per uno scopo religioso o caritatevole. Le proprietà, dopo essere state dichiarate come *waqf*, non sono ovviamente più di proprietà del donatore ma di Allah e i beneficiari godranno dei proventi della proprietà. Molti giuristi musulmani hanno trattato il *waqf* come un'entità giuridica separata²⁶⁰. Tale modello si avvicina e rispecchia il fondamento del *takaful* o "cooperazione per il bene comune". Essendo un modello di business senza scopo di lucro, il modello di business tabarru' non offre alcun ritorno per i promotori e i titolari di certificati; non può quindi essere competitivo in un mercato globale, per questo viene adottato maggiormente dalle imprese e nei programmi sociali o di proprietà governative. I partecipanti donano volentieri ai membri meno fortunati della loro comunità, cosicché il modello rimane fedele allo spirito dei valori islamici come la fratellanza, l'unità, la solidarietà e la cooperazione reciproca. La struttura *waqf* adotta di solito il modello ibrido per le aree di rischio e di investimento. In pratica per la creazione di un fondo *waqf* gli azionisti dell'operatore *takaful*, che è una società per azioni, forniscono il capitale iniziale per la costituzione di un *waqf* che può essere nominale. Lo scopo del capitale principale non è quello di garantire la solvibilità dell'impresa *takaful*, ma solo quello di istituire il *waqf* e attribuirgli una personalità giuridica. Mentre per quanto attiene alla gestione sarà finanziata di quanto verrà pagato dei partecipanti al fondo e la solvibilità deve essere garantita dell'erogazione del *qard hasan* come negli altri modelli²⁶¹. Il *Waqf* viene istituito per sostenere i partecipanti nel caso in cui si verificano un danno o delle perdite finanziarie. I contribuenti versano la loro partecipazione sotto forma di donazione "tabbaru'" all'istituto del *waqf* e

²⁶⁰ T. FRENZ, Y. SOUALHI, *Takaful & Retakaful: Advanced Principles & Practices*, 2 ed., Islamic Banking Finance Institute Malaysia, 2010.

²⁶¹ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 15.

diventano così beneficiari per tutto il periodo indicato nel contratto. Giova segnalare che tale modello ha suscitato perplessità nella comunità degli studiosi islamici poiché ci si è chiesti se il *waqf* istituito con un capitale nominale sia idoneo a sostenere giuridicamente i beneficiari poiché le adesioni sono temporanee e i contratti a termine. Inoltre, esistono delle differenze economiche tra il modello in esame e gli altri modelli, con implicazioni concettuali di larga portata. Una caratteristica essenziale del modello *waqf* è che la proprietà dei contributi versati o donati vengono trasferiti dai partecipanti al *waqf*. Infatti, questo permette di definire le rivendicazioni dei partecipanti nei confronti del *waqf* mentre perdono i loro diritti giustificati dalla proprietà del fondo come negli altri modelli di *takaful*. I partecipanti ad esempio non hanno alcun diritto sull'eccedenza delle sottoscrizioni poiché l'eccedenza rimane all'interno del *waqf* e le decisioni sul suo impiego sono a totale descrizione dell'operatore *takaful* che gestisce il *waqf*. Pertanto, i partecipanti al *takaful* diventano soci contribuendo al fondo *waqf* e sono beneficiari del fondo *waqf* e *takaful*. L'atto *waqf* stabilisce le regole per la distribuzione dei suoi fondi ai beneficiari e decide l'ammontare del compenso che sarà dato ad un membro/partecipante in caso di pericolo²⁶². Il fondo *waqf*, in quanto entità legale separata della Sharia, può esercitare i diritti di proprietà sull'importo del contributo in base ai termini dell'atto *waqf*, in particolare per quanto riguarda gli investimenti, le compensazioni e lo stato di eccedenza²⁶³.

Inoltre, i partecipanti perdono alcuni obblighi. In una mutua convenzionale, i partecipanti hanno l'obbligo di fornire ulteriori contributi (cioè, *pay call*) quando il fondo di rischio è in deficit. I partecipanti nel *takaful* hanno obblighi simili. Tuttavia, tale obbligo potrebbe non diventare pienamente effettivo: l'obbligo di effettuare ulteriori contributi è ammortizzato in *takaful* nella misura in cui gli azionisti dell'operatore *takaful* sono obbligati a fornire un *qard hasan*. In teoria, gli stessi partecipanti al *takaful* che hanno beneficiato di tale prestito senza interessi dovrebbero ripagare il *qard* utilizzando le eccedenze degli anni successivi. In pratica, il *qard* viene recuperato non nello stesso anno in cui si è verificato il deficit ma solamente negli anni a seguire. Giova sottolineare che la composizione del gruppo del fondo comune

²⁶² Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *op. cit.*, p. 21.

²⁶³ *Ibidem*.

potrebbe cambiare, il che implica che coloro che hanno beneficiato del *qard* non sono gli stessi partecipanti che dovranno poi ripagare il prestito senza interesse. Per tale ragione la restituzione del debito non grava sui singoli partecipanti ma sul fondo stesso²⁶⁴. Tuttavia, la restituzione del prestito potrebbe essere ostacolata se i partecipanti recedono dal fondo aggravato da un precedente *deficit*; ciò porterà a trasferire questo peso sugli azionisti dell'operatore *takaful*. La struttura del *waqf* è una struttura trasparente circa gli obblighi in caso di deficit delle sottoscrizioni o partecipazioni: il fondo comune ha la sua propria personalità giuridica separata; questo consente al fondo di ricevere e rimborsare il *qard*, pertanto nessun rapporto sottostante viene modificato ma solo l'adesione e i contributi di futuri partecipanti possono rimborsare il debito -il prestito senza interesse- oppure si verificherà la perdita degli azionisti dell'operatore *takaful*²⁶⁵. Nonostante la sussistenza dell'obbligo dei partecipanti di versare integrazioni ai contributi nel caso in cui si verifichi un deficit del fondo comune nei modelli standard, tale obbligo tuttavia non esiste nella struttura del *waqf* poiché ha una personalità giuridica separata che trae vantaggio dal *qard* e di conseguenza lo deve ripagare. Da tutto ciò si evince che in questo panorama la mutualità e la garanzia reciproca vengono per cui la domanda che si pone: quali sono le differenze che emergono facendo un confronto tra il *takaful* basato sul modello di business *waqf* e l'assicurazione convenzionale? Pertanto, se i partecipanti non sono vincolati in contratti di assicurazione a lungo termine ma stipulano accordi a breve termine affinché possano avere la facoltà di cambiare fornitore di servizi assicurativi è altamente probabile che in questo caso, considerando l'ambiente competitivo del settore, gli eventuali deficit delle sottoscrizioni non possano essere recuperati dai premi o dai contributi futuri²⁶⁶. Se le riserve non sono disponibili, e se è precluso il ricorso agli assicurati oppure se i partecipanti presenti al momento del deficit sono esclusi dalla costruzione *waqf*, il debito deve essere in ultima analisi a carico degli azionisti dell'operatore *takaful*, nella misura in cui lo possano sopportare. È la stessa dinamica che si verifica in un'assicurazione convenzionale. Dunque, non risultano da tutto ciò differenze sostanziali tra l'assicurazione convenzionale e la struttura *takaful*

²⁶⁴ S. ARCHER, R. A. ABDEL KARIM, V. NIENHAUS, *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, cit., p. 17.

²⁶⁵ *Ibidem*.

²⁶⁶ *Ibidem*.

basata sul *waqf* salvo che la gestione patrimoniale deve essere conforme ai dettami della sharia. Nel modello *waqf* a prima vista emerge che i partecipanti non sono i membri di un gruppo di solidarietà basato sul principio della mutualità, anzi è come se avessero acquistato una polizza di copertura dei rischi da una persona giuridica senza ulteriori obblighi e diritti individuali. Il modello *waqf* è adottato principalmente in Pakistan mentre gli altri due modelli, *wakala* e *mudaraba*, sono adottati in Malesia.

In definitiva, il modello maggiormente utilizzato è il modello ibrido ove sussiste il contratto di *Wakala* per la gestione dell'azienda e il contratto *Mudaraba* per la gestione dell'attività d'investimento poiché è considerato incentivante per l'operatore *takaful*. In alcune realtà dove il *takaful* è nuovo o sconosciuto, i credenti di fede islamica hanno iniziato ad avviare operazioni con il sostegno di cooperative anche se queste differiscono dal modello sharia *compliant*. Questo emerge in alcune realtà come il Canada, dove dal 2008 Ansar Cooperative Housing partner di un progetto pionieristico con la Co-operators Insurance, seconda compagnia di assicurazioni del Canada, ha utilizzato tale strumento per offrire un programma assicurativo auto e casa conforme ai principi della Shariah del Takaful²⁶⁷.

La possibilità di commercializzare il *takaful* attraverso sportelli e cooperative offre l'opportunità di intensificare la diffusione del *takaful* in mercati nuovi dove esistono comunità musulmane che hanno bisogno di soluzioni assicurative e pensionistiche compatibili con la *Shari'a*. Un altro esempio significativo è il mercato cinese dove circa il 3% della popolazione è di fede islamica²⁶⁸, una percentuale non insignificante considerando che la popolazione cinese oggi ammonta a 1.439.323.774. Si tratta dunque un mercato notevole con molte potenzialità²⁶⁹.

Analogamente, come è noto nella tradizione occidentale, le mutue e cooperative assicurative vantano un'esperienza significativa nel mercato assicurativo. Infatti, in paesi come il Belgio, la Finlandia, la Francia, la Germania, la Spagna, e la Svezia, le

²⁶⁷ Si veda http://www.ansarhousing.com/takaful_home_and_auto_insurance.aspx. Visited on 21 september 2020.

²⁶⁸ H. ODIERNO, P. SCOTT, *Achieving Common Standards in Takaful Regulations*, in *Middle East Insurance Review*, 2007, pp. 71-72.

²⁶⁹ Si veda <https://www.populationpyramid.net/it/cina/2020/>. Visited on 21 september 2020.

assicurazioni mutualistiche o cooperative costituiscono oltre il 20% del totale delle assicurazioni, rendendo queste compagnie un mezzo agile ma percorribile per offrire soluzioni *takaful*²⁷⁰. Comprendere le convergenze e le divergenze dei diversi modelli assicurativi presenti nell'industria finanziaria globale può contribuire a sviluppare soluzioni assicurative compatibili con quanto prescritto dalla legge islamica. Per cui Il *takaful* avrebbe una *chance* nell'universo assicurativo e potrebbe essere adattato ai mercati in via di sviluppo attraverso le strutture cooperative esistenti o potrebbe essere sviluppato mediante iniziative governative per far fronte ai bisogni della società.

8.5. L'impatto dei *fee* di performance nell'industria *takaful*.

Da quanto è stato illustrato emerge che le *fee* di performance sono una peculiarità nei fondi d'investimento alternativi e costituiscono una parte fondamentale della remunerazione di molti gestori di *hedge fund*. Tali incentivi sono spesso definiti anche commissioni d'incoraggiamento. Una commissione di performance è definita come il corrispettivo che viene versato ad un gestore di un fondo a seguito dell'attività positiva di gestione dello stesso che ha generato utili. Non è considerata la commissione da pagare corrispondente al lavoro svolto durante l'anno, ma rappresenta una percentuale aggiuntiva che gli investitori sono tenuti a pagare al gestore in aggiunta alla commissione annuale. La *ratio* delle commissioni di performance è che esse bilanciano gli interessi dei gestori di fondi da una parte e dall'altra i loro investitori e pertanto rappresentano un incentivo al gestore del fondo affinché dia il massimo per generare utili. La *fee* di performance a dire il vero è un concetto nuovo, infatti la sua introduzione è recente nella finanza partecipativa (islamica), in particolare nello schema *takaful*. Pertanto, la gestione della copertura assicurativa *sharia-compliant* è delegata, come ampiamente spiegato nei paragrafi precedenti, ad una struttura appositamente designata a tale scopo, vale a dire gli operatori *takaful*. Difatti, i rapporti sottostanti tra i partecipanti *takaful* e l'operatore *takaful* sono nella maggior parte gestiti mediante il contratto *wakala* in base al quale gli operatori *takaful* sono nominati dai partecipanti per gestire il fondo *takaful*. Gli operatori *takaful* sono società per

²⁷⁰ Si veda lo studio svolto dall'Association Internationale des Sociétés d'Assurance Mutuelle pubblicato nel 2007. Available at www.amice-eu.org.

azioni a scopo di lucro e va da sé che il loro oggetto principale è la realizzazione di un profitto, mentre il principio di solidarietà a fondamento del *takaful* si applica nei rapporti tra i contribuenti e la struttura *takaful*²⁷¹. Le commissioni di performance, dunque, nell'industria *takaful* sono state applicate da un lato come fondamento per la ripartizione dell'eccedenza del fondo di rischio dei partecipanti tra i contribuenti stessi e il gestore *takaful* e dall'altro lato come remunerazione per i profitti generati dagli investimenti del fondo d'investimento dei partecipanti²⁷². Pertanto, il rapporto è generalmente disciplinato utilizzando la struttura del contratto di *wakala* difatti gli operatori sono remunerati con un compenso iniziale che comprende le spese di gestione. In questa fase, gli operatori *takaful* svolgono compiti come la gestione dei contributi e la sottoscrizione dei rischi. I contributi *takaful*, al netto della commissione *wakala*, saranno suddivisi in due fondi diversi: il fondo di investimento dei partecipanti (Participants' investment fund) e il fondo rischi dei partecipanti (Participants' risk fund)²⁷³. Gli operatori *takaful* o adottano la soluzione d'investire i fondi di investimento ovvero delegano questo compito ad un terzo. L'attività d'investimento è considerata un'attività in più rispetto a quanto chiesto di norma all'operatore *takaful*. Pertanto, gli operatori *takaful* hanno diritto, oltre a quanto percepiscono per l'attività canonica di gestione, ad una percentuale concordata a priori sui rendimenti degli investimenti. Nonostante la *ratio* del concetto di *fee* di performance sia chiara, il contratto sottostante genera delle incertezze, pertanto per evitare equivoci è stato adottato il modello ibrido, ovverosia una struttura che prevede l'applicazione congiunta sia del contratto *wakala* sia del contratto *mudaraba*.

Il pagamento e la ripartizione dell'eccedenza residua del fondo di rischio dei partecipanti sono stati giustificati come il pagamento di una commissione di performance in alcune realtà come la Malesia (si veda in tal senso l'AAOIFI). L'eccedenza del fondo rischi dei partecipanti si riferisce all'eccedenza derivata dopo

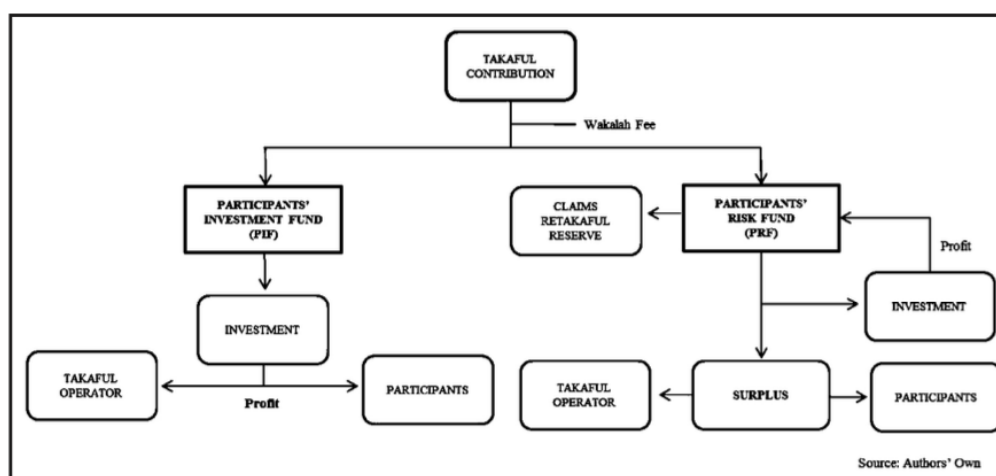
²⁷¹ M. A. JINNAH AHMAD, L. HUSSAIN, *Fiqh Adaptation (Takyīf Fiqhī) for the Concept of a Performance Fee in Takāful*, ISRA, International Journal of Islamic Finance, 5, 2, 2013, pp. 147-151.

²⁷² Nell'ottobre 2006 lo Sharia Advisory Council di Bank Negara Malaysia, nella sua 62a riunione aveva deciso da un lato che il gestore del fondo *takaful* poteva prelevare una percentuale concordata, come commissione di performance, dall'eccedenza del fondo rischio e dall'altro lato che la società *takaful* aveva diritto di ricevere una commissione sui profitti generati dagli investimenti effettuati per conto dei contribuenti.

²⁷³ M. A. JINNAH AHMAD, L. HUSSAIN, *Fiqh Adaptation (Takyīf Fiqhī) for the Concept of a Performance Fee in Takāful*, cit., p. 149.

aver tenuto conto dell'accantonamento di una certa percentuale per il pagamento dei sinistri, del Retakaful (riassicurazione), delle riserve e degli utili degli investimenti²⁷⁴.

Insomma, gli operatori *takaful* svolgeranno due diversi tipi di compiti per il fondo rischi dei partecipanti: in primo luogo, il lavoro di gestione del rischio, come i sinistri, il *Retakaful* e le riserve; e in secondo luogo, il suo investimento, che si concentrerà su attività liquide o attività facilmente convertibili in denaro. Gli eventuali utili derivanti dall'investimento saranno restituiti al fondo rischi al fine di rafforzare la sua solvibilità. Ovviamente, la gestione del rischio è il compito principale degli operatori *takaful*; tuttavia, come per l'investimento del fondo investimenti, l'investimento della quota del fondo rischi è considerato un compito aggiuntivo degli operatori. Pertanto, è stato sostenuto che gli operatori dovrebbero essere remunerati dall'eccedenza rimanente per il compito aggiuntivo di investimento che hanno intrapreso²⁷⁵. Riassumendo quanto è stato spiegato si riporta di seguito uno schema di come viene applicata la fee di performance da parte dell'operatore *takaful* ²⁷⁶:



²⁷⁴ *Ibidem*.

²⁷⁵ M. A. JINNAH AHMAD, L. HUSSAIN, *op. cit.*, p. 150.

²⁷⁶ *Ibidem*.

8.6. L'operatore *takaful*.

Da quanto illustrato nei paragrafi precedenti emerge indubbiamente il ruolo fondamentale dell'operatore *takaful*, per cui al pari dei regolamenti e degli standard finalizzati a garantire trasparenza e un regolato sviluppo dell'industria *takaful*, è necessaria la supervisione e la vigilanza sull'attività svolta dagli operatori *takaful* da parte dell'autorità di regolamentazione per assicurare che gli operatori svolgano la loro attività in modo efficiente e sicuro e che i requisiti prudenziali siano osservati.

La mancanza di sorveglianza, l'inadeguatezza dei controlli e dei bilanci e la sovraesposizione ai rischi sono tra i fattori che possono comportare vulnerabilità non solo per il settore *takaful*, ma per il sistema finanziario nel suo complesso²⁷⁷. Difatti, la maggior parte delle autorità di regolamentazione di tutto il mondo, e nello specifico le giurisdizioni dove è praticato il *takaful* come la Malesia, adottano un approccio che privilegia la regolamentazione e la supervisione del rischio più olistico e lungimirante rispetto alla supervisione basata sulla revisione. A tal proposito nel 2003 il Central Bank of Malaysia ha implementato il suo quadro di vigilanza basato sul rischio; ha optato per un approccio strutturato volto a valutare il profilo di rischio di un operatore *takaful*, la sua condizione finanziaria e l'adeguatezza dei suoi sistemi di gestione operativa e di gestione del rischio²⁷⁸. Gli organi di supervisione del Central Bank of Malaysia, come il Dipartimento di Supervisione Assicurativa e l'Unità di Supervisione del Sistema Informativo, gestiscono la sorveglianza fuori sede e l'esame *in loco* delle compagnie di assicurazione e degli operatori di *takaful* su base regolare, mirando a sostenere e promuovere un corretto e ordinato sviluppo del settore per quanto riguarda la solidità, la solvibilità, l'integrità, la corporate *governance* e la professionalità, permettendo di individuare tempestivamente i problemi e adottare immediatamente misure correttive²⁷⁹. Vengono, altresì, effettuati esami *in loco* sugli operatori di *takaful* per valutare la condotta finanziaria. La misurazione della salute finanziaria di un operatore viene effettuata utilizzando il quadro di riferimento EMAS (EMAS è un

²⁷⁷ W.M.N.W OSMAN, *The Legal and Regulatory Framework of the Malaysian Takaful Industry*, in *Islamic Insurance: Trends, Opportunities and the Future of Takaful*, (edited by Sohail Jaffer), Euromoney Books, 2007.

²⁷⁸ Y. SOUALHI, Sh. HTAY, M. ARIF, H. RABITTAH, Ib. SHAUGEE, *op. cit.*, p. 13.

²⁷⁹ *Ibidem*.

acronimo di *Earning capacity, Management quality, Asset quality e Solvency*). In aggiunta, l'esame valuta la corporate *governance* e le pratiche di mercato, il controllo interno, i sistemi di gestione del rischio e le misure antiriciclaggio adottate dagli operatori. La sorveglianza fuori sede si concentra, invece, sulla capacità di soddisfare i requisiti prescritti per l'investimento di un fondo *takaful*²⁸⁰.

9. Gli investimenti nel *takaful*.

Prima di procedere all'analisi degli investimenti, giova segnalare che la quota del contributo non destinata al fondo rischio sarà investita in ambiti e campi conformi alla sharia. Pertanto, è vietato a qualsiasi istituzione ivi compresa una società assicurativa o fondo di investimento islamico investire nei seguenti ambiti: bevande alcoliche e attività correlate; carne di maiale e relativi sottoprodotti; animali morti (o non macellati secondo le regole della Sharia); prodotti associati al gioco d'azzardo; tabacco e altre droghe; attività associate alla pornografia; e armamenti e armi distruttive.

Secondo i principi della giurisprudenza islamica, il pagamento e la riscossione degli interessi sono vietati poiché il percettore di interessi sarà responsabile di fronte a Dio.

Poiché quasi tutte le società si occupano di una qualche forma di interesse o di attività altrimenti proibita, alcuni comitati consultivi della Sharia hanno stabilito la soglia del 33 % che non può essere superata ossia che il rapporto tra indebitamento e capitale non può superare la soglia del 33%²⁸¹. Premesso tutto ciò la negoziazione di azioni può essere accettabile secondo la Sharia solamente se sono rispettate alcune condizioni. In particolare, la ragione sociale o l'attività principale dell'attività non deve essere contraria ai dogmi della sharia. Ciò significa che non è consentito acquistare le azioni di società che forniscono servizi finanziari che implicano interessi, come le banche tradizionali e le compagnie di assicurazione. Difatti, è vietato l'investimento in società coinvolte in attività non approvate dalla Sharia, come quelle che producono, vendono o offrono alcolici, carne di maiale o che sono coinvolte in

²⁸⁰ A. Z. RAHMAN, H. REDZUAN, *Takaful: The 21st Century Insurance Innovation*, McGraw-Hill, Kuala Lumpur, 2009.

²⁸¹ T. V. RUSSO, *I contratti Sharia compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014, p. 94.

giochi d'azzardo, e pornografia. Se l'attività principale dell'azienda è *halal* (consentita) come il caso degli *asset* reali, tuttavia se viene depositato il profitto in un conto fruttifero o prende un *qard* con il pagamento degli interessi, gli azionisti musulmani devono esprimere la loro disapprovazione contro tali operazioni. Tale volontà dovrebbe essere manifestata nell'assemblea generale annuale della società. Se il reddito della società è composto anche dalle entrate provenienti da conti fruttiferi, la percentuale di tali entrate presente nel dividendo pagato all'azionista non deve essere trattenuto dall'investitore ma dovrebbe essere dato in beneficenza. Ad esempio, se il 5% del reddito totale di una società è stato ottenuto da depositi fruttiferi, allora il 5% del dividendo deve essere dato in beneficenza²⁸². Questo processo è stato definito dagli studiosi come "purificazione". Gli studiosi della Sharia'a hanno opinioni diverse sulla necessità o meno di una purificazione quando i profitti vengono realizzati attraverso le plusvalenze (ad esempio acquistando le azioni ad un prezzo unico e vendendole ad un prezzo più alto). Alcuni studiosi sono del parere che, anche nel caso di plusvalenze, il processo di purificazione sia necessario perché il prezzo di mercato dell'azione può riflettere un elemento di leva finanziaria legato agli interessi e quindi i pagamenti di interessi hanno incrementato la performance della società²⁸³. Le azioni di una società sono negoziabili (e possono essere liberamente investite) solo se la società possiede alcuni beni non liquidi²⁸⁴. Se tutti i beni di una società sono in forma liquida, o sotto forma di denaro che non può essere acquistato o venduto, se non al valore nominale, allora queste azioni non possono essere acquistate. In questo caso le azioni rappresentano solo denaro e, secondo il diritto islamico il denaro non può essere scambiato se non al valore nominale²⁸⁵.

Quale dovrebbe essere l'esatta proporzione di beni non liquidi di una società che consente la negoziabilità delle sue azioni? Gli studiosi contemporanei hanno opinioni diverse sulla questione. Alcuni sono del parere che la percentuale di beni non liquidi debba essere almeno del 51%. Essi sostengono che se tali attività sono inferiori al 50%, la maggior parte delle attività è in forma liquida, e quindi tutte le sue attività

²⁸² B. KETTELL, *Introduction to Islamic banking and finance, cit.*, p. 23.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ *Ibidem*.

dovrebbero essere trattate come liquide, sulla base del principio giuridico "la maggioranza merita di essere trattata come l'insieme di una cosa". Altri hanno ritenuto che, anche se il patrimonio non liquido di una società è pari al 33%, le sue azioni possono essere trattate come negoziabili.

10. Lo Sharia board e il takaful.

La *governance* è un aspetto importante nella gestione del rischio, e non solo, sia nell'assicurazione convenzionale sia nel *takaful*. La gestione del rischio deve effettuarsi in assoluta trasparenza e sotto il vaglio di organi di rilevata competenza. Inoltre, con la diligenza dovuta, non dovrebbero esserci oppure in misura minima conflitti di interesse tra le parti interessate per garantire la sostenibilità a lungo termine dell'operazione. Nel *takaful*, ci sono vari piani di *governance*: Consiglio di amministrazione, Comitato consultivo della Sharia, e gli attuari²⁸⁶.

I membri del consiglio di amministrazione sono responsabili nei confronti degli azionisti (che a differenza di una mutua non sono anche assicurati) e dell'autorità di regolamentazione (in quanto il consiglio, a tutti gli effetti, gestisce i dirigenti della società). Il compito di valutare il rischio, le probabilità del suo verificarsi e le conseguenze economiche che può generare sono invece affidate agli attuari. Il ruolo degli attuari è significativo sia nel *family takaful* sia nel *general takaful*. Infine, il comitato sharaitico ha il compito di controllare e garantire che i prodotti e gli investimenti siano conformi alla sharia. Purtroppo, mancano degli standard universali, applicabili da tutti gli studiosi, tanto che l'interpretazione dei divieti da parte degli studiosi potrebbe variare in modo significativo da regione a regione o addirittura all'interno della medesima regione. Per tale ragione, è necessario un consiglio "supremo" della sharia in ogni giurisdizione per garantire l'uniformità di interpretazione delle *fatwe* nonché la certezza nel mercato finanziario.

Ciò premesso, le funzioni principali di uno Sharia Board sono tre: 1. La conformità dei prodotti e dei servizi bancari e assicurativi alla legge islamica; 2. Garantire che i

²⁸⁶ H. S. ODIERNO, Z. A. MOHD KASSIM, *Oversight in Takaful*, in *Takaful and Mutual Insurance. Alternative Approaches to Managing Risks*, The World Bank, Washington, 2013, p. 148 ss.

progetti in cui le istituzioni finanziarie investiranno sia *sharia compliant*; 3. Garantire che la gestione delle attività sia conforme alla sharia²⁸⁷.

Lo *Sharia Supervisory Board* è generalmente composto da esperti con un background nel diritto islamico in grado di valutare se un'operazione e/o servizio sia o meno conforme alla sharia, tuttavia la qualifica di studioso della sharia non è disciplinata formalmente da qualche organismo centrale come avviene nella maggior parte degli organismi professionali (ad esempio avvocati, architetti ecc.). In particolare, i giurisperiti islamici devono aver studiato *fiqh al mu`amalat* o le regole riguardanti la contrattualistica sviluppate dai giuristi classici e ampliate dalle generazioni successive di studiosi della Sharia. Lo sviluppo di tale background presuppone, oltre alla capacità di analizzare i testi giuridici e i commenti redatti con la lingua araba, la lingua del corano, una familiarità con le pratiche commerciali internazionali. Infatti, il numero degli specialisti che soddisfano questi requisiti è esiguo, di conseguenza alcuni studiosi fanno parte di diversi comitati di differenti istituzioni finanziarie islamiche, così come dei consigli di amministrazione o dei comitati consultivi delle autorità di regolamentazione islamica governativa e non²⁸⁸. Tale situazione potrebbe sollevare incertezza sull'indipendenza di tali giuristi e potrebbe verificarsi un eventuale conflitto d'interesse. I membri del Comitato per la conformità religiosa sono generalmente nominati dagli azionisti su raccomandazione del Consiglio di amministrazione (o del Consiglio di gestione) e svolgono sia funzioni di supervisione sia di consulenza. Pertanto, i consulenti esaminano le transazioni effettuate dalle istituzioni che operano nei mercati finanziari islamici per garantire la loro conformità ai requisiti della Sharia. Ciò equivale, in larga misura, a un ruolo di vigilanza²⁸⁹. In secondo luogo, nel mondo sempre più complesso e sofisticato della moderna e dinamica finanza islamica, i

²⁸⁷ Lo statuto di diverse banche islamiche come la Faisal Bank of Egypt prescrive che “*A Religious Supervisory Board shall be formed within the Bank to observe conformance of its dealings and actions with the principles and rulings of the Sharia'a*” altri per contro hanno riportato in modo dettagliato i doveri del consiglio sharaitico come l'International Association of Islamic Banks (IAIB) nell'articolo 2 dello statuto che prescrive “*to study previously issued Fatawa (religious rulings), assess its constituency with the Sharia'a and, when appropriate, base its own rulings on these decisions; to supervise the activities of the bank in order to guarantee conformity with the Sharia'a law; to issue religious opinions on banking and financial questions; to clarify legal religious rulings on new economic issues*”.

²⁸⁸ B. BOUHARATI, *Les fonds islamique en Europe. Régulation ou réglementation ?* Larcier, Paris, 2016, p. 142.

²⁸⁹ B. KETTEL, *Introduction to Islamic banking and finance, cit.*, p. 24.

consulenti della Sharia cercano di rispondere a qualsiasi problema o preoccupazione per una particolare transazione o conformazione del prodotto con la Sharia. Laddove ritenuto necessario, offrono raccomandazioni costruttive, creative e/o alternative. Si tratta, per lo più, di un ruolo di consulenza²⁹⁰. Le istituzioni che partecipano ai mercati finanziari islamici sono tenute a stabilire politiche e procedure operative per garantire che le loro attività, i loro investimenti e le loro operazioni siano in linea con i requisiti della Sharia. Ci si aspetta che i consulenti della Sharia'a partecipino e si impegnino attivamente nel deliberare le questioni poste loro dalla Sharia'a²⁹¹. Tra i compiti e le responsabilità dei consulenti della Sharia'a che sono prevalenti nei mercati finanziari islamici vi sono:

Esaminare i prodotti e i servizi per garantire la conformità ai requisiti della Sharia'a. Nel settore degli investimenti islamici, i consulenti della Sharia'a hanno la responsabilità di assicurare che i fondi da loro supervisionati siano gestiti e amministrati secondo i principi della Sharia'a. Ciò include anche la responsabilità di fornire consulenza e guida alle società di gestione degli investimenti e ai gestori dei fondi in tutte le questioni relative ai principi della Sharia'a che riguardano il fondo, compresi l'atto fiduciario, il prospetto, gli investimenti del fondo e altre questioni operative e amministrative²⁹². Esaminare e approvare i documenti pertinenti. Per essere conformi alla Sharia'a, i prodotti e i servizi del mercato finanziario islamico devono essere sottoposti a un processo predefinito di verifica e approvazione da parte dei consulenti della Sharia'a. Il ruolo del consulente è quello di fornire consulenza su tutti gli aspetti dei titoli islamici, compresa la documentazione, la strutturazione e gli investimenti, nonché su altre questioni amministrative e operative, e di assicurare il rispetto dei principi della Sharia e delle relative risoluzioni. Un principio fondamentale che deve essere rispettato nel corso della revisione e dell'approvazione della documentazione è che nessun altro è abbastanza competente per garantire che la documentazione sia conforme e coerente con la Sharia'a prevista, a parte il consulente della Sharia²⁹³. Supervisionare gli investimenti effettuati dalle istituzioni nei mercati

²⁹⁰ *Ibidem.*

²⁹¹ *Ibidem.*

²⁹² B. KETTELL, *Introduction to Islamic banking and finance, cit.*, p. 25.

²⁹³ *Ibidem.*

finanziari islamici. Il consulente della Sharia'a supervisiona e assicura che gli investimenti effettuati da queste istituzioni siano conformi alla Sharia'a. In questo caso, il consulente della Sharia'a deve verificare che i gestori del fondo investano solo in titoli classificati come Sharia'a approvati dal consiglio di amministrazione della Sharia'a²⁹⁴. Deliberare sulle questioni della Sharia'a relative alle operazioni quotidiane delle istituzioni e fornire consulenza. Nelle operazioni quotidiane gli operatori si imbattono in vari problemi, in particolare per quanto riguarda la pratica e l'attuazione delle transazioni finanziarie. Questi temi non sono di solito trattati nei libri di testo o nel quadro teorico di una particolare transazione. Così, i consiglieri della Sharia'a sono costretti a comprendere e risolvere questi problemi. In linea di massima, ciò richiede che siano strettamente coinvolti nella pratica e nell'attuazione, perché ciò permette loro di comprendere meglio e più a fondo le questioni con cui hanno a che fare²⁹⁵. Condurre la ricerca e lo sviluppo di nuovi prodotti. Con il progredire del sistema finanziario, la necessità per le istituzioni finanziarie islamiche di competere, non solo con i prodotti convenzionali esistenti, ma anche con quelli di prossima introduzione, richiede ai consulenti della Sharia'a di sviluppare o approvare nuovi prodotti innovativi che siano competitivi e accettabili per tutti gli stakeholder. Alcune delle aree finanziarie più complesse che richiedono un'innovazione conforme alla Sharia'a sono la gestione del rischio, gli strumenti di copertura, i derivati e le strutture di finanziamento ibrido. Quando i consulenti della Sharia'a sono dotati degli elementi essenziali sia della Fiqh (legge islamica) che del Muamalat, in particolare per quanto riguarda i principi di capitalizzazione e di gestione patrimoniale, ci si aspetta che essi sviluppino prodotti finanziari accettabili dal punto di vista islamico²⁹⁶. Fornire formazione e istruzione su Muamalat, sulla base della Sharia'a. L'ampio e crescente bacino di praticanti della finanza islamica deve essere ben informato e sistematicamente istruito in tema di gestione delle attività di finanziamento islamico. Nel corso dello sviluppo del mercato finanziario islamico è necessario riconoscere la sua natura dinamica ed evitare l'autocompiacimento. Il processo di diffusione deve essere continuo, al fine di formare il maggior numero possibile di praticanti, in modo da fornire successori che siano ben addestrati prima di succedere ai loro superiori.

²⁹⁴ *Ibidem.*

²⁹⁵ *Ibidem.*

²⁹⁶ B. KETTEL, *Introduction to Islamic banking and finance, cit.*, p. 25.

Poiché i consiglieri della Sharia possiedono le conoscenze di Muamalat, è necessario che essi siano all'avanguardia nell'impartire conoscenze ai praticanti così come alla società. Questo è vitale per ottenere una vera e accurata comprensione della Sharia e l'applicazione dei contratti di nomina a Muamalat. Assistere le parti correlate in materia di Sharia e fornire consulenza su richiesta. Le parti correlate delle istituzioni del mercato finanziario islamico, come i loro consulenti legali, i revisori dei conti e i consulenti, possono chiedere consigli sulla Sharia'a ai consulenti. Questi ultimi sono tenuti a fornire l'assistenza necessaria per garantire il pieno rispetto dei principi della Sharia. Oltre a questo, devono anche spiegare le questioni della Sharia'a e le raccomandazioni offerte per una particolare decisione. Queste opinioni devono essere supportate dalla pertinente letteratura giurisprudenziale della Sharia'a proveniente da fonti consolidate²⁹⁷.

10.1. Il ruolo dello Sharia-Board nel *takaful*.

Gli operatori del *Takaful* non sono solo istituzioni finanziarie che mirano a realizzare profitti, ma hanno il compito di individuare nuove soluzioni e prodotti rispettando il contenuto della legge islamica attinenti alla contrattualistica. Ogni operatore *takaful* dunque deve istituire un sharia Board. Generalmente all'interno della struttura è sufficiente un solo supervisor, (in ogni caso non più di tre *supervisors*) che si occupi di una singola operazione, per garantire che le attività della società non siano in contraddizione con le norme della Sharia²⁹⁸. Inoltre, il consiglio vigila che l'operatore *Takaful* si impegni a rispettare la regolamentazione e i principi sharaitici nello svolgimento dell'attività assicurativa. Pertanto, per raggiungere tali obiettivi i pareri o le *fatawe – sharia position paper* - sono vincolanti per gli operatori *takaful*. Ciò evidenzia l'importanza del ruolo dei giuristi in tali operazioni. Perciò ne consegue che

²⁹⁷ *Ivi.*, p. 26.

²⁹⁸ Y. T. DELORENZO, *Shari`ah Supervision in Modern Islamic Finance*, in https://www.guidanceresidential.com/docs/shariah_supervision_in_modern_islamic_finance.pdf, pp. 1-4, visited 26 september 2020; si veda altresì R.T. DE BELDER, *Shari'a Supervisory Boards and Shari'a Compliance*, in Aa.Vv., *Islamic Finance. A Guide for International Business*, GMB Publishing, Philadelphia, 2008, p. 185 ss.

il consiglio d'amministrazione di ogni società deve attenersi alle istruzioni, alle decisioni e ai consigli emessi dal suo Sharia Board²⁹⁹.

Tuttavia, se la consulenza e le linee guida del consiglio sharaitico sono in contrasto con le disposizioni di diritto positivo che regolano l'attività dell'operatore, si deve seguire comunque lo sharia Board e non la normativa societaria, decisioni vincolanti solo per l'operatore *takaful*. Il compito principale del consiglio è il monitoraggio, l'esame e l'analisi di tutte le attività dell'operatore per garantire che siano svolte secondo le norme, i regolamenti e gli scopi della Sharia. Ciò comporta il controllo dei contratti, degli accordi e degli investimenti, l'identificazione di eventuali errori e la loro immediata correzione. Pertanto, il consiglio ha il dovere e l'obbligo di verificare la legittimità delle polizze assicurative sottoscritte dalla società; assicurare che gli accordi di Retakaful (riassicurazione) sottoscritte dalla società siano in conformità con le disposizioni dello sharia Board; verificare la conformità degli investimenti con le prescrizioni sharaitiche considerando che questi non sono soggetti a interessi vietati (su prestiti e depositi) e che non vengono acquisite azioni di società che praticano attività vietate dalla legge islamica; fornire delucidazioni legali ad ogni quesito avanzato dall'organo amministrativo della società in riferimento a qualsiasi problematica derivante dall'applicazione pratica delle operazioni assicurative; assicurarsi che i terzi che mettono in atto transazioni con l'operatore *takaful* operano in conformità con la legge islamica; fornire assistenza all'amministrazione dell'azienda per aiutarla a progredire e prosperare; prestare particolare attenzione all'impegno dei dipendenti nel rispettare le norme di legge che devono essere seguite nel campo delle assicurazioni islamiche; predisporre le misure necessarie per correggere il percorso dell'azienda secondo le norme della Sharia nel caso in cui si rendano necessarie delle correzioni; incentivare la ricerca nell'assicurazione islamica; preparare e presentare all'amministrazione della società una relazione annuale che dimostri la legalità delle politiche, degli accordi e degli investimenti della società in

²⁹⁹ N. HIDEUR, *La finance islamique entre la lettre et l'esprit*, in *Les cahiers de la Finance islamique*, 4, 2013, pp. 8-20. Available at <http://sfc.unistra.fr/renseignements/emba-finance-islamique/>.

materia di riassicurazione e che garantisca l'assenza di violazioni delle norme della Sharia³⁰⁰.

11. Organismi transnazionali di governance: AAOIFI e IFSB.

I recenti sforzi per raggiungere il consolidamento normativo e la definizione degli *standards* hanno dovuto superare i freni di natura economica ed il tasso d'incertezza normativa derivante dalla giurisprudenza islamica nonché la scarsa uniformità delle pratiche di mercato. Il trend più recente mostra come le inefficienze del mercato causate da norme prudenziali eterogenee e da diverse interpretazioni della conformità alla sharia siano destinate a diminuire nel prossimo futuro. Le principali organizzazioni internazionali di standardizzazione, come la *Accounting and Auditing Organization of Islamic Finance Institutions* (AAOIFI) creata nel 1990 a Manama, Bahrain, e l'*Islamic Financial Services Board* (IFSB) creato nel 2002 a Kuala Lumpur - Malesia³⁰¹ stanno lavorando per allineare i principi della sharia su una base coerente. A questo proposito, è necessario un buon equilibrio tra le iniziative collettive e le revisioni normative, in modo da garantire che la standardizzazione sia raggiunta senza ostacolare l'innovazione finanziaria. L'*Accounting and Auditing Organization of Islamic Finance Institutions* (AAOIFI) ha assunto il compito di predisporre norme utili in materia di contabilità, etica, *governance* e *audit* al fine di adiuvarle le istituzioni finanziarie islamiche ad accedere senza difficoltà ai mercati e operare nel rispetto della legge sharaitica. Tale organismo svolge un ruolo rilevante supportando, grazie alla propria attività, gli operatori specializzati della finanza islamica³⁰². Gli *Standards* finora elaborati sono circa cinquantotto, hanno ad oggetto gli strumenti contrattuali su cui si basa l'industria finanziaria islamica e il loro contenuto dovrebbe valere per tutte le aree geografiche e i differenti orientamenti dottrinali che emergono nel diritto musulmano³⁰³. L'intento principale è quello di implementare una infrastruttura finanziaria che

³⁰⁰ B. KETTELL, *Introduction to Islamic Banking and Finance*, cit., pp. 138-139.

³⁰¹ Si veda, R. GRASSA, *Shari'ah Governance System in Islamic Financial Institutions: New Issues and Challenges*, in *Arab Law Quarterly*, XXVII, 2, 2013, pp. 171-187. Available at www.jstor.org/stable/43294635

³⁰² *Ivi.*, p. 95.

³⁰³ A titolo esemplificativo: lo *Standard* n. 6 che si occupa di definire le norme e le regole della *Sharia* relativi alla trasformazione di una banca convenzionale ad una banca islamica; lo *Standard* n. 32 che definisce l'arbitrato; lo *Standard* n. 36 che si occupa delle garanzie reali e la loro applicazione contemporanea.

rende efficiente il sistema dato che nel mondo islamico esistono differenti interpretazioni della legge islamica sia per quanto riguarda la tipologia dei prodotti, sia per la rappresentazione contabile delle operazioni: la mancanza di linee guida porta alla confusione e all'incertezza. Essi sono conosciuti a livello mondiale e nell'industria della finanza sono considerati il punto di riferimento per le autorità regolatrici, le istituzioni finanziarie, i giuristi, i commercialisti, l'organo di controllo interno, i centri di ricerca e infine le *Sharia Boards*. Alcuni paesi, come Indonesia, Pakistan e Arabia Saudita hanno integrato gli standards proposti dall'AAOIFI nel loro diritto positivo. Altri, invece, hanno riconosciuto a tali strumenti lo stesso ruolo dei principi Unidroit, ovvero quello di armonizzare e regolamentare i contratti di commercio internazionale nell'ambito della *lex mercatoria*³⁰⁴. Il ruolo degli *Sharia Standards* emessi dall'AAOIFI è stato sancito su scala internazionale dalla sottoscrizione di un accordo di collaborazione tra l'organizzazione e Paris Europlace³⁰⁵. Esso ha richiesto la traduzione di un insieme di norme che devono essere contenute in due volumi: il primo composto da venti norme, pubblicato nel 2013, il secondo, che sarà costituito da venti norme, è ancora in corso d'opera³⁰⁶. Lo scopo è quello di permettere la condivisione di una visione comune della finanza islamica francofona che non sia in contrasto con il diritto positivo.

Sebbene si tratti di *standards*, essi si compongono di norme tecniche ben precise e concorrono alla formazione di un nuovo modello di regolamentazione. La sussistenza di differenti pratiche contrattuali all'interno del mondo islamico rende necessaria l'attività dell'AAOIFI affinché si possa giungere alla redazione di contratti sharaitici conformi ai principi europei. Accanto all'AAOIFI ha operato anche l'organismo IFSB, il quale, ponendosi lo stesso obiettivo, ha elaborato e diffuso i principi volti ad ottenere maggiore solidità e trasparenza affinché gli istituti finanziari, i mercati del valore e le imprese assicurative possano operare in piena stabilità, favorendo così la loro crescita.

³⁰⁴ B. BOUHARATI, *op. cit.*, p. 187; si veda altresì, G. AFFAKI, *L'accueil de la finance islamique en droit français: essai sur le transfert d'un système normatif*, in *la finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Paris, 2008, p. 156 : l'autore ha precisato che le *Standards* possono "jouer la même rôle de systemation et d'harmonisation que les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international à l'égard de la *lex mercatoria*".

³⁰⁵ Paris EUROPLACE un'organizzazione creata nel 1993 incaricata di promuovere e sviluppare la piazza finanziaria di Parigi.

³⁰⁶ AAOIFI, *Finance islamique. Les normes de conformité de l'AAOIFI*, I, Paris, 2013.

Esso è nato con l'appoggio del fondo monetario internazionale, dell'Islamic Development Bank, dell'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* e delle banche centrali di dieci paesi musulmani il quale persegue l'obiettivo di fungere da collegamento tra le autorità finanziarie dei vari paesi che hanno un sistema bancario islamico al fine di assicurare la stabilità e favorirne l'armonizzazione. Emanando linee e principi guida compatibili con la *Sharia* nel campo bancario, assicurativo e nel mercato dei capitali e ha il compito di promuoverne l'adozione. Ha pubblicato principi contabili, note orientative e note tecniche attinenti alla gestione e controllo del rischio di liquidità, i criteri di adeguatezza del capitale, la *governance* e le norme di comportamento negli affari. Alcuni esempi di note tecniche: Ifsb/1- norme tecniche di gestione del rischio (2005); Ifsb/2- requisiti di adeguatezza del capitale (2005); Ifsb/8- corporale governance per le assicurazioni islamiche (2009); Ifsb/11- principi sulle condizioni di solvibilità delle istituzioni islamiche di assicurazione (2010); Ifsb/19- principi guida sui requisiti di divulgazione dei prodotti del mercato dei capitali islamici (2017).

Gli *Standards* di tale organismo, così come quelli proposti dall'AAOIFI, sebbene non giuridicamente vincolanti, sono assai utili per garantire stabilità, solvibilità e trasparenza nell'industria dei servizi finanziari islamici. A tal fine, vengono emesse norme prudenziali internazionali e principi-linee orientativi per l'industria che includano generalmente il settore bancario, il mercato finanziario e quello assicurativo. Per raggiungere la stabilità, tutelando gli operatori e i consumatori-investitori, l'organismo collabora con gli organismi internazionali, regionali e nazionali, le istituzioni accademiche e di ricerca nonché gli attori del mercato³⁰⁷. Accanto a tali organismi sussistono altri altrettanto importanti come l'Islamic development bank (Arabia Saudita, 1974), l'International Association of Islamic Bank (Arabia Saudita, 1976); l'International Islamic Financial Market (Bahrain, 2001) che ha come compito la promozione a livello internazionale di un mercato attivo e regolato di prodotti e strumenti Shari'a-compliant, la liquidity management centre (Bahrain, 2002) che ha come obiettivo aiutare le istituzioni finanziarie islamiche nella gestione della liquidità mediante investimenti a breve e medio termine strutturati secondo i principi sharaitici;

³⁰⁷ <https://www.ifsb.org>

l'international islamic rating agency (Bahrain, 2005), un organismo di rating fornisce classificazione ai mercati finanziari e al settore bancario e la general council for islamic banks and financial institutions (Bahrain, 2001) che ha come obiettivo sviluppare l'immagine e le capacità dei suoi membri nell'offrire ai propri clienti operazioni d'investimento etiche.

11.1. Verso l'istituzione di un corpus normativo univoco di principi etico-religiosi.

Quando si parla di principi generali non si fa riferimento a termini che hanno esclusivamente una natura giuridica, ma a concetti che hanno assunto tale rilevanza in virtù delle norme giuridiche di riferimento³⁰⁸. I principi generali, pertanto, sono norme superiori, con valenza *erga omnes*, che esprimono valori condivisi in tutti gli ordinamenti giuridici. A tal proposito, il giurista Salem Jahel ha asserito che “*La notion de principes généraux du droit évoque l'idée des normes éminentes de portée très générale que connaissent la plupart des systèmes juridique, qui servent à promouvoir le jus dans son acception la plus large, au-delà de ce que peuvent assurer les règles de droit courantes les mieux établies*”³⁰⁹. Dal X secolo i giuristi musulmani hanno adoperato tecniche per individuare ed estrapolare i principi generali “*kawaed Kuliya*” ovvero *usul*, da non confondere con *usul al fiqh*, che servono e serviranno a trovare nuove soluzioni e in tal modo garantiranno l'evoluzione non solo del diritto islamico, ma anche la libera circolazione degli stessi oltre i confini territoriali³¹⁰. Le *kawaed Kuliya* sono definiti nel fiqh come “*des règles à portée générale qui s'appliquent à toutes les questions partielles qui s'y rattachent*”³¹¹. Tale definizione è in linea con quanto è riportato nel vocabolario giuridico “Le Capitant” ossia “*un principe est une*

³⁰⁸ J.-L. SOURIOUX, *Le concept de principe général, dans les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, 2005, p. 59.

³⁰⁹ S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, 1, 2003, p. 106.

³¹⁰ I primi principi sono stati individuati da un autore shafiita di nome Al-Hussein deceduto nel 462 hijri/1069 qualificati come pilastri del fiqh “*L'usage a valeur de règle ; le doute ne doit pas détruire la conviction déjà faite ; l'extrême difficulté appelle la facilitation ; le dommage doit être intégralement réparé*”. Pertanto, questi quattro regole costituiranno i principi fondanti del processo dell'interpretazioni che i *fuqaha* inizialmente hanno adottato : S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, cit., p. 108 ; S. MAHMASSANI, *falsafat al-tachrih' fil' Islam (La filosofia della giurisprudenza islamica)*, Beirut, 1980, p. 292.

³¹¹ *Ivi.*, p. 297.

règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure". Oggi le *kawaed Kuliya* sono considerate una delle fonti del diritto internazionale privato, in particolare, nel commercio internazionale sono un importante strumento di coordinamento tra i diversi sistemi giuridici. Per tale ragione non ci si può stupire quando troviamo principi generali occidentali ben integrati nel diritto arabo-musulmano e in armonia con le prescrizioni della sharia³¹² e viceversa.

Come noto i giuristi comparatisti sono da sempre esperti del fenomeno di circolazione dei modelli giuridici anche su scala mondiale, il che oggi conduce ad una uniformazione e armonizzazione degli stessi non sempre felice e non sempre riuscita quale conseguenza del fenomeno della globalizzazione che ha visto dissolvere le barriere territoriali³¹³. Tale fenomeno si evidenzia quando si affronta la disciplina del mercato finanziario e assicurativo, ove si pratica la finanza e l'assicurazione islamica, che ha visto la nascita di organizzazioni transnazionali che mirano a garantire maggiore armonizzazione e integrazione all'interno degli ordinamenti giuridici dove si segue la *sharia*. A tal fine sono state elaborate norme non statali, linee guida o Standards che mirano a istituire un *corpus* normativo univoco. Tale apparato di norme ha quale fine ultimo quello di realizzare un sistema di distribuzione, il controllo e la regolamentazione dei prodotti e servizi sharaitici quale tentativo di superamento delle difformità presenti nelle varie giurisdizioni ove in alcune di esse tali transazioni sono considerate conformi alla sharia, mentre le stesse operazioni negoziali in altri territori vengono considerate illegittime. Questa situazione di incertezza ha un impatto sfavorevole nel mercato dei consumatori e nel sistema in generale circa le discipline del diritto da applicare, ma anche perché essa conduce l'operatore finanziario a ricercare il prodotto per lui maggiormente vantaggioso senza una corretta valutazione della sua conformità alla legge islamica, con una conseguente grande incertezza giuridica volta ad accogliere un'interpretazione flessibile a dispetto di quella rigida. Alcuni sostengono che l'armonizzazione potrebbe portare solo vantaggi, come la

³¹² S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, cit., pp. 105-122.

³¹³ R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2007.

crescita del settore sul piano internazionale e non solo nazionale, risparmio di tempo e di costi, stabilità finanziaria, maggiore trasparenza e coerenza nella rendicontazione finanziaria, nonché una maggiore fiducia dell'utente finale e l'aumento della commerciabilità transfrontaliera; attualmente - a dire il vero - un prodotto considerato conforme in Malesia, dotata di un ordinamento più flessibile, può essere ostacolato da Studiosi o clienti del GCC³¹⁴.

Tuttavia, l'armonizzazione non è la soluzione definitiva. Il problema sorge quando i principi e le regole da applicare a contratti specifici non sono così facilmente individuabili e quindi devono essere estrapolati dalle *fatwe*. Infatti, le interpretazioni non sono uniformi, ma differiscono a seconda della scuola di appartenenza. Quindi si assisterà ad un pluralismo delle *fatwe* in materia di transazioni finanziarie tante quante le giurisdizioni a cui appartengono gli studiosi.

A questo proposito ricordiamo l'esistenza di quattro scuole di pensiero ortodosse nella giurisprudenza islamica: Hanafi, Shafi'i, Hanbali, Maliki che appartengono al ramo sunnita, senza dimenticare il ramo sciita a cui appartengono diverse scuole come Zayditi, Settimani e Duodecimani. Pertanto, ciascun giurista di ogni *madhab* emetterà plurime interpretazioni sulle questioni finanziarie. La maggior parte delle volte si creano, inevitabilmente, conflitti e ambiguità nei pareri relativi alla conformità di tali transazioni alla sharia³¹⁵. La legge islamica è sempre stata interpretata dalle diverse scuole di pensiero giuridico che utilizzano o il ragionamento analitico "*ijtihad*" o l'analogia interpretativa "*qiyas*" o entrambe per estrapolare i principi generali. Ne deriva che non vi è consenso unanime "*ijmaa*" sulla conformità sharaitica di alcuni prodotti e servizi³¹⁶. La difformità può derivare altresì dal parere dell'organo responsabile della certificazione che differisce da giurisdizione a giurisdizione. Ad esempio, in Malesia sussiste un organismo centrale responsabile della conformità sharaitica, mentre a Dubai ogni distributore di prodotto finanziario ha il proprio Shari'a

³¹⁴ Wafica Ali GHOU, *The Standardization Debate in Islamic Finance: A Case Study*, working paper presented at 8th International Conference on Islamic Economics and Finance, Doha-Qatar 2011, pp.1-14.

³¹⁵ B. RASUL, *Identifying the Main Regulatory Challenges for Islamic Finance*, in *Islamic Finance: Instruments and Markets*, Bloomsbury Information Ltd, London, 2010.

³¹⁶ H. HESSE, A. A. JOBST, J. SOLÉ, *Trends and challenges in Islamic finance*, in *World Economics*, vol. 9, 2, 2008, pp. 175-193.

Board. Tale struttura inevitabilmente provoca incertezza poiché un servizio o prodotto conforme alla sharia in Malesia potrebbe non esserlo a Dubai. Tuttavia, tale situazione può verificarsi anche all'interno del medesimo territorio: un prodotto può risultare conforme alla sharia per uno Shari'a Board e non esserlo per un altro.

Tutto ciò premesso, i leader del mercato finanziario e i legislatori hanno sostenuto che l'armonizzazione degli standard della Shari'a ridurrà i costi di transazione per il settore e per le autorità di regolamentazione, aiuterà addirittura la formazione di un'efficiente supervisione normativa, migliorerà il processo di conformità alla Shari'a e contribuirà alla fiducia e alla crescita del settore. Inoltre, la mancanza di uniformità degli standard per le pratiche di "Islamic banking" nei paesi islamici ha causato difficoltà nello sviluppo di standard normativi prudenziali tra le istituzioni bancarie islamiche e i governi islamici.

Tuttavia, nonostante i diversi vantaggi conseguenti all'unificazione delle norme, gli studiosi della Sharia manifestano un'opinione diversa sull'opportunità dell'armonizzazione degli Standards sharaitici poiché la standardizzazione potrebbe eludere la *ratio* dell'ijtihad³¹⁷. In effetti lo sforzo interpretativo compiuto dai *Mujtahidin* è la ragione per cui la legge islamica è dinamica e può essere applicata in differenti circostanze in tutti i tempi e luoghi. Inoltre, la sussistenza di diverse scuole di pensiero fa sì che ci siano diverse opinioni nel "*fiqh al muamalat*", anche se c'è accordo sulle questioni più importanti della sharia "*fiqh al ibadat*". Perciò, uniformare e armonizzare i pareri significherebbe dare la precedenza a una scuola di pensiero rispetto a un'altra, cosa che non può essere universalmente accettabile. Difatti, il tentativo di unificazione delle scuole non è nuovo, ma in passato il califfo Al-Mansour (m. 775) voleva imporre ai suoi sudditi "Il Muwatta'", opera di Malik Ibn Anas (fondatore della scuola malechita) al fine di uniformare le decisioni giudiziarie. Ma l'autore da un lato sconsigliò il tentativo perché vi erano contraddizioni nelle sentenze pronunciate e dall'altro sosteneva che ogni territorio aveva le proprie fonti di Sunna,

³¹⁷ J. ABBAS ZAIDI, *Shari'a Harmonization, Regulation and Supervision*, in *Islamic International Rating Agency*, working paper presented at: AAOIFI- World Bank Islamic Banking and Finance Conference, Manama-Bahrain, 2012, pp. 2-3.

che seguiva e nelle quali credeva³¹⁸. Pertanto, il progetto di standardizzazione intrapreso dalle organizzazioni transnazionali come AAOIFI (Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions), IFSB (Islamic Financial Services Board) e IIFM (International Islamic Financial Market) al fine d'individuare un quadro normativo uniforme e armonizzato da seguire ovunque si pratici la finanza islamica è uno sforzo legislativo incentivato dalle forze di mercato e dall'interazione dei sistemi giuridici comunali. Difatti, è innegabile la necessità d'individuare un'architettura giuridica che si integra nell'economia globale, ossia l'applicazione di principi islamici che emergono dalla sharia mediante gli Standards. E nel fare ciò è essenziale il ruolo dell'interpretazione, lo sforzo intellettuale, le differenze di pensiero giuridico delle scuole e lo studio della prassi commerciale, che tende ad incentivare pratiche contrattuali standard, come l'utilizzo di documentazione standardizzata³¹⁹.

Insomma, è forte l'esigenza di un *corpus* comune - contenente i principi etico-religiosi - che faciliti gli operatori nella comprensione del mondo economico, commerciale, finanziario e assicurativo islamico e che rappresenti la strada verso l'individuazione di un punto d'incontro con il mondo occidentale. In definitiva, il quesito da porsi è se le forze di mercato siano pronte a istituire e accogliere un *corpus* normativo, ossia una *lex mercatoria sui generis* islamici, essendo questa conosciuta sia al mondo occidentale sia al mondo islamico³²⁰. Al di là dei problemi e degli ostacoli che tale

³¹⁸ S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *op. cit.*, pp. 73-74; N. HAMDAN, *Al-muwatta'at lil-imam Malik*, Dar al-Shamiyyah, Beirut, 1992, pp. 90-105; Ch. PELLAT, *Ibn Al-Muqaffa' mort vers 140/757, conseiller du califfo*, Maisonneuve-Larose, Paris, 1976, pp. 40-44. In una lettera di Ibn al-Muqaffa' (m. 756) indirizzata al califfo Al-Mansour risulta che: “una delle questioni che deve attirare l'attenzione del comandante dei credenti [...] è la mancanza d'uniformità, la contraddizione nelle sentenze pronunciate; queste divergenze sono gravi [...]. Ad Al-Hira, la pena di morte e i reati a carattere sessuale sono considerati legali, mentre non lo sono a Kufa. A Kufa stessa quello che è legale in una zona, non lo è in un'altra [...]. Se gli pare opportuno, il comandante dei credenti può ordinare che queste sentenze e prassi giudiziarie divergenti gli siano mandate in un fascicolo, accompagnate dalle tradizioni e soluzioni analogiche di ciascuna scuola; se poi il comandante dei credenti esaminasse questi documenti ed esprimesse su ogni caso il parere che Dio gli ispira; se egli si attenesse fermamente a questa opinione e proibisse ai cadì di discostarsene; se facesse infine di queste decisioni un corpus completo, potremmo sperare che Dio trasformi questi giudizi – ove l'errore si rimescola con la verità – in un unico e gusto codice”.

³¹⁹ J. ERCANBRACK, *The Standardization of Islamic Financial Law: Lawmaking in Modern Financial Markets*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 4, 2019, pp. 825-860. Available at <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz010>.

³²⁰ Sul tema si veda altresì V.M. DONINI, *Il diritto del commercio internazionale nel mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, ESI, Napoli, 2007, pp. 166-169; W. KASSIR, *La lex mercatoria: mythe et réalité*, in *Proche-Orient Etudes Juridiques*, XLV, 1, 1992, pp. 15-93.

processo solleva, è sempre necessario considerare che l'assenza di uniformità e standardizzazione transnazionale dei prodotti shariatati nei mercati sia macroregionali che globali, potrebbe avere degli effetti sfavorevoli sulla crescita e sull'efficienza delle imprese bancarie e assicurative islamiche. Un'eventuale *lex mercatoria* islamica potrebbe offrire un quadro giuridico flessibile e armonizzato finalizzato allo sviluppo dell'economia musulmana, nonché rappresentare un ponte tra i sistemi economici convenzionali e quelli islamici, ma anche favorire lo sviluppo di nuove pratiche commerciali, in cui l'unione di due tradizioni giuridiche e finanziarie, nonostante le loro divergenze, risultino complementari³²¹.

12. Conclusione.

Il *Takaful* è un modello organizzativo che si ispira alle forme di assicurazione cooperativa in cui i partecipanti associati o soci conferiscono una certa somma di denaro in un fondo *takaful* di cui avranno la titolarità e che sarà affidato ad un operatore *takaful*. Sono stati, tuttavia, elaborati diversi tipi di assicurazione islamica ove il controllo sui fondi *takaful* viene affidato ai *takaful operators* in qualità di gestori del fondo *takaful*. A costoro viene riconosciuta la flessibilità di gestione del fondo secondo modelli operativi diversi a seconda del contesto socioeconomico e delle diverse esperienze e, in una certa misura, delle diverse scuole di pensiero. Tale flessibilità è una delle caratteristiche del modello in esame e ne dimostra la capacità di adattamento rispetto ai diversi contesti in cui è necessario fornire adeguata copertura di rischi.

Ogni modello comprende diverse combinazioni di diritti e obblighi tra gli assicuratori e gli assicurati, come è stato analizzato. Tutti i modelli devono soddisfare le esigenze della Sharia, tecniche e normative. I modelli includono il modello cooperativo (*ta'awuni*) nato in Sudan e in Arabia Saudita. Secondo questo modello, il profitto appartiene ai soci in quanto proprietari del fondo e viene distribuito ai soci o trattenuto all'interno del fondo, tuttavia, il punto debole di questo è che c'è poco spazio per l'imprenditorialità e la raccolta di capitali rappresenta un problema; il modello di *wakala*; il modello di *wakala* con i fee di performance; il modello di *mudaraba*; il

³²¹ J. BENARAFÀ, *La Lex mercatoria e i sistemi islamici: finzione o realtà?* Annuario di diritto comparato e di studi legislativi, 2020, in corso di pubblicazione.

modello mudaraba modificato; il modello ibrido e infine il modello waqf. Generalmente nel mondo musulmano si praticano almeno tre modelli: Mudaraba (partecipazione agli utili), che viene utilizzato principalmente in Estremo Oriente; Wakala (agenzia): l'operatore takaful detrae una commissione di gestione anticipata dal contributo (premio); può anche ricevere una commissione legata al rendimento, che viene detratta da qualsiasi eccedenza; e infine il Waqf (dotazione): il principio è quello di considerare il contributo come donazione/contributo usato come un'opera di carità. Il Waqf è un nuovo modello utilizzato solo in Pakistan e in Sudafrica. La tendenza in Medio Oriente e ora in Estremo Oriente è per una combinazione di entrambi i modelli: wakala per la sottoscrizione e mudaraba per gli investimenti.

Il fondo *takaful* è alimentato dal versamento di contributi da parte dei partecipanti. Una parte dei contributi versati viene ceduta sotto forma di donazione (tabarru') per pagare le richieste di risarcimento ai colleghi partecipanti che soffrono di perdite definite. Il saldo costituisce i risparmi e gli investimenti dei partecipanti. Il fondo dell'operatore *takaful* è costituito dal capitale iniziale di avvio o di avviamento. Tutte le spese di gestione e le commissioni sono a carico di questo fondo. Ai partecipanti vengono addebitate solo le spese dirette relative al funzionamento del modello takaful utilizzato. A seconda del modello adottato, la fonte di guadagno per il fondo del gestore può essere (i) la commissione di gestione; o (ii) la quota degli utili da investimento; o (iii) l'avanzo di sottoscrizione o qualsiasi combinazione di questi. La partecipazione agli utili o alle eccedenze viene effettuata solo dopo l'adempimento dell'obbligo di assistere gli altri partecipanti. In caso di perdita (deficit) nel fondo *takaful*, l'operatore è obbligato a fornire *qard hasan*, un prestito senza interessi dal capitale dell'azionista che dovrà essere rimborsato prima della distribuzione di eventuali future eccedenze. L'operato del *takaful* operator deve essere controllato; per tale ragione viene istituito un organismo o consiglio sharaitico che vigila sull'operato e le strategie adottate per raccogliere il capitale e vigilare altresì sulla natura dei rapporti instaurati con i terzi.

Un altro presupposto fondamentale dell'operazione *takaful* è quello del rispetto del principio per cui gli investimenti effettuati dall'operatore *takaful* siano conformi ai principi etico-religiosi contenuti nella sharia. L'operatore *takaful* oltre al rispetto delle *fatawe* pronunciate da tali *Board* deve istituire i prodotti nel rispetto delle linee guida

degli organismi transnazionali come l'AAOIFI e l'IFSB. Da tutto ciò emerge la complessità della struttura *takaful*, da cui ne emerge un unico dato incontrovertibile ovvero il rispetto dei dogmi contenuti nella legge islamica.

“O voi che credete, adempite ai patti”

(Cor. 5, 1)

CAPITOLO III

LE OPERAZIONI NEGOZIALI ASSICURATIVE: I CONTRATTI NELL'ASSICURAZIONE ISLAMICA

SOMMARIO: 1. Cenni preliminari. – 2. La regola morale nella struttura contrattuale islamica. – 2.1. Oggetto del contratto nel diritto islamico. – 2.2. Le clausole aggiunte nel contratto islamico. – 2.3. La prescrizione nel sistema giuridico islamico. – 3. Il contratto nel diritto islamico. – 3.1. La forza vincolante del contratto. – 3.2. La libertà contrattuale. – 4. I principali tipi di contratto. – 4.1. Gli atti unilaterali. – 4.2. I contratti bilaterali. – 5. La coesistenza tra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento giuridico islamico. – 6. Contratti islamici davanti al giudice occidentale. – 7. Il contratto aleatorio nella tradizione giuridica islamica. – 7.1. L'alea nel diritto islamico. – 7.2. Il fondamento del divieto dei contratti aleatori. – 7.3. Gli effetti del divieto dei contratti aleatori. – 8. Il contratto assicurativo islamico. – 9. Gli elementi essenziali del contratto *Takaful*. – 9.1. Elementi chiave nel processo di gestione del rischio nel *Takaful*. – 9.2. Il contratto *Tabarru'*. – 9.2.1. Il carattere obbligatorio della partecipazione *-Tabarru'* nella sharia: La qualificazione giuridica. – 9.2.2. Il metodo di calcolo delle partecipazioni *-Tabarru'* nella struttura *takaful*. – 9.3. La struttura dei Fondi nel *Takaful*. – 9.3.1. Fondo *Takaful*. – 9.3.2. Fondo d'investimento. – 9.4. *Qard Hasan* per far fronte al deficit del fondo. – 10. Conclusione.

1. Cenni preliminari.

Abbiamo visto sin qui che l'assicurazione non è figura in contrasto con gli usi e i principi contenuti nella sharia poiché, soprattutto riguardo a determinate forme o modelli essa è funzionalmente equivalente ad un sistema di aiuto-garanzia reciproca. Nonostante la riconosciuta necessità e il bisogno di protezione i giurisperiti musulmani sono del parere che il funzionamento dell'assicurazione convenzionale non sia

conforme ai principi etico-religiosi contenuti nella *lex* divina poiché contiene divieti come il *gharar*, *maysir* e *riba*.

Per far fronte dunque ai bisogni della società come è stato spiegato *supra*, poiché il bisogno di protezione è un bisogno innato in tutti gli individui in ogni epoca, i *fuqaha* hanno operato di conseguenza, individuando nel *Takaful* uno strumento conforme alla sharia e adeguato a rispondere ai bisogni di tutela. Il lemma *Takaful* è una parola araba che significa “garanzia reciproca” o “garanzia congiunta”. Per rendere il *Takaful Sharia compliant* vale a dire libero dall'incertezza e dalla speculazione è stato individuato il *Tabarru'*, come sostituto al premio, che significa donazione, dono o contributo volontario, come strumento giuridico idoneo ad ovviare al divieto contenuto nell'assicurazione convenzionale. Difatti, ogni partecipante che ha bisogno di protezione deve essere motivato dalla sincera intenzione “*niyya*” di donare ad altri partecipanti che si trovano in difficoltà.

L'assicurazione islamica si traduce nel seguente schema negoziale: ogni partecipante versa determinati importi di denaro di ammontare predefinito ad un fondo comune destinato a “sostenere” gli altri partecipanti in caso di bisogno o al verificarsi di un sinistro. Il fondamento di tale struttura è la cooperazione e la mutua assistenza che consentono di far fronte ad una perdita individuale mediante le risorse di un fondo in cui sono stati versati i contributi. I giurisperiti dunque hanno individuato nel *Tabarru'* la soluzione per eliminare gli ostacoli che rendono l'assicurazione convenzionale non accettabile. Il *Tabarru'* è l'impegno del partecipante a versare una donazione al fondo consentendogli così di adempiere al suo obbligo di aiuto reciproco e di garanzia congiunta, nel caso in cui uno dei suoi colleghi partecipanti subisca una perdita definitiva. Il concetto di *Tabarru'* elimina l'elemento d'incertezza “*gharar*” nel contratto *Takaful* tenuto conto che, secondo la scuola malikita, il *gharar* non esiste nel rapporto di *Tabarru'*. La condivisione del profitto o del surplus che può emergere dalle operazioni del *Takaful* viene effettuata solo dopo l'adempimento dell'obbligo di assistenza agli altri partecipanti. Pertanto, il *Takaful* può essere considerato come una operazione economica e ciò nel senso che essa si traduce in una condivisione degli utili tra l'operatore del *Takaful* e i singoli membri di un gruppo di partecipanti.

L'assicurazione deve essere approvata dal consiglio della Sharia per essere conforme alla legge divina, il che significa che deve essere praticata sulla base della responsabilità condivisa, della cooperazione reciproca e della solidarietà, finalizzata alla salvaguardia del singolo contro un rischio definito. Tecnicamente il *Takaful*, dal punto di vista economico, si traduce in una forma di garanzia o assicurazione reciproca basata sui principi di *al-aqd* (contratto) fornita da un gruppo di persone che vivono nella stessa società, contro un rischio definito o una catastrofe che colpisce la vita, la proprietà o qualsiasi forma di bene di valore. Per questo motivo il *Takaful* è talvolta noto, per equivalenza, come assicurazione cooperativa con mutuo accordo. I giuristi musulmani hanno concluso che l'assicurazione nell'Islam dovrebbe essere basata sui principi della mutualità e della cooperazione. Tale assicurazione comprende gli elementi della responsabilità condivisa, dell'elemento solidaristico e mutualistico e dell'interesse comune di un gruppo sociale a proteggere i propri membri.

Pertanto, per conoscere il meccanismo del contratto assicurativo islamico è necessario comprendere non solo i suoi elementi essenziali e aspetti salienti, come il *risk sharing* e il fondo *takaful*, ma anche la dimensione etica su cui si regge il contratto aleatorio nel diritto musulmano, oltre ai principi generali che operano nella contrattualistica islamica come i requisiti dell'oggetto del contratto, la sua forza vincolante e la libertà contrattuale, vale a dire i caratteri dell'autonomia contrattuale nel diritto islamico.

2. La regola morale nella struttura contrattuale islamico.

Come oramai si è ripetuto più volte nella tradizione giuridica islamica sono presenti una serie di principi e dogmi inderogabili che hanno come scopo fondamentale quello di disciplinare ogni aspetto della vita religiosa, sociale, politica e giuridica dei credenti. È impensabile trasgredire tali dettami poiché significherebbe trasgredire la volontà di Allah³²². Per tale ragione il legame non s'interrompe con il cambiamento della propria residenza o dimora, ma persiste anche qualora il musulmano si trasferisca da uno Stato ad un altro. Egli rimane comunque soggetto alla legge islamica che continua a vincolare la sua coscienza anche quando si trova in un territorio non islamico, per cui

³²² M.-H. SHALIBAR, *Qadiyat al-khair wa l-shar fil-fikr al islami*, 2 ed., Dar al-ulum ag-jami'yyat, Cairo, 1981, p. 348.

all'interno della medesima compagine sociale possono registrarsi una moltitudine di sistemi legati alle culture, tradizioni e religioni³²³.

Da ciò si comprende la ragione per la quale la portata applicativa del *fiqh*, il corpo delle regole dedotte dalla sharia, frutto dell'intelletto dei dotti musulmani, valica il significato *tecnico* attribuito al fattore diritto nei sistemi giuridici contemporanei e, in particolar modo, nel sistema occidentale. In merito, esiste sino ad oggi un dibattito animato tra i giuristi comparatisti circa l'equiparazione del significato del lemma 'diritto' alla 'Sharia', che è il fondamento del *fiqh* poiché il diritto islamico si regge su essa, la quale comprende norme religiose, giuridiche e sociali per tale ragione si tende a mantenere invariato il vocabolo nella sua versione araba in quanto la traduzione non rispecchierebbe una corrispondenza concettuale e semantica³²⁴. Per questo motivo plurime questioni interpretative attinenti alla morale o alla religione nel diritto occidentale sono di competenza del giurista musulmano³²⁵. Egli deve emettere un giudizio di valore, in cui si può derogare ogni disposizione incompatibile con la Sharia, su ogni azione privata, sociale, religiosa o morale che non cattura l'interesse del giurista occidentale³²⁶. Pertanto, il musulmano è obbligato a conformarsi alle prescrizioni contenute nella religione di matrice etico-morale, come ad esempio il principio d'equità³²⁷ ossia, in ottica più ampia, di rispetto del prossimo e di solidarietà e il principio d'uguaglianza³²⁸.

La dimensione etica del contratto islamico, ossia il dovere di comportarsi secondo equità, è rinvenibile in diversi versetti del Corano e *ahadith* della Sunna, come il versetto numero 25 contenuto nella Sura del Al-Hadîd “*Invero inviammo i Nostri messaggeri con prove inequivocabili, e facemmo scendere con loro la Scrittura e la*

³²³ A tal proposito si veda J.S. NIELSON, L. CHRISTOFFERSEN (Eds.), *Shari'a as Discourse: Legal Traditions and the Encounter with Europe*, Farnham/Burlington, 2010.

³²⁴ A. GAMBARO, R. SACCO, *op. cit.*, p. 10.

³²⁵ L. MILLIOT, F-P BLANC, *op. cit.*, pp. 171-183.

³²⁶ S. JAHEL, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, in *La place de la chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Editions Panthéon-Assas, Paris, 2012, pp. 259- 282.

³²⁷ Si veda J. MAKDISI, *Legal logic and equity in islamic law*, in *American journal of comparative law*, 33, 1985, p. 63; H. AFCHAR, *Equity in Musulman law*, in R.A. Newman (a cura di), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Etablissements Emile Bruylant, Brussels, 1973, p. 122.

³²⁸ *Cor.* 2, 279: “[...] *se vi pentirete, conserverete il vostro patrimonio. Non fate torto e non subirete torto*”.

Bilancia, affinché gli uomini osservassero l'equità" e il versetto numero 58 contenuta nella Sura An-Nisâ' "Allah vi ordina di restituire i depositi ai loro proprietari e di giudicare con equità quando giudicate tra gli uomini. Allah vi esorta al meglio. Allah è Colui Che ascolta e osserva"³²⁹ nonché della medesima Sura il versetto numero 135 "O voi che credete, attenetevi alla giustizia e rendete testimonianza innanzi ad Allah, foss'anche contro voi stessi, i vostri genitori o i vostri parenti, si tratti di ricchi o di poveri! Allah è più vicino [di voi] agli uni e agli altri. Non abbandonatevi alle passioni, sì che possiate essere giusti. Se vi destreggerete o vi disinteresserete, ebbene Allah è ben informato di quello che fate". O ancora il versetto numero 15 contenuto nella Ash-Shûrâ "Invitali dunque [alla fede], procedi con rettitudine come ti è stato ordinato e non seguire le loro passioni. Di': "Credo in tutta la Scrittura che Allah ha rivelato. Mi è stato ordinato di giudicare con equità tra voi".

L'equità, inoltre, comprende un marcato dovere di solidarietà e aiuto reciproco come si comprende dal versetto numero 177 contenuto nella Sura Al-Baqara: "La pietà non consiste nel volger la faccia verso l'oriente o verso l'occidente, bensì la vera pietà è quella di chi crede in Dio, e nell'Ultimo Giorno, e negli Angeli, e nel Libro, e nei Profeti, e dà dei suoi averi, per amore di Dio, ai parenti e agli orfani e ai poveri e ai viandanti e ai mendicanti e per riscattare prigionieri, di chi compie la Preghiera e paga La Dècima, chi mantiene le proprie promesse quando le ha fatte..." e dal versetto numero 8 contenuto in Sura Al-Mâ'ida " O voi che credete! State ritti innanzi a Dio come testimoni d'equità e non vi induca l'odio contro gente empia ad agire ingiustamente. Agite con giustizia, ché questa è la cosa più vicina alla pietà, e temete Dio, poiché Dio sa quel che voi fate".

Dunque, il credente di fede islamica è tenuto a osservare tanto le obbligazioni religiose quanto quelle morali dato che la *ratio* di molte pratiche discende sempre e comunque dalle fonti primarie di origine religiosa 'usul' del diritto islamico. Il diritto islamico è strettamente applicato ai credenti che accettano la *lex divina* poiché la religione è in rapporto diretto con le soluzioni dei loro problemi quotidiani, difatti, è considerata uno

³²⁹ Tale versetto rileva sul piano politico come dimostra Ibn Taymiyya nella sua opera al Siyasa sariyya dove viene analizzato il rapporto tra l'agire dei governi e la legge sharaitica; cfr. IBN TAYMIYYA, *Il buon governo dell'Islam* (a cura di G.M. PICCINELLI), Università degli studi di Bologna, Bologna, 2001.

dei pilastri della scienza sociale³³⁰. Ragion per cui il ruolo della regola etica-morale nel sistema giuridico religioso come quello islamico rimane nodale, poiché la morale e la religione si intrinsecano e costituiscono un *corpus* unitario. La preminenza della regola morale nel diritto islamico si spiega altresì in quanto la natura giuridico-islamica secondo l'opinione maggioritaria dei giurisperiti e teologi ortodossi è il risultato della rivelazione vale a dire il Verbo e la tradizione del Profeta e non dell'intelletto umano³³¹.

Il complesso delle norme morali è costituito dunque da un insieme di regole trasmesse dalla religione per guidare il comportamento dei singoli credenti sia in privato sia in società. L'originalità della *lex divina* rispetto ai diritti presenti in una cultura laica è interessante da notare proprio in virtù dell'applicazione di uno dei principi fondamentali del diritto islamico, ovverosia la prevalenza della *Maslahah al-Amah* “*l'intérêt de la collectivité prime l'intérêt individuel*” e in generale “*La darara wa la dirar*” la ragione sottostante a tale concetto si rinviene nell'idea che l'individuo e tutte le sue proprietà sono concesse da Dio. Pertanto, bisognerebbe utilizzare tale ricchezza solamente nelle attività che procurano del bene all'individuo e alla collettività³³². Perciò la libertà degli individui – credenti di fede islamica – è limitata da prescrizioni etico-religiose: la validità di tutte le transazioni giuridiche dipende dalla conformità delle prestazioni reciproche delle parti contraenti ai postulati morali³³³ affinché si evitino disequilibri patrimoniali. Per contro, nel diritto occidentale l'ordine morale proviene da un ordine naturale delle cose, mentre l'ordine morale musulmano si regge

³³⁰ Z. ABDIL-BAQI, *‘Ilm al-ijtima ad-din*, Dar Gharib, Cairo, 1983, p. 47.

³³¹ Ch. CHEHATA, *La religion et les fondements du droit en Islam*, in *Islam : Dimensions religieuses du droit*, Archives de philosophie du droit, XVIII, 1973, pp. 22-23. L'autore scrive per marcare la distinzione tra ambito spirituale e temporale : « *En somme, la théologie islamique orthodoxe n'admet pas l'existence d'un droit naturel, soit d'un droit issu de la nature et de la raison, et comme tel, indépendant de la révélation et des dogmes religieux. Si Dieu l'avait voulu, répètent à satiété les théologiens, il aurait inspiré à son Prophète une loi tout différent qui serait tout autant juste que celles qui est prescrite* » ; l'autore afferma altresì che : « *Nous savons déjà que la religion musulmane, en tant que religion révélée, repose sur le Livre Sacré et la Tradition du Prophète. Dans la mesure où la théologie musulmane admet que la Parola de Dieu détermine le bien et le mal, - qui n'existent pas, en eux-mêmes- l'on ne saurait éviter le rattachement de toute prescription à la volonté divine. C'est la position adoptée par les théologiens orthodoxes. Elle a prédominé tout au long des siècles. C'est pourquoi la confusion s'est faite entre religion et droit, d'une manière totale. L'on sait, en effet, qu'en saine orthodoxie, le temporel ne saurait être séparé du spirituel* »

³³² M.-Y. MUSA, *at-Tashri' al-islami wa-atharuh fi l-fiqh al-gharbi*, al-Maktabat ath-thaqafiya, Le Caire, 1960, p. 125.

³³³ J. SCHACHT, *Introduction au droit musulman*, cit., p. 22.

sulla religione, il che crea una stretta interdipendenza tra diritto, etica e religione. *Ergo* la regola morale è il fondamento del sistema contrattuale musulmano che mira a preservare e tutelare l'equilibrio delle prestazioni sinallagmatiche dei contraenti. Motivo per cui sussiste una limitazione dell'autonomia della volontà da una parte, dovuta all'applicazione di regole relative all'oggetto della prestazione e, dall'altra la proibizione di clausole aggiunte all'atto ove emerge una esplicita limitazione della libertà contrattuale nonché la prescrizione estintiva. Si tratta di mostrare come la morale dell'Islam possa limitare la libertà contrattuale, vietando alcuni oggetti o vietando clausole che, in un sistema di contratti nominativi, rischiano di mettere in discussione la giustizia contrattuale. Questa moralità è anche la spiegazione del ben noto divieto di profitti illeciti e di contratti aleatori.

2.1. Oggetto del contratto nel diritto islamico.

L'oggetto del contratto nel diritto islamico è l'insieme delle prestazioni dedotte in esso così come sono descritte nell'accordo contrattuale³³⁴. È interessante notare come il sistema dei contratti islamici si caratterizzi per il vincolo di tipicità ciò nel senso che proprio al fine di contemperare gli elementi giuridici ed elementi religiosi e quindi per delimitare la categoria del contratto, i giuristi hanno definito un elenco limitato di contratti³³⁵. L'oggetto del contratto deve perseguire un'utilità per cui ogni categoria di atti ha un fine in sé; vale a dire, se non è raggiungibile l'obiettivo che ci si prefigge contemplato in questi atti, allora l'oggetto è considerato non lecito, similamente a ciò che avviene nelle esperienze occidentali. La vendita di una moschea, ad esempio, è nulla, poiché il motivo della vendita, il godimento personale dell'uso dell'edificio, non può essere moralmente permesso all'acquirente poiché la moschea è la casa di Dio³³⁶. I giurisperiti in merito hanno definito una serie di regole riguardanti l'oggetto risultante dall'atto giuridico, la loro inosservanza determinerebbe la nullità del contratto. Lo

³³⁴ P.N. KOURIDES, *The Influence of Islamic Law on Contemporary Middle Eastern Legal Systems: The Formation and Binding Force of Contracts*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, IX, 2, 1970, p. 419; S. MAHMASSANI, *An-Nazariyat al-Amal li-Imugibat wa l-uqud fil-sharia al-islamiya*, Beirut, 1948, p. 320 ss.

³³⁵ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *L'autonomie de la volonté en droit musulman*, in *Revue internationale de droit comparé*, Paris, 1958, p. 90 ss.

³³⁶ N. COMAIR-OBEID, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 11, 4, 1996, pp. 331-349.

scopo principale di queste norme imperative è quello di proibire la vendita di oggetti che la religione considera impuri, e quindi esclusi dal commercio, e di mantenere un equilibrio armonioso tra i reciproci benefici, nonché di evitare qualsiasi elemento che possa essere fonte di un guadagno illecito.

Pertanto, per far sì che l'oggetto dell'obbligazione sia lecito 'mashru', l'oggetto deve esistere effettivamente al momento della stipula del contratto diversamente sarà dichiarato nullo, deve essere possibile, deve essere determinato o determinabile in base al genere, alla specie, alla qualità e al valore e anzitutto lecito e conforme alla legge islamica³³⁷. Insomma, queste prescrizioni in parte convergenti con quelle del diritto occidentale tradizionale hanno come scopo quello di avvertire le parti contraenti di elementi di aleatorietà (causa di guadagno illecito e di squilibrio dei benefici sinallagmatici). Un tale elemento di casualità perturberebbe il contratto e potrebbe per il fatto stesso renderlo soggetto ad una penale fino alla nullità³³⁸.

Quello che è lecito 'mubah' e ciò che è illecito 'ghayr mubah' costituiscono un comparto importante all'interno della legislazione islamica, in quanto definiscono ciò che è permesso e ciò che è proibito ai musulmani. Difatti le fonti primarie riportano i beni *haram*, ossia proibiti la cui presenza in una transazione determina la nullità seppure in presenza di necessità 'darura'. Il consenso generale è che tutto ciò che non è proibito "haram" è permesso "halal"³³⁹. Come ad esempio la proibizione della consumazione della carne che non è stata macellata secondo il rito islamico prescritto nella Sunna³⁴⁰. Tuttavia, nei casi estremi in cui non sia disponibile nessun altro cibo e

³³⁷ *Ibidem*; cfr. la liceità e l'illeceità dei bene nella tradizione islamica Y. AL-QARADÂWÎ, *Le Licite et l'Illicite en islam, (in arabo: al-halal wa al-haram fil-islam)*, Al-Qalam, Paris, 2005. Tale libro ha suscitato tante critiche poiché tratta alcune tematiche sensibili come ad esempio l'omosessualità dove è stato riportato che «*Par quel moyen les tuer? Est-ce avec un sabre ou le feu, ou en les jetant du haut d'un mur? Cette sévérité qui semblerait inhumaine n'est qu'un moyen pour épurer la société islamique de ces êtres nocifs qui ne conduisent qu'à la perte de l'humanité*», il rapporto tra ebrei e musulmani ove viene citato che «*Il n'y a pas de dialogue entre nous et les juifs, hormis par le sabre et le fusil*» e il trattamento riservato alla donna in cui si asserisce che «*Quand le mari voit chez sa femme des signes de fierté ou d'insubordination, il lui appartient d'essayer d'arranger la situation avec tous les moyens possibles en commençant par la bonne parole [...]. Si cela s'avère inutile, il essaie de la corriger avec la main tout en évitant de frapper durement et en épargnant son visage*».

³³⁸ Si veda altresì, A.-H. AL-GAZALI, *Le livre du licite et de l'illicite (Kitab al-halal wa-l-haram)*, Régis MORELON O.P. (tr. fr.), Librairie Philosophique J. Vrin, 2 ed., Paris, 1991.

³³⁹ *Haram* è la parola araba che è opposta a *Halal*; significa che qualcosa è proibito o illegale.

³⁴⁰ *Cor*, 2:172-173: «*Mangiate delle cose lecite e buone che la provvidenza di Dio v'ha donato, e siate riconoscenti, se Lui voi adorate! Ché Iddio vi ha proibito gli animali morti, e il sangue e la carne di*

la persona sia in pericolo di fame, o per scopi medicinali (ammesso che non ci siano altri sostituti) è tollerata la consumazione del medesimo cibo³⁴¹. Ovviamente l'elenco dei divieti non si ferma qui ma esso prosegue con la proibizione della vendita e consumazione della carne di maiale e dei suoi derivati³⁴², la vendita e la consumazione di bevande alcoliche e sostanze affini poiché distoglie dal pensiero di Allah e dalla preghiera, il che può causare un danno al nucleo familiare e alla comunità³⁴³, il commercio delle armi, pornografia e tabacco³⁴⁴.

L'oggetto potrebbe essere costituito da un'obbligazione di fare oppure di dare. Nella prima fattispecie eccezionalmente il contratto è valido per ragioni di *istihsan* oppure in virtù del principio di equità poiché la cosa non esiste al momento della stipula del contratto come il caso del contratto di fabbricazione "*istisna*" (contratto di manifattura). In tal caso la sanzione per il mancato adempimento dell'obbligo nel diritto islamico è limitata al risarcimento del danno subito, ciò significa che il risarcimento sarà equivalente al valore dell'obbligo assunto senza riscuotere alcun interesse, essendo ciò proibito dalla legge islamica; in alternativa il giudice potrebbe applicare altre misure come ad esempio "*l-habs*" (prigione).

Tuttavia, se si considera la medesima fattispecie – un soggetto che si impegna a svolgere un lavoro o a rendere un certo servizio – nell'ambito del diritto occidentale si osserva che qualora il debitore sia inadempiente sarà posto a suo carico il risarcimento del danno oltre agli interessi.

porco, e animali macellati invocando nome altro da Dio. Quanto a chi v'è costretto, senza desiderio e senza intenzione di peccare, ebbene, Dio è indulgente e clemente".

³⁴¹ Si riporta di seguito alcuni criteri necessari per farsi che la macellazione sia islamica sono: 1. La macellazione dell'animale deve essere effettuata da un musulmano; 2. L'animale non deve essere privo di sensi; 3. Iniziare con l'enunciazione di "*Bismillāh al-Rahmān al-Rahīm*", che significa "Nel nome di Allah Clemente e Misericordioso"; 4. L'animale deve essere macellato con un taglio preciso alla gola, recidendo la carotide, la trachea e le vene della giugulare; 5. La macellazione deve essere effettuata con l'uso di un coltello affilato come un rasoio per garantire un'uccisione rapida e che l'animale muoia il più rapidamente possibile; 6. L'animale deve essere appeso a testa in giù per consentire il drenaggio di tutto il sangue.

³⁴² Vedi *Cor.* 5, 90: «*O voi che credete! In verità il vino, il maysir, le pietre idolatriche, le frecce divinatorie sono sozzure, opere di Satana*»

³⁴³ Vedi *Cor.* 4, 43: «*O voi che credete, non accingetevi alla preghiera in stato di ebbrezza*».

³⁴⁴ La vendita e la compravendita del denaro è vietato per eludere il *riba*.

Mentre nella seconda fattispecie il problema non si pone poiché l'oggetto deve esistere al momento della stipula del contratto³⁴⁵; eccezionalmente sussistono casi che derogano a tale regola come il contratto di *salam* (vendita a consegna differita) e il contratto di *istisna'* (contratto di manifattura) dove l'oggetto esisterà solo in futuro³⁴⁶. Qualora non si verifichi la consegna il contratto sarà dichiarato nullo. Hakim ben Hazzan narra che egli disse al Profeta: "*Un uomo mi ha chiesto di vendergli ciò che non possedevo, quindi dovrei comprarlo al mercato? (Vale a dire per venderlo all'uomo dopo)*". Il Messaggero di Dio gli rispose: "*Non vendete ciò che non avete*"³⁴⁷.

Questo requisito dell'esistenza dell'oggetto al momento della conclusione del contratto ha come scopo la protezione delle parti del contratto contro qualsiasi rischio, come il *gharar* che possa indurre ad uno sbilanciamento delle prestazioni. La posizione netta della legge islamica nei confronti di tutti gli atti immorali, tutto ciò che è incerto o aleatorio emerge altresì dalle altre condizioni circa l'oggetto dell'obbligazione. Difatti, oltre ad esistere il bene deve anche essere disponibile affinché possa essere consegnato immediatamente.

Pertanto, non si può vendere ad esempio un uccello che sia in volo oppure la lana che si trova sul dorso delle pecore. La medesima regola non si applica solamente ai contratti di vendita ma anche a tutti gli altri atti giuridici come il prestito o l'affitto. Pertanto, la rigidità circa le caratteristiche dell'oggetto dell'obbligazione è stata impostata per preservare l'equilibrio delle prestazioni dei contraenti in nome delle regole etico-morali prescritte dalla legge sharaitica. L'applicazione dell'ordine morale è una ricerca di equità e giustizia anche a discapito della libertà contrattuale. L'importante è difendere gli interessi della parte più debole del contratto e proteggerla da qualsiasi forma di sfruttamento. L'importanza di queste norme in materia come condizioni fondamentali per l'esistenza dell'atto giuridico è confermata dalla natura

³⁴⁵ N. A. SALEH, *Unlawful Gain and legitimate Profit in Islamic law: Riba, Gharar, and Islamic Banking*, in *Arab and Islamic Law series*, 2 ed., Graham and Trotman, London, 1992, pp. 68-80.

³⁴⁶ Non si può vendere un'opera letteraria non ancora scritta né un puledro non ancora noto né il pesce non ancora pescato.

³⁴⁷ N. COMAIR-OBEID, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, *cit.*, p. 336.

della sanzione per il mancato rispetto delle stesse, ossia la nullità, essendo il contratto *batil*.

Tuttavia, le imprese con le loro esigenze pratiche di fronte allo sviluppo economico non possono essere appesantite da una legge ideale che è tutta giustizia ed equità. La necessità di adeguare le rigide regole relative all'oggetto dell'obbligazione è diventata sempre più pressante in un mondo in cui ogni giorno nascono nuovi tipi di affari. Tanti giuristi si sono preoccupati e si stanno preoccupando di come conciliare i principi e le prescrizioni morali-religiose con le esigenze pratiche del mercato e sembra che la soluzione sia quella di valutare caso per caso facendo affidamento sulle linee guida disposte dagli organismi transnazionali³⁴⁸.

2.2. Le clausole aggiunte nel contratto islamico.

La nozione di clausole cd “aggiunte” occupa un posto rilevante nel diritto islamico poiché idonee ad incidere sulla volontà dei contraenti.

Il vocabolo clausola ‘*shart*’ letteralmente si traduce in condizione sospensiva o risolutiva anche se talvolta nel lessico giuridico islamico assume invece il significato di obbligazione principale. Per cui la dottrina maggioritaria concorda precisando che la condizione è sinonimo di clausola nel caso in cui il lemma ‘*shart*’ è accompagnato dalla parola ‘*muqtarinat bi-l’aqd*’ ovvero sia elemento “allegato all’atto”³⁴⁹. Tale condizione è la clausola inserita in un contratto che mira a produrre alcuni effetti riconosciuti dalla legge islamica³⁵⁰. I giurisperiti ammettono comunque la libertà contrattuale delle parti, pur senza poter creare nuovi effetti derivanti dal contratto diversi da quelli già previsti. Infatti, il ruolo della volontà è semplicemente avviare il processo contrattuale scegliendo una struttura contrattuale tipizzata tenuto conto tuttavia del fatto che i suoi effetti sono disciplinati dalla sharia e si applicano automaticamente. Pertanto, l’accordo raggiunto e concluso risponde alla volontà delle parti, ma occorre porsi l’interrogativo fondamentale delle conseguenze che potrebbero

³⁴⁸ N. COMAIR-OBEID, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., p. 341; Is. ABDU, *Al-'uqud ash-shariyat al-hakimat li l-mu'amalat al-maliyyat, al-mu'asirat*, Dar al- I'tissam, Al-Qahirah-Egypt, 1977, p. 250.

³⁴⁹ A. KASSANI, *Al-Bada'i as-sana'i fi tartib ash-sharai'*, Ag-Jami'iyat, Le Caire, 1910, p. 168.

³⁵⁰ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *L'autonomie de la volonté en droit musulman*, cit., p. 96.

discendere se le parti scoprissero di aver bisogno di “allegati” tali da alterare gli effetti dell'atto giuridico in un modo non conforme alla *lex divina*. In altre parole, l'individuo potrebbe solamente con la sua volontà creare *ex novo* situazioni giuridiche non previste dalla giurisprudenza islamica³⁵¹. La risposta a tale quesito ha una notevole rilevanza sul piano dell'interpretazione in quanto essa consente di valutare ampiezza ed effettività del principio di autonomia della volontà nel diritto musulmano e, di conseguenza, l'ammissione o la non ammissione delle clausole aggiunte dai dotti islamici.

Si premette che un contratto è formato dall'incontro di due dichiarazioni di volontà che hanno un effetto immediato sull'oggetto o su oggetti reali connessi con il loro accordo o con un'obbligazione la cui esecuzione è rinviata ad una fase successiva³⁵².

Il fatto che l'incontro di due dichiarazioni di volontà concordanti costituisca consenso sembra essere a prima vista un'incontestabile verità, in particolare il corpo organico civile dell'Iraq (Art. 79), del Qatar (Art. 10), della Giordania (Art. 93) e del Kuwait (Art. 65.1) si riferisce al *rida* o *taradi* delle parti contraenti, che sembra essere il fulcro vitale al momento della stipula del contratto ed è generalmente intesa quale consenso. Tuttavia, un autore contemporaneo, C. Chehata, ha contestato che *rida* significhi consenso nel contesto contrattuale islamico³⁵³. *Rida*, a suo avviso, è lo stato d'animo “contento” di cui la mente delle parti contraenti dovrebbe godere quando si stipula un contratto³⁵⁴. Per Chehata, *rida* non è consenso e non è legato al testamento. L'intento, che è il requisito per la formazione di un contratto, è un *animus* non un atto della volontà. La volontà è inefficiente da sola a generare diritti e obblighi. Quindi un contratto non è uno scambio di consensi ma uno scambio di dichiarazioni che auto generano effetti giuridici in cui la volontà dell'autore della dichiarazione non partecipa in quanto tale volontà non è libera in un sistema di contratti di nomina. Osservata da

³⁵¹ N. SALEH, *Définition and formation of contract under Islamic and arab laws*, in *Arab Law Quarterly*, 1990, p. 107.

³⁵² *Ibidem*

³⁵³ *Ibidem*.

³⁵⁴ C. CHEHATA, *Droit Musulman, cit.*, pp. 124-140.

questo punto di vista, la questione della "*libertà di contratto*" nel diritto islamico è sommariamente respinta³⁵⁵.

Pertanto, i dotti islamici sono del parere che lasciando ai contraenti la libertà di organizzare gli effetti del loro atto giuridico secondo i loro desideri, essi rischiano di commettere abusi realizzando contratti aleatori o fraudolenti, che avranno l'effetto di alterare l'equilibrio delle prestazioni tra le parti contraenti. Lo squilibrio è il contrario del principio d'equità e della giustizia che il Libro e la Tradizione Profetica hanno prescritto per far sì che le prestazioni reciproche siano concordate in armonia e senza asimmetria informativa³⁵⁶.

I giurisperiti sostengono le loro affermazioni facendo riferimento ai versetti del Corano e della Sunna che spingono i contraenti a rispettare i loro impegni poiché il loro impegno non è solamente nei confronti della controparte del rapporto cui hanno dato vita, ma sono responsabili altresì nei confronti di Dio³⁵⁷. Insomma, la volontà umana è la *ratio* dell'atto giuridico, mentre il contenuto è disciplinato a monte dalla legge islamica.

Pertanto, le clausole aggiunte sono state accettate nel diritto islamico a patto che il loro contenuto miri ad integrare in modo armonioso il contenuto del contratto, come ad esempio la clausola con la quale il venditore esige dal compratore il deposito di un pegno in cambio del termine fissato in anticipo e concesso per il pagamento del prezzo della cosa acquistata³⁵⁸. In altri termini è considerata clausola aggiunta la clausola che è estranea al contratto poiché un contratto non può generare accordi tali da realizzare un altro contratto in quanto ciò potrebbe tradursi in uno squilibrio delle prestazioni

³⁵⁵ N. SALEH, *Freedom of contract: What does it mean in the context of arab laws*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 16, 4, 2001, pp. 346-357.

³⁵⁶ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, p. 34.

³⁵⁷ M. EL-BOKHARI, *Les traditions islamique*, tr. fr. O. Houdas, II, E. Leroux, Paris, 1906, p. 37. Dove viene riportato un *hadith* che descrive una dichiarazione del Profeta alla sua consorte Aicha: "A quoi songent les hommes qui stipulent des conditions qui ne figurent point dans le livre de Dieu? Toute stipulation qui ne figure point dans le livre de Dieu est nulle. Y eut-il cent conditions de ce genre que la seule règle de Dieu serait plus équitable et plus sûre"

³⁵⁸ Si rinviene nella Sunna un esempio di compravendita dove il Profeta ha previsto una clausola di consegna del bene posticipata: « *le Prophète aurait acheté au cours de son voyage un cheval de Ghabir bin Abdallah à condition que le vendeur le lui remette en arrivant à Médine* ».

contrattuali, una parte potrebbe arricchirsi rispetto ad un'altra. Per tale ragione la clausola è considerata viziata³⁵⁹.

Le scuole giuridiche hanno discusso i criteri di validità delle clausole operando una distinzione tra due macrocategorie: clausole *sahiha* (valide) e clausole *fasida* (nulle). Le scuole in disaccordo operavano attraverso una propria interpretazione.

La teoria della clausola aggiunta è quindi controversa, perché l'ordine morale musulmano, che si preoccupa di garantire un equilibrio tra i benefici delle parti, si basa su due idee principali: da una parte la lotta contro il *riba*; dall'altra parte l'esclusione di tutti i rischi nelle transazioni in modo da limitare notevolmente la libertà delle parti, minando il principio dell'autonomia della volontà. Le scuole giuridiche islamiche non sono unanimi nell'ammettere o interdire le clausole aggiunte: gli hanafiti, i malichiti, e gli shafiiti tendono a vietarli, mentre sono ammesse dagli hanbaliti.

L'applicazione della legge morale influisce sul regime di nullità delle clausole aggiunte. Questa legge davanti al lemma rappresentato dalla limitazione dell'autonomia contrattuale o il contrasto a conseguenze quali usura od anche semplice arricchimento ulteriore o l'alea, fonte del profitto illecito, nonché lo squilibrio delle prestazioni, propende per la prima opzione. Ebbene gli effetti della nullità della clausola saranno pressoché limitanti considerando il contenuto della clausola e la natura del contratto posto in essere.

La clausola comporta la nullità dell'intero contratto se si traduce in un vantaggio per una delle parti che non si riflette nella *performance* dell'altra parte. Tale forma d'arricchimento è vietata nei contratti sinallagmatici che incorporano un'idea di scambio di un bene contro un altro, come ad esempio la vendita o la locazione. Pertanto, per tutelarsi contro ogni forma d'usura che favorisce un contraente a danno di un altro, i dotti della scuola hanafita hanno espresso con rigore la loro interpretazione secondo cui le clausole aggiunte estendono la nullità all'intero accordo raggiunto e perfezionato. Troviamo questa ipotesi essenzialmente nei contratti sinallagmatici, a volte anche nei contratti unilaterali ove non sussiste l'idea di scambio

³⁵⁹ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 35

o di un bene o di una somma di denaro come ad esempio i contratti di scambio, di donazione, il testamento e il matrimonio.

La scuola malichita a questo proposito ha individuato diverse soluzioni. La nullità della clausola implica la nullità dell'atto nel suo insieme quando il contenuto di tale clausola contraddice l'effetto principale per il quale l'atto è stato stipulato. La dichiarazione di invalidità della clausola fa decadere l'intero atto come avviene, ad esempio, per la condizione imposta al beneficiario di rinunciare al possesso della cosa donata. Tale clausola è nulla con conseguente nullità dell'intera donazione. Tuttavia, nell'intento di circoscrivere gli effetti della nullità della clausola, la scuola malichita ha espresso un parere favorevole solo nei confronti della rinuncia della condizione da parte del soggetto che l'ha inserita, al fine di ritenere l'atto valido³⁶⁰.

Per contro, quando la clausola aggiunta contrasta anche con uno solo degli effetti collaterali dell'atto in cui è inserita, essa è considerata nulla e non avvenuta, ma l'atto rimane valido a tutti gli effetti. È soprattutto il caso del contratto di matrimonio ove la donna aggiunge una clausola avente come oggetto il divieto in capo al futuro marito di sposare una seconda moglie³⁶¹.

Diversi autori e *fuqaha*, reggendosi sulle fonti rivelate, che condannano ogni arricchimento illecito, hanno cercato di spiegare le ragioni del divieto delle clausole aggiunte sostenendo che l'ordinamento giuridico musulmano è profondamente plasmato dalla religione che ha definito la struttura di tutti gli atti giuridici e ne ha fissato il contenuto. Ne consegue che questo sistema di proibizione è radicato nella religione, che è alla base dei principi morali che governano l'intero sistema contrattuale musulmano. Tale sistema, nella sua costante ricerca di un ideale di giustizia e di simmetria, ovvero perfetto equilibrio tra le prestazioni dei contraenti, limita, allo stesso modo, la libertà contrattuale.

I Paesi musulmani oggi si sono conformati, in questa materia, all'interpretazione moderata della scuola hanbalita, che ammette l'inserimento negli atti giuridici delle

³⁶⁰ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 41.

³⁶¹ *Ibidem*

clausole aggiunte per facilitare la prassi commerciali a patto che: siano conformi alla legge islamica, in altre parole autorizza tutto ciò che non è stato espressamente vietato dalla legge islamica; sia rispettato il divieto delle condizioni immorali; le clausole inserite nel contratto non siano contrarie al fine giuridico posto dell'atto giuridico stesso (per esempio il venditore non può vietare al compratore di ritrasferire il bene acquistato a titolo oneroso o a titolo gratuito poiché come noto la vendita attribuisce al compratore pieno titolo sul bene)³⁶². A tal proposito, il giurista Ibn Taymiyya ha sostenuto che “ *les parties fixent à leur gré le contenu de leurs actes juridiques et en déterminent les effets à la seule condition que ces effets ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »³⁶³.

2.3. La prescrizione nel sistema giuridico islamico.

Nella tradizione islamica il decorso del tempo non influisce sull'esercizio dei diritti poiché l'uomo è vicario di Dio sulla terra, per cui ogni bene, quindi ogni relativo diritto, discende dalla volontà divina di “Allah” l'unico che può semmai estinguerlo³⁶⁴.

La barriera imposta a tale istituto - la prescrizione estintiva - si regge su un *hadith* attribuito al Profeta: “*il diritto di un musulmano non si estingue per decorso di tempo*”³⁶⁵. Averroè sosteneva che: “*i diritti, acquistati che siano dai titolari, non si perdono se non per una causa valevole a produrne la perdita, come ad esempio la vendita, la donazione, la dazione in elemosina ed altro simile*”³⁶⁶, pertanto, un diritto non si estingue oppure si perde se non per l'effetto di un negozio giuridico che ne realizzi il trasferimento ad un altro soggetto.

Secondo un'altra dottrina spetta al giudice, mediante il prudente arbitrio, valutare la sussistenza della prescrizione estintiva, valutando caso per caso le circostanze estrinseche, non tanto del diritto, ma dell'azione in quanto tardiva. Difatti, a tal

³⁶² *Ivi.*, p. 39.

³⁶³ T.-D. A. IBN TAYMIYYA, *Al-fatawa al-Kubra* [I pareri grandi], III, Dar al-Ansar, Le Caire, 1964, p. 326.

³⁶⁴ V.M. DONINI, *Regola Morale e Pragmatismo Economico nel Diritto Islamico dei Contratti*, in *Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Roma, 2012, p. 69.

³⁶⁵ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, Istituto per l'Oriente, 1938, p. 110.

³⁶⁶ *Ibidem.*

proposito il giurista malechita Dardir Dasuqi (m. 1815) affermava che: “*Quanto alle obbligazioni od azioni relative ai debiti personali, gli uni, come Mutarrif, dicono che si prescrivono in venti anni, altri, come Malik, dicono in trenta, altri, come Ibn Rushd, che non si prescrivono...L’opinione più plausibile è che la soluzione debba rimettersi alle varie circostanze di tempo, di persona e di natura del credito. Sicché dieci anni o meno, rispetto a certe persone, richiedono che si passi oltre e si dichiarati decaduto l’esercizio del diritto, mentre quindici anni, in altri casi, non basterebbero...*”³⁶⁷. Col passare del tempo e le necessità imminenti nell’attività economica e commerciale questi ostacoli sono stati superati. Difatti oggi il medesimo istituto è stato recepito nei paesi di maggioranza islamica³⁶⁸.

Affidare al giudice il compito di valutare arbitrariamente i casi al fine d’accertare l’estinzione del contratto lede il principio per cui bisognerebbe garantire certezza nella circolazione dei beni per tutelare il commercio. Per tale ragione i giuristi hanno sviluppato i mezzi attraverso i quali la legge è stata portata in sintonia con le mutevoli esigenze della vita quotidiana, ovverossia l’utilizzo dello strumento delle evasioni o “espedienti legali” (*hiyal*) che è stato applicato principalmente nella contrattualistica, e non solo, che ha permesso alle parti di raggiungere un risultato extra-giuridico desiderato e conforme alla lettera della legge arrivando a distinguere tra estinzione del diritto e estinzione dell’azione³⁶⁹. L’azione può estinguersi se sussiste una presunzione di pagamento, oppure una presunzione di rinuncia sostenuta dall’inazione e dal silenzio del titolare del diritto³⁷⁰. Gli hanafiti sostengono che: “*La obbligazione “dayn”, è un modo di essere giuridico la cui efficacia si manifesta mediante l’azione*”. Pertanto, l’obbligazione si estingue quando l’azione non ha più un valore coercitivo³⁷¹.

³⁶⁷ D. SANTILLANA, *op. cit.*, II, p. 111.

³⁶⁸ A titolo esemplificativo le scuole musulmane riconoscono il termine di quindici anni richiesto per l’estinzione di un’obbligazione. Questo è stato introdotto dalla legge turca di rito hanafita (*Magallah*) ai tempi dei Sultani ottomani nel sec. XVI; cfr. H. J. LIEBESNY, *Stability and Change in Islamic Law*, in *Middle East Journal*, vol. 21, 1, 1967 pp. 16-34.

³⁶⁹ J. SCHACHT, *The Schools of Law and Later Developments of Jurisprudence*, in M. Khadduri and H. J. Liebesny (eds.), *Law in the Middle East*, vol. 1, Washington, 1955, pp. 77-78.

³⁷⁰ V.M. DONINI, *Regola Morale e Pragmatismo Economico nel Diritto Islamico dei Contratti*, in *Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici*, Roma, 2012, p. 70-71.

³⁷¹ D. SANTILLANA, *op. cit.*, II, p. 102.

Sir Henry S. Maine, nel suo famoso libro *Ancient Law*, affermava che si rinvenivano tre strumenti attraverso i quali il diritto viene portato in armonia con le esigenze della società: l'espedito legale, l'equità e la legislazione³⁷². Aggiungendo i pareri dei *mufti* possiamo affermare che il diritto islamico si è sviluppato non dimenticando l'impatto forte della Sharia sia nei rapporti familiari sia nel diritto commerciale nonché nel diritto penale³⁷³. Nel diritto islamico è riconosciuta un'altra tipologia di prescrizione, vale a dire la prescrizione acquisitiva, dove il possesso prolungato per un certo lasso temporale può produrre l'acquisto della proprietà da parte del possessore. Il giurista Santillana in merito ha definito un elenco di condizioni utili per definire la prescrizione acquisitiva ovverosia: *“un oggetto idoneo a diventare proprietà privata (sono quindi escluse le cose fuori commercio); possesso effettivo animo domini (quindi tutti gli atti di disposizione pubblici, non equivocabili, quali la costruzione, demolizione, alienazione o donazione, tali da dimostrare che chi li esercita considera la cosa come sua); buona fede (cioè la convinzione seria e ragionevole di far cosa legittima); titolo o causa (considerato un presupposto della buona fede, ma l'onere della prova non grava sul prescrivente quanto sull'attore che voglia dimostrare un proprio diritto e la illegittimità del possesso del convenuto); termine (il possesso deve essere durato per un certo periodo di tempo, variabile secondo le circostanze); continuità del possesso: il possesso deve essere continuato senza interruzione, salvo nei casi di interruzione legale della prescrizione (ad esempio, se il prescrivente perde il possesso effettivo della cosa o è chiamato in giudizio), o di sospensione della prescrizione (come quando la persona contro cui la si esercita non ha potuto agire a tutela del proprio diritto)”*³⁷⁴.

Insomma, giova precisare che i principi testé analizzati non sono assolutamente esaustivi, poiché sussistono molte altre prescrizioni riconducibili alla dimensione sacra che innervano profondamente tutta la materia contrattuale³⁷⁵. Le regole morali, dunque, tutelano la volontà contrattuale data la sussistenza di plurime opzioni che garantiscono i diritti dei contraenti in particolar modo la parte più debole del rapporto nonché l'applicazione di regole attinenti ai vizi del consenso. È evidente che la portata

³⁷² H. S. MAINE, *Ancient Law*, Boston, 1963, pp. 23-24.

³⁷³ H. J. LIEBESNY, *Stability and Change in Islamic Law*, cit., p. 20.

³⁷⁴ V.M. DONINI, *Regola Morale e Pragmatismo Economico nel Diritto Islamico dei Contratti*, cit., p. 72; D. SANTILLANA, *op. cit.*, I, p. 346

³⁷⁵ Si veda Cap. I

della regola morale del diritto musulmano, relativa alle tecniche della vita giuridica degli affari, sarà più o meno rilevante a seconda della sua applicazione nei diversi paesi; per cui la libertà contrattuale sarà più o meno intesa a seconda del margine d'applicabilità del modello occidentale da parte del paese di riferimento³⁷⁶.

Alla domanda che alcuni giuristi hanno sollevato sulla sussistenza di una teologia del contratto e se possibile istituire la teoria del contratto sul “patto originale tra Dio e l'uomo” da cui deriva la disposizione coranica *pacta sunt servanda* si può rispondere in modo affermativo poiché la religione è una pietra angolare e il fondamento della tradizione, dei rapporti sociali e commerciale a cui il musulmano deve attenersi: trasgredire non vuol dire trasgredire a mere regole o norme la cui punizione è una sanzione, ma significa trasgredire ai precetti di Allah. Si tratta di mostrare come la morale dell'Islam possa limitare la libertà contrattuale, vietando alcuni oggetti o vietando clausole che, in un sistema di contratti nominativi, rischiano di mettere in discussione la giustizia contrattuale. Questa moralità è anche la spiegazione del ben noto divieto di profitti illeciti e di contratti aleatori.

3. Il contratto nel diritto islamico.

Fino alla metà del XIX secolo nei trattati e nelle opere monografiche di diritto islamico non si trovava alcuna definizione di contratto “*aqd*” in quanto tale. Difatti, i *fuqaha* erano concentrati sull'analisi dei singoli contratti di nomina “*'uqud al-mu'ayyanah*” in termini concisi piuttosto che proporre strutture teoricamente rischiose per cui la definizione di contratto rimaneva indefinita³⁷⁷. La *ratio* principale di tutto ciò è che il *fiqh* è un sistema più casistico che dogmatico, il che spiega altresì l'assenza di una teoria generale del contratto³⁷⁸; tuttavia non possiamo affermare che ci sia un'assenza

³⁷⁶ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 15.

³⁷⁷ M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, in Roma e America Latina, VII, 1999, pp. 278-281: l'autore nella nota n. 23 spiega che “i principali contratti nominati vengono tratteggiati dagli autori musulmani in maniera sufficientemente analitica, ma con uno stile estremamente conciso, complice anche la struttura linguistica araba che si avvale sovente di sineddoche e di espressioni verbali non immediatamente intelleggibili al giurista occidentale avvezzo, ormai, a ragionare in termini di categorie e concetti”.

³⁷⁸ Si veda a tal proposito, J. N. D. ANDERSON, N. J. COULSON, *The Moslem Ruler and Contractual Obligations*, New York University Law Review, vol. 33, 7, 1958, p. 917-933; N.J. COULSON, *Commercial law in the Gulf states: The Islamic legal tradition*, Graham&Trotman, London, 1984, p. 27: l'autore analizza le conseguenze della mancanza di una giurisprudenza durante il periodo classico

di regole e di principi generali *kawaed kuliyyat ad hoc*, estrapolati da regole ferme contenute nelle fonti religiose, che serviranno da un lato a sviluppare nuove soluzioni per garantire l'evoluzione e la contemporaneità della legge islamica malgrado la chiusura della porta *dell'ijtihād* e, dell'altro, a facilitare la circolazione di tali principi oltre i confini territoriali ³⁷⁹. Tali regole occupano una posizione centrale nel commercio internazionale; sono considerate uno strumento di collegamento e armonizzazione tra i diversi sistemi giuridici poiché la fonte originaria è il diritto islamico. Inoltre, possiamo asserire che tali principi generali individuati nelle fonti religiose come l'autonomia contrattuale, la manifestazione del consenso (proposta e accettazione), e le azioni che si reggono sulle intenzioni 'niyya', ragione per cui è essenziale agire in buona fede, si rinvencono anche in un *hadith* narrato da Al-Bukhari e Muslim ove si afferma che il Profeta abbia detto che "Inama al a'mal bi niyat,[...] *wa innama li-kulli imri` ma nawa*" vale a dire che se l'intenzione che motiva un'azione è buona, allora l'esecuzione dell'atto è buona e la persona riceve la sua ricompensa. Pertanto, l'azione (buona, cattiva o neutra) dal punto di vista religioso viene giudicata secondo l'intenzione "niyya" dell'attore che l'ha posta in essere³⁸⁰. La forza vincolante del contratto e la dimensione etica dei contratti nel diritto islamico³⁸¹, sono in linea con i principi generali occidentali.

Nonostante l'assenza di una teoria generale del contratto nel diritto islamico la *Magialla* ottomana³⁸² offre una definizione del contratto *aqd* nell'art 103 come "l'accordo di due parti per il quale esse si obbligano reciprocamente in vista di un

del diritto islamico; N. MOHAMMED, *Principles of Islamic Contract law*, *Journal of Law and Religion*, vol. 6, 1, 1988, pp. 115-130; C. CHEHATA, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite. Les sujets de l'obligation*, Editions Sirey, Paris, 1969; S. MAHMASANI, *Transactions in the Shari'a*, in *Law in the Middle East*, 1955, 179-202; N. SALEH, *Definition and Formation of Contract under Islamic and Arab Laws*, *cit.*, pp. 101-116; A.-W AHMED EL-HASSAN, *Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic Law*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 1, 1, 1985, pp. 51-59; M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, *cit.*, p. 277-287

³⁷⁹ Cfr. S. JAHEL, *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, *cit.*, pp. 105-122.

³⁸⁰ Si veda ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Buona fede e "al-niyya al-hasana"*, in *New Laws for New States-Politica del Diritto in Eritrea* (a cura di L. Favali-E. Grande-M. Guadagni), Torino, 1998.

³⁸¹ G.M. PICCINELLI, *La dimensione etica del diritto musulmano dei contratti*, in *Roma e America*, VII, Roma, 1999, pp. 249-276.

³⁸² La *Magialla* è stata tradotta in francese in Aristarchy Bey, *Législation ottomane*, VI (Costantinopoli, 1881), e in inglese da W.E. Grigsby (London, Stevens, 1895).

oggetto determinato; esso si forma dall'incontro dell'offerta (*ijiab*) con l'accettazione (*qabul*)”³⁸³. Analogamente il giurista Qadri Pash³⁸⁴ nella sua opera *Murshid al-ḥayrān ilā ma‘rifat aḥwāl al-insān*³⁸⁵ all’art. 262 ha affermato che “il contratto è l’accordo di un’offerta proveniente da una delle parti contraenti con l’accettazione dell’altra parte in modo da produrre i suoi effetti sull’oggetto del contratto”³⁸⁶. Tale opera nonostante il suo carattere privato è considerata autorevole alla pari della *Magialla* ottomana poiché è stata utilizzata dal giurista al-Sanhuri nella redazione del Codice civile iracheno del 1951.

La maggior parte della giurisprudenza ha rivolto quindi la propria attenzione verso il contratto di vendita, considerato un archetipo giuridico per ogni tipo di contratto nel diritto islamico.

L’Imam hanafita Kasani nella sua opera *Bada’i* asserisce che il contratto di vendita “*aqd al-bay*” è lo scambio di un determinato bene a fronte di un altro determinato bene; tale scambio avviene verbalmente o mediante un comportamento concludente³⁸⁷. Per il giurista la forza vincolante del contratto e il conferimento del possesso immediato del controvalore di scambio sono i due principali effetti del contratto di vendita³⁸⁸. La *ratio* per cui ci si aspetta che un contratto di diritto islamico raggiunga tutti i suoi obiettivi non appena concluso, si trova nella *lex* divina islamica in cui appaiono i divieti come il *riba* (un *surplus* economico illecito) e il *gharar* (incertezza e alea); è stato fortemente consigliato per eliminare ogni possibilità di *riba* e *gharar* di operare uno scambio simultaneo dei due controvalori³⁸⁹. Si è altresì raccomandato che tali beni devono esistere, almeno nella loro essenza, e devono essere noti alle parti contraenti. Questa era la modalità, se può dire addirittura idealistica, per assicurare un

³⁸³ M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, cit., pp. 287-288.

³⁸⁴ F. CASTRO, *Muhammad Qadri Pasha (1821-1888) giurista e statista egiziano. Primi appunti per una biografia*, Roma, 1990.

³⁸⁵ Opera tradotta in lingua francese da Abdel Azizi Kahil Bey con il nome di “*Le statut réel d'après le rite hanafite*”.

³⁸⁶ M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, cit., p. 288.

³⁸⁷ A.-D. AL-KASANI, *Bada'i al-Sana'i fi Tartib al-Shara'i*, vol. 5, Cairo, 1910, p. 133.

³⁸⁸ *Ivi*, p. 243

³⁸⁹ M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, cit., p. 282.

giusto equilibrio tra le parti contraenti e per evitare lo sfruttamento della parte debole della transazione. Per necessità, i punti focali di un contratto in questo sistema sono i suoi elementi concreti, cioè il suo oggetto e il controvalore stabilito per quell'oggetto, se esiste, piuttosto che qualsiasi altro obbligo derivante dal contratto. Questa è stata la teoria del sistema che ha fortemente incuriosito gli studiosi e i giuristi che però hanno trascurato il concetto di obbligazione derivante dal contratto, concentrando invece la propria attenzione sulla sua immediata attuazione.

I *fuqaha*, considerando le regole morali come la giustizia e l'equità vigenti nel diritto islamico, hanno analizzato e strutturato ogni contratto a sé attribuendo a ciascuno di essi delle regole proprie per la sua formazione, al fine di preservare un giusto equilibrio tra le reciproche prestazioni delle parti.

Difatti, i dotti da un lato hanno cercato di coniugare le condizioni, le regole e gli effetti dei singoli contratti studiati e analizzati alle disposizioni della sharia, dall'altro lato, al fine di evitare qualsiasi discostamento dalle interpretazioni condivise, hanno incrementato le condizioni e le prescrizioni imperative attinenti l'oggetto dell'obbligazione, l'usura, e le clausole aggiunte; il risultato in merito è un atteggiamento favorevole alla tesi per cui “*l'impossibilité par les individus de modifier, à leur gré, par l'insertion des clauses accessoires, les effets que le fiqh fait produire à ces contrats*”³⁹⁰.

Nella maggior parte delle opere di *fiqh* si trova di consueto un preambolo che elenca i fondamenti religiosi rivelati che legittimano le regole di formazione di un contratto e gli effetti propri di quel contratto che verranno esposti dettagliatamente³⁹¹. Lo scopo principale dei *fuqaha* quindi è quello di proteggere l'equilibrio delle prestazioni reciproche ed evitare dunque ogni alea o riba generatrice di arricchimento ingiustificato. Tale obiettivo, come si è visto, si rinviene nelle prescrizioni rigorose attinente all'oggetto dell'obbligazione che deve essere possibile, lecito, e preciso circa la natura, la qualità e il valore. Diversamente dalla tradizione giuridica romana basata sul *Corpus iuris civilis* il diritto islamico, in considerazione delle differenti

³⁹⁰ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *L'autonomie de la volonté en droit musulman*, cit., p. 89 ss.

³⁹¹ A.-D. AL-KASANI, *op. cit.* p. 232 ss.

interpretazioni delle diverse scuole giuridiche come la scuola hanafita, la malechita (la più vicina al diritto occidentale), la sciafiita e la hanbalita, è basato sullo studio e la risoluzione dei casi³⁹². Come anticipato, è vero che nel diritto dei contratti islamici è assente una teoria generale del contratto, ma è altrettanto vero che sussistono regole generali che si applicano a schemi di contratti, come i contratti partecipativi (*musharaka* e *mudaraba*) o di scambio (*murabaha*, *ijarah*). Pertanto, a tal proposito si enunciano due principi generali: *in primis*, rispettare la trasparenza e l'equilibrio tra prestazione e controprestazione delle parti contraenti, evitando così le asimmetrie informative; in secondo luogo, evitare le controversie che possano generare oscillazioni di valore delle operazioni economiche qualora manchi il rischio contrattuale.

Nel corano troviamo alcuni versetti che specificano il comportamento da adottare in alcune operazioni (*Cor.* 2; 282 e 283): *“O voi che credete, quando contraete un debito con scadenza precisa, mettetelo per iscritto; che uno scriba, tra di voi, lo metta per iscritto, secondo giustizia. Lo scriba non si rifiuti di scrivere secondo quel che Allah gli ha insegnato; che scriva dunque e sia il contraente a dettare, temendo il suo Signore, Allah, e badi a non diminuire in nulla. Se il debitore è deficiente, o minorato o incapace di dettare lui stesso, detti il suo procuratore, secondo giustizia. Chiamate a testimoni due dei vostri uomini o in mancanza di due uomini, un uomo e due donne, tra coloro di cui accettate la testimonianza, in maniera che, se una sbagliasse, l'altra possa rammentarle. E i testimoni non rifiutino, quando sono chiamati. Non fatevi prendere da pigrizia nello scrivere il debito e il termine suo, sia piccolo o grande. Questo è più giusto verso Allah, più corretto nella testimonianza e atto ad evitarvi ogni dubbio; a meno che non sia una transazione che definite immediatamente tra voi: in tal caso non ci sarà colpa se non lo scriverete. Chiamate testimoni quando trattate tra voi e non venga fatto alcun torto agli scribi e ai testimoni; e se lo farete, sarà il segno dell'empietà che è in voi [...] Se siete in viaggio e non trovate uno scriba, scambiatevi dei pegni. Se qualcuno affida qualcosa ad un altro, restituisca il deposito*

³⁹² L'ipotesi che il diritto islamico è di derivazione romanistica ha suscitato diverse discussioni si veda a tal proposito E. CARUSI, *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Atti delle Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, VII riunione, Siena 1913, Roma 1913; cfr. C.A. NALLINO, *Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali*, in *Rivista degli Studi Orientali*, IX, 1921-23; A. D'EMILIA, *Diritto romano e diritto islamico*, in *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976.

il depositario e tema Allah, il suo Signore. Non siate reticenti nella testimonianza, ché invero, chi agisce così, ha un cuore peccatore. Allah conosce tutto quello che fate". Dal dettato di tali versetti emerge l'importanza della prova scritta già in quella epoca, intorno al 632 d.c., ma anche delle soluzioni individuate in caso di eventuali carenze. Il rispetto dei contratti è una prescrizione coranica (Cor. 5, 1): *"O voi che credete, rispettate gli impegni"*. Il Corano e la Sunna, fonti rivelate del diritto islamico, sono le fonti della sharia, per cui proprio per le sue origini sacre è considerata immutabile. Dato che la porta dell'ijtihād come sostengono alcuni giuristi si è chiusa circa nel IX secolo è possibile introdurre nuove strutture contrattuali con lo sviluppo della finanza islamica.

Giova precisare che il rispetto dei principi è statico, tuttavia le pratiche contrattuali sono flessibili e dinamiche in considerazione della necessità di soluzioni giuridiche diverse per soddisfare le esigenze e conformarsi al cambiamento delle pratiche nei vari tempi e luoghi. Tale necessità è stata riconosciuta da diversi autori, come Ibn Qaim al Jawziya, che nella sua opera classica *'Ilam al Muwaqin* ha sottolineato l'importanza dell'Urf come fonte del diritto islamico.

Va tenuto presente che gli obblighi contrattuali nel diritto musulmano possono essere espressi o impliciti secondo l'intenzione delle parti o l'usanza prevalente in un determinato tempo e luogo³⁹³. Il riconoscimento della consuetudine come fonte di diritto islamico, soprattutto da parte della scuola Hanafita, ha introdotto un fattore di flessibilità nel sistema. Lo ha convertito da un corpo statico di regole immutabili in un sistema di legge dinamico, capace di crescere e facilmente adattabile al mutare delle condizioni. Abu Hanifa ha riconosciuto l'importante ruolo dei contratti commerciali

³⁹³ S. HABACHY, *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, Columbia Law Review, vol. 62, 3, 1962, p. 471: L'autore ha riassunto la stretta relazione tra i concetti di legge, consuetudine e contratto nella Shari'a citando i relativi "Maxims of Muhammadan Jurisprudence" così come sono stati riportati nella Majalla: "Article 36. Custom is an arbitrator; that is to say, custom, whether public or private, may be invoked to justify the giving of judgment. Article 37. Public usage is conclusive evidence and action must be taken in accordance therewith....Article 39. It is an accepted fact that the terms of law vary with the change in the times. Article 40. In the presence of custom no regard is paid to the literal meaning of a thing....Article 43. A matter recognized by custom is regarded as though it were a contractual obligation. Article 44. A matter recognized by merchants is regarded as being a contractual obligation between them. Article 45. A matter established by custom is like a matter established by law"; si veda altresì C. A. HOOPER, *The civil law of Palestine and Transjordan*, vol. 1, Azriel Press, Jerusalem, 1933, pp. 20-21.

nella formazione del diritto consuetudinario come parte della Shari'a³⁹⁴. Il professor Abu Zahra nel suo lavoro su Abu Hanifa tramanda che per trovare l'appropriato stato di diritto applicabile ad una situazione in cui manca un testo rivelato, Abu Hanifa ha esaminato le pratiche seguite dalle persone nelle loro transazioni, perché tali pratiche costituiscono l'uso abituale su cui ha fondato la sua opinione³⁹⁵.

3.1. La forza vincolante del contratto.

La forza vincolante del contratto – rappresentata dal brocardo latino *pacta sunt servanda* - è un *asl* (radice) fondamentale anche nella contrattualistica islamica prescritta in diversi versetti Coranici come: “*O voi che credete, rispettate gli impegni*”³⁹⁶ oppure “*Rispettate il patto, ché in verità vi sarà chiesto di darne conto*”³⁹⁷. Questi e altri versetti sottolineano la necessità che i credenti rispettino i loro impegni. Tale principio è stato prescritto in tempi antichi in Oriente dai Caldei, dagli Egiziani e dai Cinesi, ove si affermava che la stipulazione di un contratto era legata a formule religiose solenni e che si sviluppò in un culto dei contratti³⁹⁸. Per quanto attiene agli arabi prima dell’Islam, fedeli alle loro tradizioni semitiche, essi associavano gli Dei alla formazione e all’esecuzione dei loro contratti. La Ka’ba, il sacro santuario della Mecca, era la dimora dei loro idoli, testimoni e garanti dei loro patti. Quando l’Islam riuscì a superare il periodo dell’ignoranza (Jahiliya), fu in presenza di Allah che i contratti furono stipulati e resi sicuri; e fu Allah che ne divenne testimone e garante. Un’illustrazione ben nota di questo concetto si trova nel Corano, che descrive il contratto stipulato tra il Profeta e i primi credenti che si sono uniti alla sua chiamata come si rinviene nel Corano, Surat *al-Fath*, dai versetti 10 e 18: “*In verità coloro che prestano giuramento [di fedeltà], è ad Allah che lo prestano: la mano di Allah è sopra le loro mani. Chi mancherà al giuramento lo farà solo a suo danno; a chi invece si*

³⁹⁴ S. HABACHY, *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, cit., p. 471

³⁹⁵ M. ABU ZAHRA, *Imam Abu Hanifa: His life, his age, his opinions and his methodology*, 1947, p. 350: “*Looked into the practices followed by the people in their transactions, because such practices constitute the customary usage on which he based his opinion*”.

³⁹⁶ Cor. 5, 1.

³⁹⁷ Cor. 17, 34.

³⁹⁸ H. WEHBERG, *Pacta Sunt Servanda*, in *American Journal of International Law*, LIII, 1959, p. 775: “*In ancient times this principle was developed in the East by the Chaldeans, the Egyptians and the Chinese in a noteworthy way. According to the view of these peoples, the national gods of each party took part in the formation of the contract [...] So it came to be that the making of a contract was bound up in solemn religious formulas and that a cult of contracts actually developed*”.

atterrà al patto con Allah, Egli concederà una ricompensa immensa. [...] Già Allah si è compiaciuto dei credenti quando ti giurarono [fedeltà] sotto l'albero. Sapeva quello che c'era nei loro cuori e fece scendere su di loro la Pace: li ha ricompensati con un'imminente vittoria"³⁹⁹. Insomma, nel diritto musulmano un contratto è vincolante fino alla fine della sua durata anche se una delle sue parti è non musulmana⁴⁰⁰, per cui si è affermato che "il contratto è la sharia delle parti"⁴⁰¹.

Il vincolo contrattuale nel diritto musulmano può essere revocato solo con lo scioglimento del contratto. Tuttavia, né l'insoddisfazione di una parte né il fatto che essa ritenga che avrebbe potuto ottenere o possa ancora ottenere un'offerta migliore da qualcuno altro sono ritenuti motivi validi per la risoluzione degli obblighi contrattuali.

In merito, il Professore Abu Zahra dell'università del Cairo ha sostenuto che ogni patto di un musulmano è un patto di Allah, perché egli fa di Allah il suo testimone. Era abitudine degli arabi autenticare i patti con Dio, facendo di Lui una garanzia e un garante. Per cui chi onora i suoi patti onora Dio e chi lo disonora disobbedisce e rompe l'ordine di Dio⁴⁰².

È possibile comunque in determinati casi la risoluzione unilaterale di un contratto, come il caso del *khiyar al-chart*, *khiyar al-a'yb* e *khiyar ar-ru'yat*⁴⁰³. Lo scioglimento del contratto assume la forma di un nuovo accordo, tale *mutus dissensus*, che nella legge musulmana si chiama *iqala*, è un nuovo accordo. Per questo motivo, *nell'iqala*, "la propriété de la chose vendue ne sera pas considérée comme transférée au vendeur

³⁹⁹ S. HABACHY, *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, cit., pp. 450-473.

⁴⁰⁰ Sul rapporto tra musulmani e non musulmani si veda D. SANTILLANA, *Istituzioni*, op. cit., I, 98 ss.

⁴⁰¹ S. HABACHY, *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, cit., p. 465.

⁴⁰² *Ivi.*, p. 466: l'autore riporta il discorso del Prof. Abu Zahra circa la rilevanza legale dei patti pattuiti: "Every covenant of a Muslim is a covenant of Allah, because he makes Allah its witness. It was the custom of Arabs to authenticate covenants with God, making Him a surety and guarantor [...] The advantages of fulfilling a covenant run to both parties. In saying "a nation being more numerous than (another) nation," God Almighty refers to the motive that often induces one state to break its covenants with another, i.e., to increase in size, to become richer or more powerful. This should not be allowed or justified in religion. Whoever honors his covenant, has chosen the right course of action, and whoever dishonors his covenant, disobeys and breaks the order of God".

⁴⁰³ S. MAZIDI, *Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international*, in *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, L'Etude, 18, 2019, pp. 80-97. Available at <https://hal.uca.fr/hal-02172069>

et la chose sera réputée n'avoir jamais cessé de lui appartenir"⁴⁰⁴; in tale fattispecie la proprietà della cosa venduta non viene trasferita. Il contratto pertanto può essere risolto per volontà unilaterale della parte, come nel caso in cui risulta *khiyar al-chart*, *khiyar al-a'yb* e *khiyar ar-ru'yat*.

Il *khiyar al-chart* o l'opzione di stipulare è equivalente alla condizione sospensiva in cui una o entrambe le parti si riservano il diritto di risolvere il contratto o di confermare il contratto entro un determinato periodo di tempo. Difatti, gli hanafiti e gli shafiiti definiscono tale periodo in tre giorni, mentre le altre scuole non sono d'accordo su questo limite. Infatti, gli hanbaliti non prevedono un periodo preciso limitato ad un determinato numero di giorni, tuttavia si prescrive che le parti specifichino una durata. I malechiti ritengono che non sia previsto un limite di tempo, ma questo periodo dovrebbe variare a seconda delle esigenze delle parti che dipendono dalla natura dell'oggetto venduto⁴⁰⁵.

La *ratio* di tale clausola è un *hadith* secondo il quale, quando un commerciante si è lamentato di essere spesso vittima di vendita dannosa, il Profeta ha detto: "*Si tu vends ou achètes, déclare, au moment de la vente, sans te tromper: je me réserve l'option de trois jours*"⁴⁰⁶. Sebbene questa clausola sia contraria al principio della forza vincolante del contratto, un contratto equo richiede che le parti siano consci del reciproco consenso e, come asserisce Sélim Jahel: "*un ultime délai de réflexion, même en aval du contrat, peut être un auxiliaire utile à la protection de la volonté en permettant au contractant de revenir sur un consentement qu'il juge avoir hâtivement donné. Il est d'ailleurs possible que la traversée par le contrat de cette période probatoire en accroisse la solidité : un contractant bénéficiaire d'un khiyar al-chart et qui en a pas fait usage dans le délai requis pourra plus difficilement établir que sa volonté a été surprise. L'on gagne ainsi sur deux registres : le consentement est mieux protégé, la sécurité contractuelle est renforcée*"⁴⁰⁷. Il *khiyar al-a'yb* o *an-naqîsat* o l'opzione per

⁴⁰⁴ Ch. CHEHATA, *La théorie de l'obligation en droit musulman*, Noury, Le Caire, 1936, p. 105.

⁴⁰⁵ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 71.

⁴⁰⁶ Ash. SHAWKANI, *Nayl al-Awtar* [recueil de *hadith*], 5, Dar Ibn al-Jawzi, United Kingdom, 2006, p. 155.

⁴⁰⁷ S. JAHÉL, *Le khiyar al-chart, clause de repentir du droit musulman et les intermittences de la volonté*, in *Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, pp. 295-297.

vizio è la facoltà data all'acquirente in una vendita, ma anche a qualsiasi persona che acquisisce la proprietà di una proprietà a titolo oneroso, di annullare il contratto se scopre che la cosa acquistata contiene un difetto che ne riduce il valore⁴⁰⁸.

La *ratio* di tale opzione si rinviene in tre *hadith*, secondo il primo si dice che il Profeta abbia detto “*Il n'est pas permis à un musulman de vendre à son frère une chose qui comprend un vice à moins de lui signaler*” oppure “*Celui qui nous trompe n'est pas des nôtres*”. Sussiste altresì un terzo *hadith* conosciuto in caso di dolo “*Ne liez pas les mamelles de la chamelle. En ce faisant le lait de chamelle s'accumule et l'acheteur éventuel serait induit en erreur sur son débit de lait. Celui qui achètera (la bête musarra) aura le choix entre deux solutions : garder la bête ou la rendre avec une mesure de dattes*”⁴⁰⁹. Infine, *khiyar ar-ru'yat* ou l'option a vista è la facoltà concessa all'acquirente o all'affittuario di una cosa non ancora presente al momento della stipula del contratto, confermare o risolvere il medesimo contratto dopo aver esaminato l'oggetto del contratto⁴¹⁰. La *ratio* di tale opzione è un *hadith* ove il Profeta ha detto “*Ne vendez pas ce que vous n'avez pas*”; inoltre, vi è un altro *hadith* in cui il Profeta ha asserito che “*Celui qui achète une chose sans l'avoir vue a une option au moment où il la voit*”⁴¹¹.

3.2. La libertà contrattuale.

Il giurista hanbalita Ibn Taymiyya aveva asserito che “*the underlying principle in contracts and stipulations is permissibility (ibaha) and validity. Any [contract or stipulation] is prohibited and void only if there is an explicit text [from the Qur'an, the Sunna or the consensus] or a qiyas (analogy) (for those accept qiyas) proving its prohibition and voiding*”⁴¹². Il principio che sta alla base della struttura contrattuale

⁴⁰⁸ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 82.

⁴⁰⁹ S. MAZIDI, *Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international*, cit., pp. 80-97: Oggi, *khiyar al-a'yb o an-naqîsat* è presente nella maggior parte dei Codici Civili dei paesi della regione del Golfo. Ad esempio, gli articoli da 237 a 242 del Codice civile degli Emirati Arabi Uniti.

⁴¹⁰ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 85.

⁴¹¹ S. MAZIDI, *Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international*, cit., pp. 80-97: Tale *khiyar ar-ru'yat* è stato introdotto nei codici dei paesi del Golfo come ad esempio, gli articoli da 517 a 523 del Codice civile iracheno, da 226 a 230 del Codice civile degli Emirati Arabi Uniti e 465 del Codice civile del Kuwait; A.R. SANHOURI, *Masadir al-Haq fil Fiqh al-Islami* [en arabe], II, al-Majma al-Arabi al-Islami, Beirut, 1954-1957, p. 132.

⁴¹² G. CAUSSE-BROQUET, *op. cit.*, p.37 ss.

dunque è la liceità e la validità “*ibaha*”. Pertanto, qualsiasi contratto o accordo è nullo solo se c’è una fonte religiosa come il Corano, Sunna, Ijma’a e Qiyas che ne prevede il divieto. È bene, in ogni caso, ricordare sin da ora che nella tradizione giuridica islamica vi sono contrastanti linee di pensiero dovute alla presenza di diverse scuole giuridiche sia nel mondo sunnita sia nel mondo sciita. I giurisperiti islamici, ossia gli studiosi della *Sharia*, hanno sempre visto con sfavore l’uniformazione del diritto in quanto costituisce un rischio per l’*ijtihad*⁴¹³. La standardizzazione delle norme, infatti, renderebbe superflua l’esistenza dell’*ijtihad* riducendo lo spettro delle dazioni di senso che possono essere date ai testi della *Sharia* in tutti tempi e in tutti luoghi⁴¹⁴. Inoltre, i giuristi temono che uniformare le *fatwe*⁴¹⁵ - pareri vincolanti - possa essere uno strumento per favorire una scuola di pensiero rispetto ad un’altra e tale eventualità è ritenuta inaccettabile⁴¹⁶. Pertanto, ad oggi possiamo considerare che il principio generale prescritto da Ibn Taymiyya, nonché ammesso da tutte le scuole è che “*tutto ciò che non è proibito è permesso*”, ossia tutto ciò che non è espressamente proibito è

⁴¹³ L’*ijtihad* è lo sforzo razionale compiuto dai giuristi islamici si veda a tal proposito: AL-SHAYKH AL-TAHIR IBN 'ASHUR, *Les buts de la loi islamique: Maqâsid Al-Sharia Al-Islamiyya*, H. BOUTALEB (tr. fr.), Paris, 2018, pp. 243-245; AL-SHEIKH SADIQ GHIRYANI, *Dawabito el ijthad enda al malikiya fi fiqh al muamalat* (traduzione libera: i parametri dello sforzo compiuto dei malikiti nella giurisprudenza di transazioni), Beirut, 2013; S. A. ALDEEB ABU-SAHLEH, *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni, cit.*, p. 219 ss. ; È. CHAUMONT, *Quelques réflexions sur l’actualité de la question de l’ijtihad*, in *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, 2004, pp. 71-79 ; *Id. La problématique classique de l’ijthâd et la question de l’ijthâd du Prophète : Ijthâd, Wahy et ‘Işma*, in *Studia Islamica*, LXVV, 1992, pp. 105–139. Available at www.jstor.org/stable/1595623; L. MILLIOT, F-P BLANC, *Introduction à l’étude du droit musulman, cit.*, pp. 126-137; M. BORRMANS, *Droit, foi et raison en Islam*, in *Horizons Maghrébins - Le droit à la mémoire*, XXV-XXVI, 1994, pp. 41-42.

⁴¹⁴ S. ALJLOUD, *Ijthâd and Ikhtilâf: Re-interpreting Islamic Principles in Contemporary Times*, in *Arab Law Quarterly*, 28, I, 2014, pp. 85-98. Available at www.jstor.org/stable/43295075: l’autore in questo articolo ha cercato di spiegare che nonostante le differenze di opinioni sussistenti tra le scuole di pensiero “*ikhtilâf*” queste sono valide in quanto ognuna rispetta i principi e i processi di formazione delle opinioni come definito dalla Shari’ah “*ijtifîād*”, inoltre, si è cercato di spiegare come la legge islamica sia flessibile e aperta alla progressione in ogni momento e luogo.

⁴¹⁵ La voce *fatwā*, in law, an opinion on a point of law, in *Encyclopaedia of Islam, 2 ed., Glossary and Index of Terms* (Edited by: P.J. BEARMAN, Th. BANQUIS, C.E. BOWWORTH, E. VAN DONZEL, W. P. HEINRICHS BOWWORTH). Available at http://dx.doi.org/pros.lib.unimi.it/10.1163/1573-3912_ei2glos_SIM_gi_01202. Last visited 25 February 2020.

⁴¹⁶ U. OSENI, A. AHMAD, M. HASSAN, *The Legal Implications of 'Fatwā Shopping' in the Islamic Finance Industry: Problems, Perceptions and Prospects*, in *Arab Law Quarterly*, 30, 2, 2016, 107-137. Available at www.jstor.org/stable/2481104; K. NADRI, *A Critique of Islamic Banking and Finance: Harmonization of Fatawa (Islamic Opinions) and the Nature of Modern Economic Life*, in *Working paper presented at IIUM International Conference on Islamic Banking Finance (IICIBF)*, Tehran, 2007, pp.1-14; R. HAKIM, *Harmonization of Shariah Rulings in Islamic Finance: An Analysis*, *Ijthad: Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam*, 2013, pp. 267-277.

permesso; ciò equivale al rapporto tra regola ed eccezione, ove la libertà è la regola ed il divieto è l'eccezione. Difatti, le prestazioni, sia quelle pubbliche sia quelle private, devono essere conformi ai precetti religiosi contemplati nelle sacre scritture al fine di stabilire ciò che è lecito (halal) e ciò che è proibito (haram)⁴¹⁷. I giurisperiti, *rectius* i *fuqaha*⁴¹⁸, hanno sovente fatto ricorso al principio della necessità *Al-Darurah* e a quello del bisogno, *Al-Hajah* per acquisire un margine di mobilità nell'ambito commerciale, vale a dire emettere delle *fatwe* dove viene individuata la soluzione di conformità alla *Sharia*⁴¹⁹. Un altro elemento fondamentale è senz'altro il concetto dell'interesse generale "Maslaha", poiché attrezza sia il legislatore sia il giurista o *Mujtahid*⁴²⁰ - colui che compie "effort de réflexion" - di uno strumento efficace e flessibile mediante il quale sia il *fiqh* sia il diritto positivo acquistano un aspetto dinamico e non meramente statico. In linea di principio, infatti, ogni operazione economica deve essere valutata giuridicamente in vista dell'utilità ottimale che può produrre all'interno di un tessuto sociale dove tutti i suoi membri sono solidali l'uno con l'altro e non già in relazione al singolo rapporto di affari ciò è quanto avviene ad esempio nella vendita a termine "*salam*" oppure con la stipulazione di una polizza assicurativa convenzionale in assenza di un'alternativa conforme ai principi etico-religiosi poiché, si ricorda, il *takaful* non sussiste in tutti territori.

Diverse organizzazioni transnazionali, per ovviare ai contrasti giurisprudenziali, cercano di emettere degli standard uniformi per regolamentare la contrattualistica islamica. A tal proposito, sono stati predisposti un insieme di regole, senza alcuna pretesa di esaustività, che riassumono le prescrizioni della legge sharaitica in materia contrattuale secondo l'interpretazione della dottrina islamica⁴²¹; tali regole

⁴¹⁷ M. PAPA, *La šarīa e il potere politico nel pensiero di Ibn Taymiyya*, in *Rivista italiana di intelligence*, 3, 2017, p. 36.

⁴¹⁸ *Fuqaha* (plr. di *faqih*) è il termine che viene utilizzato per indicare colui che si occupa dello studio del *fiqh*, ossia del diritto canonico musulmano comprendente sia il ramo concernente il culto "*fiqh Al-Ibadat*" sia il ramo concernente i rapporti sociali "*fiqh Al-Muamalat*".

⁴¹⁹ F. VOGEL, F. HAYES, *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*, in *The Hague: Kluwer Law International*, III, 1998, pp. 38-39.

⁴²⁰ R. ALUFFI BECK PECCOZ, *Mujtahid*, cit., pp. 488-490.

⁴²¹ V.M. DONINI, *Regola Morale e Pragmatismo Economico nel Diritto Islamico dei Contratti*, cit., pp. 37 ss.; *ID. Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI, 2010, pp. 260-282; *Id. La formazione del contratto nel diritto islamico e nei paesi arabi del Mediterraneo*, in *Global Law v. Local Law*, Torino 2006, pp. 108-119; si veda altresì a tal proposito M. PAPA, *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni*

costituiscono ad oggi il fondamento dell'economia islamica e sono (i) la libertà di determinazione delle condizioni del contratto; (ii) l'accordo cosciente circoscritto dai limiti della legge sharaitica; (iii) il divieto di appropriarsi di beni altrui senza compenso; (iv) il beneficio reciproco; (v) il divieto del *Riba* e del *Gharar*; (vi) l'attribuzione del guadagno in proporzione al rischio assunto; (vii) la trasparenza nelle informazioni per evitare l'asimmetria informativa; (viii) il non danneggiamento della controparte nell'ambito di un contratto; (ix) l'assenza di clausole che possano nuocere una parte del contratto; (x) l'etica del contratto. Inoltre, l'oggetto del contratto deve essere *Halal*, secondo la legge religiosa e l'oggetto stesso deve sussistere al momento della stipula del contratto, fatte salve alcune eccezioni⁴²².

È facile osservare che a questo livello di generalità ed astrattezza si tratta di principi generali riconosciuti anche nel diritto occidentale, specie quello di tradizione romanistica che ha sviluppato una pervasiva applicazione del principio di buona fede nel processo di formazione del vincolo contrattuale; non appare quindi chimerico pensare che soluzioni conformi al principio di buona fede accolte nei sistemi giuridici europei possano essere considerate anche in un ambiente più vasto, dal momento che l'economia islamica rispecchia la responsabilità e la giustizia sociale.

Premesso tutto ciò, si può dedurre che le regole da rispettare si riferiscono agli elementi essenziali del contratto: la volontà dei contraenti e l'oggetto delle prestazioni. I contraenti devono, secondo il diritto islamico, essere adulti e capaci d'intendere e di volere al momento dell'esecuzione del contratto. Inoltre, ambedue le prestazioni, o meglio, i termini della proposta devono coincidere con quelli dell'accettazione. La dichiarazione di volontà, sia manifesta sia tacita, occupa, nel diritto islamico, la stessa posizione centrale riservata nel diritto occidentale.

Difatti, il Libro prescrive “*O voi che credete, non divorate vicendevolmente i vostri beni, ma commerciate con mutuo consenso [...]*” *Cor.* 4, 26. L'oggetto della

contemporanee, cit., pp. 277-297; G.M. PICCINELLI, *La dimensione etica nel diritto musulmano dei contratti, cit.*, pp. 249-276.

⁴²² H. ASKARI, Z. IQBAL, A. MIRAKHOR, *Introduction to islamic economics: Theory and application, cit.*, pp. 75-95. Available at <https://ebookcentral.proquest.com>; G. CAUSSE-BROQUET, *La finance islamique, cit.*, p. 39.

prestazione contrattuale non deve essere *haram* a tal proposito Al-Gazali nel suo libro “*Kitab A-Halal Wa-l-Haram*” distingue fra l’illecito oggettivo e l’illecito soggettivo. L’illecito oggettivo si riferisce ai beni che hanno carattere illecito oppure al caso in cui la lavorazione dell’uomo ha snaturato le caratteristiche originali del bene. Sono haram i seguenti beni: vino e carne suina, tutti i beni individuati con il criterio del qiyas (analogia) come le bevande fermentate, i beni dannosi alla salute, i beni privi di una condizione imposta dalla legge islamica come la macellazione non conforme alla sharia, un vizio nel modo di acquisizione dei beni come furto, profitti derivanti dall’usura, le azioni volte ad utilizzare una cosa illecita rientrano in questa categoria, così come trarre profitto da una situazione illecita, agire senza tenere in considerazione la legge, avere rapporti con coloro che ignorano la legge, trattare con loro e accettare di dipendere da loro, danneggiare gli altri credenti anche con il pretesto di buone intenzioni⁴²³.

Il Gazali invita tutti i credenti a non considerare rigidamente questo cerchio centrale, ovvero l’elenco tassativo dei beni considerati haram, ma considerare e valutare i pareri positivi dei giuristi. La flessibilità del cerchio influisce sullo status spirituale del credente perché il cerchio ricoprirà lo spazio dannoso per intero⁴²⁴.

4. I principali tipi di contratto.

Nel diritto islamico gli atti unilaterali “*wa’d*”, come la promessa d’acquisto o di vendita non sono considerati contratti. I contratti sono gli accordi sinallagmatici o bilaterali, il frutto dell’incontro tra la proposta e l’accettazione; sono accordi che fanno sorgere obblighi in capo alle parti contraenti.

4.1. Gli atti unilaterali.

Gli atti unilaterali sono atti che non necessitano l’accettazione del destinatario perché il negozio possa produrre i suoi effetti; sono generalmente atti a titolo gratuito come ad esempio la donazione “*hiba*” o “*tabarru*”, il prestito gratuito “*qard hassan*” e la

⁴²³ A.-H. AL-GAZALI, *Le livre du licite et de l’illicite (Kitab al-Halal wa-l-Haram)*, Régis Morelon O.P. (tr. fr.), 2 ed., Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1991, pp. 9-10.

⁴²⁴ *Ibidem*.

promessa unilaterale “*wa’d*”. Nel diritto islamico gli impegni unilaterali non sono considerati contratti.

Gli atti o promesse unilaterali di eseguire o non eseguire una data prestazione, come la promessa di acquisto o di vendita di un bene, vincolano solamente colui che assume l’impegno. Nel diritto islamico: la promessa non deve essere considerata come una vendita conclusa; se la promessa è quella d’acquistare, l’acquisto deve verificarsi entro la scadenza prevista e si conclude con l’incontro tra la proposta e l’accettazione.

4.2. I contratti bilaterali.

I principali contratti bilaterali sono dei contratti di scambio (*mourwadat*), come la vendita, l’usufrutto (*manfaa*), la locazione (*ijarah*), partenariato (*sharaka*), garanzia (*damanat*). Questi contratti rispettano le prescrizioni generali che regolano il contratto.

In aggiunta a ciò, nella promessa bilaterale d’acquisto o di vendita le parti concordano una d’acquistare il bene ad un prezzo definito, entro una determinata scadenza, l’altra di vendere. Tale configurazione ha dato origine, tra i dotti islamici, a una discussione circa la sua liceità. Difatti, può apparire come un contratto a termine, che è vietato. Pertanto, secondo la maggioranza la promessa bilaterale è lecita se il contratto sottostante può validamente eseguirsi.

5. La coesistenza tra l'ordinamento giuridico statale e l'ordinamento giuridico islamico.

La sussistenza delle regole del diritto islamico potrebbe porre eventualmente il problema del dualismo della regolamentazione, vale a dire la sussistenza nello stesso territorio sia dell’ordinamento giuridico statale sia dell’ordinamento giuridico islamico e dunque il problema della competenza giuridica. Anzitutto giova precisare il senso oggettivo del lemma “legge” che può dare vita a un doppio senso. Da un lato il diritto può essere inteso come un "ordine" nella sua interezza e unità, ovverosia, un’istituzione⁴²⁵. Si può parlare così di ordinamento giuridico statale (l’ordinamento

⁴²⁵ Per maggiori approfondimenti si veda S. ROMANO, *l’Ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975.

giuridico italiano, francese, marocchino, egiziano o pakistano), o di ordinamento giuridico internazionale interstatale (quello del diritto internazionale, inteso in senso classico). Questi due tipi di ordinamenti giuridici ci sembrano oggi evidenti perché sono strutturati attorno a un'istituzione, lo Stato, che oggi domina per la sua capacità di garantire l'effettiva applicazione delle norme. Ma altri ordinamenti giuridici si sono sviluppati intorno a istituzioni non statali come l'ordine giuridico della Chiesa, così come c'era un ordine giuridico specifico per gli attori del commercio internazionale, chiamato "*lex mercatoria*" o "diritto transnazionale". Le "istituzioni" alla base di questi ordini giuridici sono la Chiesa nel primo caso, e la "società" degli operatori del commercio internazionale, nella misura in cui esiste, nel secondo caso. È in questo senso che possiamo utilizzare il concetto di "ordinamento giuridico islamico" che porta al quesito del grado di esistenza dell'"istituzione islamica", ("formazione sociale islamica" o "comunità islamica" - *umma* -) e dell'efficacia che essa garantisce nell'applicazione delle regole che le sono proprie.

La legge può essere intesa anche nel senso di prescrizioni o insiemi di prescrizioni (norme o disposizioni speciali), variamente raggruppate o disposte. Esse possono essere distinte dalle prescrizioni non giuridiche limitandole a regole funzionali, anche se queste ultime sono legate ad un ordine, inteso nel senso di un'istituzione di cui sono un elemento (come, ad esempio, lo Stato). Queste regole possono essere descritte come "norme" nella misura in cui sono previste tecniche per garantirne l'efficacia. Dal punto di vista dei giuristi e dei professionisti, si pone la questione comunque della base giuridica a fondamento "dell'ordine islamico" che si applicherebbe sia alle relazioni economiche interne degli Stati a maggioranza musulmana, ma anche ad alcune relazioni economiche internazionali. Uno degli strumenti concettuali che sono stati utilizzati dai giuristi del commercio internazionale nel considerare le regole applicabili a un contratto internazionale potrebbe essere utilizzato in questo caso. È stata infatti operata una distinzione tra l'ordinamento giuridico di base e il diritto applicabile. Per un rapporto giuridico che si applica alla materia economica, tale distinzione equivale a stabilire una separazione concettuale tra l'ordinamento giuridico in cui un contratto è inserito o si radica e la determinazione delle norme sostanziali che possono essere

chiamate a disciplinare tale contratto, con riferimento a tale ordinamento giuridico di base⁴²⁶.

Questa distinzione concettuale potrebbe essere utilizzata per studiare i problemi giuridici sollevati dal riferimento alle regole islamiche in materia economica. La maggior parte degli Stati a maggioranza musulmana ha fatto della Shari'a "la" fonte o "una delle" fonti essenziali della propria legge. Come per esempio l'Egitto che ha previsto come fonte di diritto la legge islamica. Infatti, l'art. 1, comma 2 del Codice civile egiziano, emesso nel 1948, prevede che in mancanza di una disposizione legislativa applicabile, il giudice decide secondo gli usi e, in mancanza, secondo i principi del diritto musulmano. In mancanza di tali principi, il giudice si avvale del diritto naturale e delle regole di equità⁴²⁷.

Il riferimento alla Shari'a nella Costituzione di uno Stato può avere una semplice funzione legittimante e, in ultima analisi, svolgere la funzione di ordinamento giuridico di base per lo Stato stesso. La legittimità dello Stato sarebbe, per così dire, sovradeterminata da una legittimità islamica alla quale i governanti dichiarano la loro fedeltà. Le norme applicabili sarebbero quindi quelle direttamente determinate dallo Stato, che sarebbe semplicemente responsabile di assicurare che le norme da esso stabilite siano conformi ai principi della Shari'a, o almeno di dimostrare l'assenza di incompatibilità. In questo caso, i principi della Shari'a svolgono il ruolo dei principi fondamentali del diritto e dei preamboli costituzionali in un sistema giuridico come quello francese. La Shari'a non svolge quindi veramente il ruolo di un corpus di regole materiali positive, ma piuttosto quello di un ordinamento giuridico di base che legittima e identifica lo Stato⁴²⁸.

Dietro questa distinzione si nascondono alcune delle idee sviluppate nei libri di testo classici che hanno trattato di "*fiqh*" e "*siyasa shariyya*". Il ruolo legislativo dello Stato nella vita quotidiana dei musulmani è giustificato dai giureconsulti del periodo classico

⁴²⁶ J.-F. RYCX, *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'islam*, In G. BEAUGE (coord.), CNRS Éditions, Paris, 2001, pp. 43 ss.

⁴²⁷ Art. 1, comma 2 : « A défaut d'une disposition législative applicable, le juge statuera d'après la coutume, et à son défaut, d'après les principes du droit musulman. A défaut de ces principes, le juge aura recours au droit naturel et aux règles de l'équité ».

⁴²⁸ J.-F. RYCX, *op. cit.*, p. 43.

attraverso nozioni come necessità (*darura*) o equità (*istihsan*). Tali nozioni sono state particolarmente rilevanti nell'ambito dei rapporti economici, soprattutto per quanto riguarda i contratti. Uno Stato che si basa su una carta costituzionale all'interno della quale sono stati recepiti i principi della Sharia potrebbe quindi, in materia economica, emanare una legislazione in cui crei le norme giuridiche sostanziali richieste dalle consuetudini economiche dell'epoca. Qui, quindi, le regole islamiche si applicherebbero alle relazioni economiche, ma in altri sistemi giuridici sarebbero considerate soprattutto come regole statali. Nel territorio di questi Stati, queste regole si applicherebbero in conformità con la loro sovranità territoriale. Qualora un rapporto giuridico includa un elemento estraneo, la scelta o il rifiuto di queste regole dello Stato islamico avverrà con il metodo classico dell'applicazione delle regole di conflitto (fatta salva l'eccezione di ordine pubblico).

Alcuni Stati, tra cui l'Arabia Saudita, hanno sempre sostenuto che la Shari'a era la base della legislazione applicabile nel loro territorio. La stessa affermazione si ritrova nelle costituzioni degli Stati che non sono tra quelli che sostengono l'applicazione della legge islamica in tutte le aree, come l'Egitto.

Ma qui bisogna fare una distinzione. Una cosa è che uno Stato affermi che le regole del corpus dottrinale islamico devono essere applicate in materia economica e lasci che siano i tribunali nazionali a valutare il grado effettivo di tale applicazione, come avviene in Arabia Saudita, negli Emirati Arabi Uniti e fino a poco tempo fa ad Abu Dhabi; altra cosa è che lo Stato legiferi direttamente per l'instaurazione di un'economia islamica come in Pakistan e l'Iran, esempi odierni di questo secondo atteggiamento. A seconda della politica adottata, possono svilupparsi tre modelli di relazioni tra l'ordinamento giuridico islamico e l'ordinamento giuridico dello Stato: la separazione funzionale come il caso dell'Egitto, il dualismo come il caso dei paesi del golfo e il volontarismo islamico come il caso dell'Iran e del Pakistan.

6. Contratti islamici davanti al giudice occidentale.

Una tematica di assoluto rilievo pratico è quella delle controversie tra musulmani e non musulmani che si sono tradotte come vedremo nella famosa "doppia gestione dei sistemi giuridici". Ne è un esempio un caso deciso nel 1982 ove un uomo d'affari che

viveva alla Mecca aveva stipulato contratti qualificati come “*mudaraba*” con altri connazionali e cittadini di paesi vicini. Tali contratti non erano nominati e nel regolamento contrattuale non venivano utilizzati termini tecnici specifici che consentissero una loro qualificazione come *mudaraba*. Alcuni di questi contratti erano stati successivamente trasferiti a Ginevra per essere "gestiti" da una delle società del gruppo di proprietà del loro promotore.

A seguito del rifiuto da parte del governo saudita di permettere ad un suo cittadino di realizzare un investimento islamico in un paese non islamico le società furono poste in liquidazione.

Il caso fu portato davanti ad un giudice svizzero a cui erano state illustrate due tesi contrapposte. Secondo la difesa, essendo quella saudita (e quindi la legge islamica) la legge applicabile, i contratti erano qualificati come *mudaraba*, e i fondi depositati dai co-contraenti non dovevano essere rimborsati. Secondo le altre parti contraenti, i fondi depositati costituivano prestiti il cui obbligo di rimborso era soggetto alle normali regole previste dal diritto svizzero. Il dualismo del sistema di qualificazione è stato quindi utilizzato come arma nella controversia. È interessante notare che il giudice svizzero aveva tentato una qualificazione, secondo i propri criteri, di contratto di prestito parziale (*contrat de prêt partiaire*)⁴²⁹.

Nei paesi dove l'ordinamento giuridico è statale, come i paesi europei, la legislazione del paese si è in qualche modo adattata attraverso l'emanazione di provvedimenti volti a consentire l'utilizzo dei prodotti islamici. È il caso della Francia, in cui il governo nel 2008 ha emesso una serie di provvedimenti aventi come oggetto quello di rendere alcuni strumenti islamici come la *murabaha* e i *sukuk* competitivi sul mercato intervenendo sull'aspetto fiscale, pur applicando il proprio diritto positivo⁴³⁰. Pertanto, i tribunali sono competenti a definire le controversie applicando la legge dello stato. Molteplici casi si sono verificati nel Gran Bretagna dove i giudici si sono trovati a

⁴²⁹ J. F. RYCX, *op. cit.*, p. 52.

⁴³⁰ Dispositions Juridiques Communes – Finance islamique – Régime fiscal des opérations de *murabaha* (BOI-DJC-FIN-10-20120912), data di pubblicazione 12 settembre 2012. Dispositions Juridiques communes - Finance islamique – Régime fiscal des *sukuk* d'investissement (BOI-DJC-FIN-20-20120912), data di pubblicazione 12 settembre 2012.

risolvere casi in cui i contratti contenevano clausole considerate contrarie alla Sharia⁴³¹, come per esempio la riquilificazione del contratto di *murabaha* in un contratto di prestito a interesse, ma i principi della sharia non vengono presi in considerazione dalla giurisdizione britannica⁴³².

A dire il vero oggi possiamo constatare che la regolamentazione europea permette alle parti contraenti di richiamare negli accordi stipulati un diritto riconosciuto sia sulla piazza internazionale sia sulla piazza europea e anche fare riferimento ad un diritto non statale⁴³³. Alcuni autori sostengono che il regolamento consente solo l'incorporazione di un diritto non statale e non la scelta di tale diritto. Infatti, l'ambito di applicazione di un principio incorporato è condizionato dal suo riconoscimento da parte della legge oggettivamente applicabile⁴³⁴.

In aggiunta a ciò, il rapporto della commissione di finanza islamica del comitato di diritto finanziario di Paris (Paris Europlace association)⁴³⁵ ha statuito la legittimità delle regole derivanti dalla sharia. La relazione afferma altresì che « *Bien qu'elles ne constituent pas une loi, du moins dans le sens d'ensemble codifié qui distingue les systèmes juridiques de tradition civiliste, les règles de la Charia relatives aux financements islamiques constituent un ensemble de règles de conduite sociale, générale et abstraite, qui se veut contraignant et qui est susceptible d'être sanctionné par un tribunal. Ces règles produisent irrémédiablement des effets juridiques qui lient les personnes qui choisissent de s'y astreindre. Il s'agit là des critères classiques permettant de conclure à la juridicité des règles* »⁴³⁶.

⁴³¹ C. SERHAL, *La structuration de produits chari'a compatibles*, in *La finance islamique à la française*, J.-P. LARAMEE (coord.), Éd. Secure Finance, 2008.

⁴³² G. CAUSSE-BROQUET, *op. cit.*, p. 42.

⁴³³ Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁴³⁴ P. LAGARDE, *Remarque sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2006, p. 331-359: « *Il appartenait [...] à la loi objectivement applicable de définir la place qu'elle pouvait accorder aux règles non étatiques choisies par les parties* ».

⁴³⁵ Paris Europlace è un'associazione creata nel 1993 per promuovere l'attrattiva la piazza finanziaria parigina.

⁴³⁶ La relazione presieduta da G. AFFAKI (dir.), I. FADLALLAH, D. HASCHER, A. PÉZARD, F-X. TRAIN, *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 21 September 2009.

Pertanto, il rifiuto di applicare una clausola che designa l'applicabilità della legge islamica "Sharia" presenta diversi svantaggi. In particolare, nel caso in cui sorga una controversia può esservi il rischio che il giudice non applichi il sistema normativo sharaitico scelto dalle parti in sede di stipulazione del contratto, violando così il principio di autonomia. Inoltre, in seguito a questo rifiuto, la mancata conformità del contratto stipulato con la Sharia non potrebbe essere sanzionato, il che contravviene alla certezza del diritto⁴³⁷.

7. Il contratto aleatorio nella tradizione giuridica islamica.

Il contratto aleatorio è un negozio ove il contenuto della prestazione dipende dal verificarsi di un evento incerto, e pertanto è impossibile sapere in anticipo se ci sarà una perdita o un profitto. I contratti aleatori vengono inquadrati nella più ampia categoria dei contratti a titolo oneroso, a prestazioni corrispettive, insieme a quelli commutativi, ai quali, secondo l'opinione tradizionale, si contrappongono⁴³⁸. In particolar modo, il rischio, caratteristica del contratto aleatorio, deriva dal fatto che il contenuto esatto delle prestazioni delle parti dipende da un evento incerto e le parti concordano circa la possibilità di guadagno oppure perdita in prospettiva di un evento incerto. In altri termini, nessuna delle parti contraenti può quantificare le proprie possibilità di guadagno o perdita al momento della conclusione del contratto, poiché l'esatta entità delle prestazioni e delle controprestazioni e l'esistenza stessa del contratto dipendono da un evento incerto⁴³⁹. L'alea, infatti, si riferisce da un lato

⁴³⁷ B. H. WALID, *La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, 4, 2015, pp. 923-940.

⁴³⁸ C. CROME, *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908; C. CARAVELLI, voce *Alea*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1938, p. 307 ss.; L. Mosco, *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942, p. 83 ss.; G. OSTI, voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1959; C. DI BLASI, «*Emptio spei*», in *Giur. it.*, IV, 1944, p. 17 ss.; L. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, Milano, 1948, p. 289 ss.; A. BOSELLI, *Rischio, alea e alea normale nel contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 769 ss.; *Id.*, *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 596 ss.; P. PASCALINO, *Contratti aleatori tipici ed alea convenzionale*, in *Riv. dir. nav.*, II, 1949, p. 127 ss.; G. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, ND, Napoli, 1951, p. 249 ss.; BOSELLI, *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Utet, Torino, 1952, p. 91 ss.; *Id.*, *Sulla aleatorietà della vendita con riserva dell'usufrutto*, in *Giur. it.*, I, 1, 1952, p. 181; A. DALMARTELLO, *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962, p. 328 ss.; R. NICOLÒ, voce *Alea*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 1026 ss.; C. COLTRO-CAMPI, *Considerazioni sui contratti a premio e sulla aleatorietà dei contratti di borsa*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1958, p. 393 ss.; T. ASCARELLI, *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca, borsa tit. cred.*, I, 1958, p. 438 ss.; G. SCALFI, *Considerazioni sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1960, p. 135 ss.

⁴³⁹ J. FLOUR, J.L. AUBERT, *L'acte juridique, in les obligations*, Armand Collin, Paris, 1975, p. 64.

all'esistenza della prestazione, come il caso dell'assicurazione incendio, dall'altro lato all'entità della prestazione, e questo è il caso del contratto di rendita vitalizia o di alcune delle polizze assicurative stipulate sulla vita⁴⁴⁰.

È evidente che l'incertezza presente nel momento della conclusione del contratto aleatorio costituisce un disequilibrio a fondamento dell'esecuzione delle prestazioni reciproche delle parti. Tale squilibrio sarà necessario a vantaggio di una delle parti e a svantaggio dell'altra parte. Si otterrà, per la stessa ragione, un arricchimento che non è previsto in anticipo, quindi realizzato senza sforzo e giustificato solo dal caso.

Tuttavia, dal punto di vista del diritto musulmano, ciascuna delle parti del contratto deve essere a conoscenza, al momento della conclusione del contratto, dell'esistenza e, *ipso facto*, dell'entità del controvalore ricercato. Tale controvalore sarà, secondo i postulati dell'Islam, il frutto di un'attività che giustificherà a sua volta la perdita o il profitto realizzato. Il rigoroso equilibrio dei benefici è un elemento caratteristico ricercato dalla legge islamica in ossequio all'equità e la giustizia sorretta dalla moralità islamica. Difatti, un arricchimento ingiustificato realizzato senza sacrificio, senza lavoro ma a seguito di un'alea, è vietato dalle fonti rivelate. La fonte del divieto si rinviene nel Corano Sura 2, 219 “*Ti chiedono del vino e del gioco d'azzardo. Di': «In entrambi c'è un grande peccato e qualche vantaggio per gli uomini, ma in entrambi il peccato è maggiore del beneficio!»*». La Sunna, la seconda fonte rivelata del diritto islamico è stata la base di ogni costruzione giuridica relativa all'alea e il *gharar*.

Tuttavia, l'esperienza del Profeta come mercante e la sua profonda conoscenza dell'anima dell'essere umano lo portarono a proibire le transazioni in cui una parte, la più forte, poteva sfruttare la parte debole, poiché ignorava il prezzo di mercato, oppure qualsiasi altro aspetto attinente alla transazione⁴⁴¹. Sussisteva una netta distinzione tra i beduini, ingenui e fiduciosi e i cittadini astuti e avidi di guadagno, e per tale ragione il Profeta proibì la transazione conosciuta come *Talaqi al-ruqban* per vietare il

⁴⁴⁰ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 34.

⁴⁴¹ N. SALEH, *Unlawful Gain and legitimate Profit in Islamic law*, cit., pp. 68-80.

*gharar*⁴⁴². Abū Hurayra (m. 678)⁴⁴³ narra che “*Le Prophète a défendu d’aller au-devant des caravanes et il a interdit au citadin de vendre au Bédouin* » e secondo Abdallah bin Omar (m. 693), un altro sahaba del Profeta, si narra che il Profeta ha detto “*que l’un de vous ne vende pas pour supplanter son frère qui se trouve déjà sur le marché. N’allez pas au-devant des marchandises, mais attendez qu’on les ait déchargées sur les marchés* ». Ebbene, in questo *hadith* il Profeta proibì qualsiasi transazione basata sulla speculazione con la quale una delle parti, in questo caso l’abitante della città, potesse sfruttare l’ignoranza dell’altro, cioè il beduino, ingannandolo sul vero prezzo di mercato per ottenere un profitto illecito. L’idea di fondo, cioè quella di proteggere la parte debole della transazione richiesta dalla sharia, ha portato i giurisperiti a vietare gli accordi contenenti incertezza, rischio, oppure speculazione. Per i giuristi, ogni parte contraente deve avere piena conoscenza del contenuto e del valore della prestazione da compiere, diversamente sarebbe nulla a causa del *gharar*, un pericolo che disturba l’equilibrio dei contratti e va contro i precetti religiosi e morali dell’Islam, che richiedono equità e giustizia nelle transazioni.

Un’intera letteratura si è sviluppata intorno al tema del *gharar*. L’intento della dottrina sul punto era quello di dimostrare le ragioni del divieto: da un lato la protezione della parte debole di ogni accordo, dall’altro, la conformità ai precetti religiosi e morali dell’islam. Difatti, successivamente i moralisti hanno esteso la portata dei divieti dei contratti aleatori a una serie di transazioni moderne, come le assicurazioni contro gli infortuni o i contratti di assicurazione sulla vita. Tali divieti hanno limitato la portata dell’autonomia contrattuale e la ricerca del profitto⁴⁴⁴.

7.1. L’alea nel diritto islamico.

Il *gharar* è stato analizzato nel quadro dello studio del contratto di vendita considerato nel diritto islamico il contratto modello. Le transazioni viziate da aspetti di incertezza

⁴⁴² Si riporto in un *hadith* che il Profeta proibì una transazione nota come *Talaqi al-raqban* in cui un cittadino aveva approfittato dell’ignoranza di un mercante beduino per portare a termine un contratto di vendita. Il beduino aveva venduto alcuni prodotti ad un prezzo molto inferiore rispetto al prezzo reale del mercato locale che era molto più alto. Difatti, Il cittadino aveva realizzato il *gharar* (divieto d’incertezza assoluta); cfr. N. COMAIR-OBEID, *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, cit., p. 336

⁴⁴³ È stato uno dei ‘*sahaba*’ compagni del Profeta.

⁴⁴⁴ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 57

sull'oggetto della vendita, sul prezzo o sul tempo di consegna dei beni costituiscono, agli occhi dei moralisti, il *gharar* (rischio, incertezza e speculazione) vietato dalla legge islamica⁴⁴⁵. Ibn Taymiyyah sostiene che *“In a gharar sale, one party obtains something, while the other is under risk, which leads to regret of one of them, and their dispute. [...] It is well known that Allah and his Messenger did not prohibit every kind of risk. Nor all kinds of transactions that involve the possibility of gain or loss or neutrality are prohibited. What is prohibited among such kinds is eating wealth for nothing, even if there were no risk, not that risk as such is prohibited”*⁴⁴⁶.

Ibn Qayyim sostiene che *“Gharar is the possibility of existence and non-existence. Its sale is forbidden because it is a sort of gambling, which is maysir [games of chance]. Allah forbade it because of eating other's wealth for nothing, and this is injustice that Allah has forbidden. It becomes gambling when one party gets a reward (benefit) while the other might not get it, so this becomes illegal, like the sale of runaway slave [...] [I]t is sold for less than its price. If it is found, the seller regrets, if not, the buyer regrets”*⁴⁴⁷.

Pertanto, il *gharar* si verifica quando una parte di un contratto acquisisce un beneficio senza versare il corrispettivo, o non pagando il vero controvalore per il medesimo beneficio/arricchimento, con la conseguenza che l'altra non ottiene il vero controvalore e si pente dell'operazione. Una situazione di questo tipo può dar luogo a *riba al-fadl* (beneficio/guadagno eccessivo) a causa dell'iniquità della vendita⁴⁴⁸. Ibn Taymiyyah ha chiarito che la causa effettiva “*illah*” di *gharar* è l'incertezza dichiarando: *“[...] there must be another effective cause for the prohibition of sale of those articles, which are non-existent, and this effective cause is gharar [uncertainty]. Consequently, only the state of non-existence that leads to uncertainty is prohibited*

⁴⁴⁵ Sh. CRAWLEY, *Does an Extension of Time Clause Prevent a Construction Contract Being Infected by Gharar?*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 26, 2, 2012, pp. 155-174

⁴⁴⁶ S. AL-SUWAILEM, *Towards an objective measure of gharar in exchange*, in *Islamic Economic Studies*, vol. 7, 1-2, 1999-2000.

⁴⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁴⁸ M.M. BILLAH, *The Prohibition of Ribā and the Use of Ḥcyāl by Islamic Banks to Overcome the Prohibition*, *cit.*, pp. 392-408; si veda altresì F.E. VOGEL e S.L. HAYES, *Islamic Law and Finance, Religion, Risk and Return*, in *Arab and Islamic Laws Series*, Brill, Leiden, 1998, pp. 68-78 dove risulta che Averroes, o Ibn Rushd (m. 1198), un grande giurista Malikita che ha affermato che la vendita è illecita per quattro motivi: la presenza di *riba*, *gharar* e condizioni.

from the sale on the ground of uncertainty, but not on the ground of non-existence [...] for instance, if one sells the future offspring of a particular animal, or the revenue of a particular plantation. The outcome might occur and might not. If it occurs, then the outcome will be unknown as to its quantity and description”⁴⁴⁹. Anche Ibn al-Qayyim ha dichiarato che: *“There is no mention either in the book of Allah or in the Sunnah of the Prophet (pbuh) or the Companions' tradition of anything to the effect that the sale of what is non-existent is prohibited. [...] What is in the Sunnah is the prohibition on selling certain articles that are non-existent, in as much as there is a prohibition on selling other articles that actually exist. The reason for the prohibition is not the existence or non-existence. The Sunnah, in fact, prohibits the gharar sale, the vendor of which is not in a position to deliver its object, whether it exists or not. [...] The sale contract inevitably requires delivery of the subject matter; so, if the vendor is not in a position to do so, this amounts to gharar, risk and gambling. [...] The prohibited sale is not prompted by non-existence itself but by gharar [uncertainty]. [...] That is because neither the existence nor the quantity nor the description of such subject matter is yet known*”⁴⁵⁰.

Pochi autori sono riusciti nel loro intento, cioè a definire in modo preciso il concetto di *gharar*. Per alcuni, il *gharar* si verifica quando al momento della conclusione del contratto l’oggetto della vendita non esiste. L’esigenza di pretendere la sussistenza reale dell’oggetto al momento della conclusione del contratto mira a tutelare le parti contraenti da ogni rischio o *gharar* generatore di disequilibri delle prestazioni. Difatti, Ibn Qayyim aveva equiparato il *gharar* alla non-esistenza o *'adam* dell’oggetto. Viceversa, si ritiene che l’esistenza della cosa elimini il *gharar*⁴⁵¹. Altri sostengono che il *gharar* sussiste quando l’oggetto della vendita è indeterminato oppure sconosciuto “*maghul*” dalle parti contraenti, come per esempio la vendita di un uccello nel cielo oppure di un pesce nel mare. In entrambi i casi le caratteristiche dell’oggetto del contratto non sono definite in modo preciso, e inoltre l’oggetto è sconosciuto e incontrollabile. Il giurista egiziano El-Sanhuri (m. 1971) considera che l’ignoto

⁴⁴⁹ M. ZAHRAA, S.M. MAHMOR, *Validity of contracts when the goods are not yet in existence in the Islamic Law of sale of goods*, ALQ, 17, 2002, p. 388.

⁴⁵⁰ Ib.-Q. al-Jawziyyah, *I'lam al Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, II, Dar al Fikr, Beirut, 1977, p. 9.

⁴⁵¹ Ib.-Q. al-Jawziyyah, *I'lam al Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, I, Dar al Fikr, Beirut, 1970, pp. 357-361.

“*maghul*” è un elemento essenziale per far sì che ci sia il *gharar*; aggiunge poi che l’oggetto per essere valido deve essere reale e disponibile; inoltre il contratto deve fissare a priori la quantità, il prezzo e il termine di consegna⁴⁵². Pertanto, secondo il giurista citato sia l’ignoranza “*jahl*” sia l’incertezza relativa ad alcune caratteristiche riferite all’oggetto di vendita costituiscono il *gharar*. Ibn-Juzayy giurista malichita ha definito alcuni casi in cui il *gharar* può essere presente in un contratto di vendita: 1. La vendita di un feto ancora nel grembo; 2. L’ignoranza del prezzo e incertezza sull’esistenza dell’oggetto; 3. L’incertezza sul prezzo dell’oggetto e sulle sue caratteristiche, come ad esempio la vendita di un tessuto dal negozio senza specificare la qualità del tessuto o il suo prezzo; 4. L’incertezza sul prezzo, qualità e quantità: questo è il caso della vendita di grano al prezzo di mercato; 5. Il verificarsi di due vendite in una e la vendita con riserva; 7. L’incertezza sull’esistenza e sulla persistenza dell’oggetto: ad esempio, la vendita di un animale malato⁴⁵³.

Giova sottolineare che l’intento di dare una definizione precisa del termine *gharar* è stata svolta da Ibn Rushd - Averroès⁴⁵⁴. Secondo il giurista malichita il *gharar* si costituisce nei contratti di vendita quando il venditore subisce una lesione o *ghubn* derivante dalla sua ignoranza o *jahl* del prezzo dell’oggetto o dalla sua mancata conoscenza dei criteri indispensabili relativi al contratto o al suo oggetto, quali l’incertezza relativa al prezzo, alla qualità, ai tempi di consegna. Chafik Chéhata spiega che è l’idea d’equivalenza che ostacola sia la convalida delle obbligazioni condizionali nel diritto islamico sia ogni elemento aleatorio⁴⁵⁵. La maggior parte degli autori contemporanei che hanno analizzato la nozione di *gharar* dal punto di vista dell’incertezza circa l’oggetto hanno messo in secondo piano l’incertezza relativa al prezzo a causa della sua connessione con la nozione di *riba*⁴⁵⁶. Si pensa che l’equilibrio delle prestazioni che si tenta di tutelare con la morale islamica è alla base del *gharar*

⁴⁵² Sh.-D. AL-QARAFI, *al-Furuq aw, anwar al-buruq fi anwa' al-furuq*, III, Le Caire, 2013, p. 256. In questo libro l’autore tratta le differenze tra precetti legali apparentemente identici.

⁴⁵³ M. Ib.-A. IBN JUZAYY, *Qawanin al-Ahkam al-shar'iyah wa-al-masa'il Furu' al-fiqhiyah*, Beirut, 1979, p. 282 ss.

⁴⁵⁴ A. W. IBN RUSHD, *The distinguished jurist's primer (A translation of Bidayat al-Mujtahid wa-Nihayat al-Muqtasid)*, vol. 2, Centre for Muslim Contribution to Civilization, Doha-Qatar, 1996, p. 148 ss.

⁴⁵⁵ Ch. CHEHATA, *Essai d'une théorie de l'obligation en droit musulman hanéfite*, Sirey, Paris, 1969, p. 82.

⁴⁵⁶ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 59.

nel diritto islamico. Difatti, lo squilibrio nelle transazioni è il risultato dell'incertezza, del rischio o della speculazione che costituisce il *gharar*, che degenera in una perturbazione dell'equilibrio del contratto proibito dalla morale islamica; la parte più debole sarà protetta da questo rischio, che è l'alea, annullando questo tipo di transazione. Insomma, il *gharar* secondo la legge musulmana è l'alea che comprende un elemento di incertezza, di rischio o anche di speculazione che porta a un profitto illecito vietato dai postulati religiosi e, di conseguenza, morali dell'Islam.

7.2. Il fondamento del divieto dei contratti aleatori.

Il fondamento del divieto di contratti aleatori deriva dal *jahl* o dall'ignoranza dell'una o dell'altra parte dell'obbligazione sottoscritta. Tale *jahl* o ignoranza costitutiva del *gharar* trova il suo fondamento nelle fonti rivelate che vietano il gioco d'azzardo e la vendita ad un Beduino che non conosce il prezzo di mercato per evitare l'arricchimento ingiustificato. L'ignoranza mette in dubbio l'esatto contenuto degli obblighi reciproci delle parti; può costituire un'incertezza del prezzo, del tempo, della qualità o anche dell'esistenza della cosa e può essere materializzato da uno squilibrio che è proibito nelle transazioni secondo la legge musulmana. Tale squilibrio è suscettibile di favorire una parte rispetto ad un'altra, favorendo così lo sfruttamento del debole da parte della parte più informata e più forte del contratto⁴⁵⁷. L'ignoranza o il *jahl* pertanto può assumere, secondo la dottrina islamica, diverse forme. La forma maggiormente conosciuta dai giurisperiti è il *jahl* costitutivo del *gharar*. Tuttavia, vi sono casi in cui i giurisperiti hanno dato vita a diverse interpretazioni poiché non trovavano risposta nelle fonti religiose. Infine, si segnala la sussistenza di una terza categoria ossia il *jahl* esorbitante.

Il *jahl* costitutivo del *gharar* è considerato vietato all'unanimità da tutte le scuole giuridiche poiché ogni divieto è il fondamento della costruzione giuridica elaborata dai *fuqaha*. Si tratta essenzialmente del divieto di vendere un feto nel ventre del cammello. In questa fattispecie due sono le interpretazioni possibili: la prima è che l'esecuzione di queste vendite è rinviata fino a quando il cammello non dà alla luce ciò che porta in grembo, il rischio che può nascere da tale situazione è palese ossia il

⁴⁵⁷ *Ibidem*.

ritardo nella consegna; la seconda è che il rischio dell'inesistenza di *al-adam* è molto alto: è una vendita che la sunna ha vietato come il caso in cui la cammella partorisce dopo un periodo di gestazione di 406 giorni un piccolo morto. Inoltre, vi è il divieto di vendere cose future ad eccezione di alcuni casi. Pertanto, il Profeta proibiva la vendita dei frutti prima della loro maturazione. Vietava altresì la promessa di vendita di frutta non ancora esistente. In entrambi questi due divieti vi è incertezza sull'oggetto del contratto, sulla sua esistenza e perfino sulla sua persistenza. Difatti, nel primo caso il maltempo che non si può controllare può distruggere i germogli o far cadere i frutti prima della maturazione mentre nel secondo caso, c'è il rischio che i frutti che non esistono ancora possano non maturare mai. Vi è, inoltre, il divieto di vendita di cose con solamente il mero tatto. Tale vendita si svolgeva nel periodo preislamico e consisteva nel toccare l'indumento senza dispiegarlo oppure comprarlo di notte senza esaminarlo. Lo scopo del divieto si rinviene nell'incertezza circa la qualità del prodotto acquistato. Vi è altresì il divieto di vendita di cose che si lancia fisicamente poiché le parti contraenti si gettano l'una verso l'altra un indumento, senza però specificare lo scambio dell'uno contro l'altro bene. Tale operazione contiene chiaramente lo *hasard* per questo è vietata. Inoltre, vi era il divieto delle vendite dove si utilizza il lancio delle pietre, una pratica preislamica dove una delle due parti esordiva che "ogni capo su cui cade il sassolino che lancio mi appartiene"; il proprietario in questo caso era obbligato a venderglielo. Pertanto, lanciare il sassolino era considerato un gioco d'azzardo e severamente proibito⁴⁵⁸. Le interpretazioni delle scuole giuridiche differiscono in riferimento ad alcune tipologie di contratti di vendita, come la vendita della frutta prima o dopo la sua coloritura-maturazione; doppia vendita in una e infine la vendita con riserva. Per quanto riguarda la vendita prima della colorazione dei frutti, essa è autorizzata senza riserve. Mentre la vendita dei frutti prima della loro colorazione con la condizione di mantenere i frutti sull'albero è vietata.

I giurisperiti sono in disaccordo circa la vendita vera e propria della frutta prima di diventare matura. È il caso dei malichiti e degli shafiiti che erano a favore del proibizionismo⁴⁵⁹, a fondamento del loro ragionamento è l'*hadith* secondo cui "Un

⁴⁵⁸ *Ivi.*, p. 60-61.

⁴⁵⁹ M. Ib.-A. IBN JUZAYY, *op. cit.*, p. 287 ss.

acheteur aurait dit: "les dattes ont souffert des intempéries, elles ont eu le khushan en, voulant dire par là certaines calamités". Comme les différends se multipliaient, le Prophète leur dit : "ne vendez pas les récoltes avant leur entrée en maturation". D'après Malik, on demanda au Prophète ce qu'il entendait par : "jusqu'à l'entrée en maturation". Il répondit: "jusqu'à ce qu'ils rougissent". Pertanto, è chiaro da questo *hadith* che i raccolti non possono essere venduti prima che siano maturi ovvero sia la maturazione si verifica quando i frutti raggiungeranno l'arrossimento⁴⁶⁰.

Tuttavia, gli hanafiti permettono la vendita prima della maturazione dei frutti ma nel caso in cui questa vendita si realizza l'acquirente è obbligato a raccogliere i frutti e ciò costituisce un obbligo nella vendita di frutta. Dunque, i giurisperiti non consentono la vendita dei frutti con la condizione di mantenerli sugli alberi. L'interpretazione diffusa dei termini utilizzati in tale contesto è favorevole alla raccolta. Il loro fondamento è che la vendita comporta il trasferimento della proprietà, altrimenti la vendita potrebbe essere viziata da alea ovvero potrebbe trattarsi di vendita a termine di un bene che non è consentita.

Un altro caso di vendita di cose future oggetto di discussione è la vendita delle spighe di grano fino a quando non diventano bianche e dell'uva fino a quando non diventano nere. Gli autori sono d'accordo nel vietare la vendita di grano con le spighe, ma senza la paglia, perché sarebbe una vendita di quantità e qualità sconosciute. Tuttavia, al-Shafi'i affermava che la vendita delle spighe stesse è vietata, anche se il grano è maturato, perché si tratta di una vendita aleatoria simile a quella dei chicchi mescolati con la paglia dopo la mietitura. Mentre per quanto attiene il divieto delle due vendite in una, essa comprende da un lato la vendita di due cose contro due prezzi, la vendita di un oggetto contro due prezzi e la vendita di due oggetti contro un solo prezzo. La vendita di due cose a due prezzi si svolge facendo due dichiarazioni, la parte esordisce così: *"Ti venderò questa merce, a questo prezzo, a patto che mi vendiate questa casa, a questo prezzo"*, mentre l'altra parte risponde: *"Venderò a te o quella merce per un denaro o quella merce per due denari"*. La vendita di un singolo bene a due prezzi si realizza in due modi: in un modo uno dei due prezzi è in contanti e l'altro è a termine,

⁴⁶⁰ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 61.

è il caso in cui la parte dichiara “*Ti vendo questo capo in contanti per dieci o a termine per venti*”. Oppure una delle parti del contratto dice: “*Vi vendo questo indumento in contanti, a tale e tale prezzo, a condizione di riacquistarlo da voi prima di tale e tale momento e a tale e tale prezzo*”. La causa del divieto di vendita di due articoli ad un prezzo unico appare, a tutti gli autori, l'incertezza. I malichiti considerano questi casi di vendita a termine con mezzi che eludono la legge. Per gli Shafiiti e gli hanafiti la causa del divieto è l'ignoranza del vero prezzo. La vendita con riserva è proibita dagli Shafiiti e hanafiti perché è una vendita con una condizione. Tali dotti fondano la loro interpretazione sull'*hadith* del Profeta che afferma: “*toute condition qui n'est pas dans le Livre de Dieu est nulle*”. Inoltre, il Profeta avrebbe affermato in un altro *hadith* che “*Est illicite un pret en meme temps qu'une vente. Deux conditions dans une vente ne sont pas permises, ni le profit de ce dont vous n'aviez pas les risques, ainsi que la vente de ce que vous ne possédez pas*”. Malik qualifica la sua opinione ritenendo che la vendita è vietata se lo stipulante mantiene la condizione, ma se al contrario si ritira da essa in quel momento la vendita è consentita⁴⁶¹. I giurisperiti considerano un'altra fattispecie come fondamento del divieto dell'alea: si tratta del *jahl fahish* o ignoranza esorbitante e considerevole al contrario del *jahl yasir* o ignoranza tollerata⁴⁶². Al-Shafii riteneva che il rischio sia esorbitante quando l'oggetto della vendita è costituito da cose non visibili, e proibisce dunque la vendita anche se la cosa è stata descritta all'acquirente. Abu-Hanifa permette la vendita della cosa senza descriverla perché l'acquirente ha un diritto di opzione; questo diritto permette all'acquirente di accettare o rifiutare la vendita dopo un determinato periodo di tempo. Malik sosteneva che se la cosa è conforme alla descrizione, la vendita è obbligatoria e quindi l'importante per Abu Hanifa e Malik è che la cosa corrisponda alla descrizione⁴⁶³. La causa della divergenza è se il grado di conoscenza dato dalla descrizione, rispetto a quello dato dal significato, costituisce un'incertezza che incide sulla cosa venduta nella misura in cui c'è una notevole incertezza o se non incide sulla cosa venduta e quindi c'è un'alea tollerata a causa della sua minima importanza⁴⁶⁴. A titolo esemplificativo Malik autorizza la vendita della verdura (come per esempio rape, carote e cavoli) quando

⁴⁶¹ *Ivi.*, p. 63.

⁴⁶² A. AL-SANHURI, *Masadir al-haqq ji al-fiqh al-islam*, III, Le Caire, 1988, p. 49

⁴⁶³ *Ivi.*, p. 50.

⁴⁶⁴ N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, cit., p. 63.

entrano in maturazione, ossia quando sono pronti al consumo, poiché queste piante hanno una sola radice ed è possibile determinarne la quantità; l'alea in questo caso può essere solo di minore importanza. Mentre, al-Shafii permette la vendita solo dopo l'estrazione poiché questo fa parte della vendita di cose non visibili. Inoltre, anche Malik permette la vendita di mandorle e noci con il loro guscio e fagioli con la buccia mentre al-Shafii lo vieta. È altresì il caso dei pesci nel lago o in uno stagno la cui vendita è consentita dagli hanefiti e dai malichiti e proibita dagli shafiiti⁴⁶⁵. Al-Sanhoury ha contestato il pensiero dei giureconsulti tradizionali poiché hanno fondato le loro argomentazioni considerando la differenza tra “*ce qui n'est pas existant et ce qui n'est pas actuellement existant, mais pourrait exister à l'avenir*”: il giurista ritiene che i *fuqaha* delle diverse scuole non hanno valutato la possibilità della futura esistenza della cosa, non ancora esistente, come fondamento della proibizione. Per questo autore contemporaneo è consentita la vendita di ciò che non esiste ancora, ma la cui esistenza è certa nel prossimo futuro. Il *gharar* in questo caso è escluso e l'equilibrio delle prestazioni è tutelato. Se invece vi sono dubbi sulla possibilità dell'esistenza della cosa c'è un grande pericolo che deriva dal *gharar*; le parti contraenti non sono in grado di determinare con esattezza la loro prestazione reciproca. Una parte può quindi approfittare del *jahl*, l'ignoranza dell'altra parte, per trarre un profitto illecito; questa è la ragione del divieto delle transazioni posto dalla legge islamica in funzione del livello del *gharar* suddivisi in *fahish* o *yasir*⁴⁶⁶. Riassumendo, si ritiene che il fondamento del divieto dei contratti aleatori sia l'ignoranza -il *jahl*- cioè che una delle parti contraenti ignori il valore esatto dei servizi reciproci. Tale *jahl* varia: è notevole quando crea un dubbio, un'incertezza che tocca gli obblighi assunti dalle parti e sconvolge l'equilibrio del contratto a vantaggio di una delle due parti a discapito dell'altra. Di conseguenza, i principi di giustizia ed equità tutelati dall'Islam non sarebbero più validi se tali transazioni fossero convalidate: l'Islam ha sempre vietato le speculazioni che consentirebbero di ricevere un profitto ottenuto illegalmente in conseguenza dell'esistenza di un'alea relativa al contratto o all'oggetto del contratto e che, allo stesso

⁴⁶⁵ A. AL-SANHURI, *Masadir al-haqq ji al-fiqh al-islam*, cit., p. 51.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

modo, metterebbero in discussione l'equilibrio dei benefici propugnato dalla morale islamica.

7.3. Gli effetti del divieto dei contratti aleatori.

Sotto la pressione e l'influenza dei moralisti, la nozione di *gharar* o alea ha trovato un ampio campo di applicazione. Infatti, i *fuqaha*, pur basandosi sui diversi *ahadith* del Profeta, hanno ritenuto che il *gharar* sia costituito da incertezza, rischio, speculazione che mette in pericolo l'equilibrio di un dato contratto, così come il rispetto dei principi fondamentali dell'Islam⁴⁶⁷.

I giuristi moderni quindi hanno considerato limitate le transazioni conosciute dai tempi del Profeta, e altresì il divieto di certi contratti che contengono l'alea. Le conseguenze di questi divieti derivano dal *gharar* come gli accordi aventi ad oggetto una successione non ancora aperta; in realtà, tale successione non esiste giuridicamente, è solo una possibilità; oppure la vendita di cose future come la vendita di un'opera non ancora esistente oppure la vendita di frutti prima della loro maturazione nonché gli atti giuridici che comprendono incertezza circa la quantità, la qualità e il termine di consegna di un bene. Tuttavia, con lo sviluppo del commercio internazionale e della globalizzazione, che hanno portato alla sfumatura dei divieti, il concetto di *gharar* ha conosciuto un'applicazione vasta con la realizzazione di nuovi contratti aleatori vietati dai giuristi moderni. I governi islamici, grazie ai divieti individuati nelle fonti religiose hanno alzato una sorta di barriere protettive contro le pratiche esterne. Pertanto, il lemma di *gharar* oggi ha assunto diversi connotati poiché non è più considerato *fahish*, ma *yasir* oppure ammesso come il contratto d'impresa e la vendita di frutti sugli alberi. Conseguentemente, la nascita di nuove categorie di contratti per necessità e *maslaha* - utilità- ha creato nei moralisti musulmani un campo fertile per l'applicazione del *gharar* vietato dalla legge islamica, compresi alcuni tipi di contratti nel settore assicurativo. La libertà contrattuale è quindi messa un'altra volta in discussione dai

⁴⁶⁷ A. W. IBN RUSHD, *The distinguished jurist's primer*, cit., p. 130.

postulati islamici al momento della stipula di transazioni moderne per realizzare l'equilibrio delle prestazioni e a nome della giustizia e dell'equità tra i contraenti.

8. Il contratto assicurativo islamico.

Proteggersi contro eventi futuri incerti nella tradizione islamica non è vietato a condizione che il rischio assicurato venga condiviso tra tutti i membri della comunità. Il principio della condivisione del rischio ha una lunga tradizione. Di seguito sono riportati alcuni esempi relativi alla necessità di mitigare i rischi e come questi si sono evoluti nelle diverse società. Essi possono essere considerati come i primi casi di assicurazione conosciuti. Tremila anni fa i mercanti fenici formarono comunità commerciali. Ogni membro della comunità ha accettato di contribuire con una parte dei suoi profitti per compensare un membro che aveva perso un carico in mare. Questo è uno dei primi esempi conosciuti del principio dell'assicurazione. I Babilonesi intorno al 2250 a.C. praticavano una forma di assicurazione dei prestiti. I mercanti babilonesi viaggiavano in carovane e navi per commerciare in Fenicia, Egitto, India e Cina. Per ridurre il rischio di furto, rapina, saccheggio e cattura, i mercanti si assicuravano un prestito e pagavano al mutuante un premio in cambio della garanzia da parte dello stesso per annullare il prestito qualora fosse accaduto qualcosa alla nave o ai suoi beni. Questo prestito marittimo fu poi adottato dai greci e dai romani.

Nell'antica Rodi, la pratica era quella di gettare il carico in mare durante una tempesta per alleggerire il peso di una nave. La perdita che ne risultava veniva compensata da un contributo reciproco o comune, perché l'azione drastica di gettare il carico in mare era andata a vantaggio di tutti a bordo della nave. Questo era noto come "butto" o "media generale" ed è stato incorporato nel codice delle leggi marittime. Nell'antica Roma, i romani organizzavano società di sepoltura. I membri di queste società versavano contributi che venivano messi insieme per provvedere ai servizi funebri in caso di morte di qualsiasi membro. Prima della nascita dell'Islam, i commercianti arabi condividevano i rischi di viaggi commerciali pericolosi. Ognuno di loro avrebbe dato un contributo da utilizzare per aiutare un altro commerciante nel caso in cui avesse subito una perdita durante il viaggio. Il sostegno al concetto di assicurazione, di mitigazione del rischio e di condivisione del rischio nella tradizione islamica può essere tratto dagli eventi che hanno avuto luogo durante la vita del Profeta Maometto.

Un ricco compagno del Profeta Maometto si ammalò e temeva di morire presto. Chiese un consiglio sull'eredità al Profeta Maometto e chiese se gli sarebbe stato permesso di donare in beneficenza due terzi o anche solo la metà del suo patrimonio e di lasciare il resto alla figlia. Il Profeta consigliò al compagno che poteva donarne solo un terzo in beneficenza e lasciare il resto alla figlia. Aggiunse: "È meglio lasciare i propri eredi ricchi piuttosto che lasciarli poveri e mendicanti". Questo *hadith* promuove l'idea di proteggere il futuro benessere della propria famiglia. Incoraggia le persone a essere consapevoli dei rischi futuri ignoti e, se possibile, a mitigare tali rischi. Ci sono diversi *ahadith* che affermano che quando c'era carenza di cibo nella città di Medina il Profeta raccoglieva il cibo da coloro che erano in grado di farlo e poi lo distribuiva equamente tra tutti⁴⁶⁸. Questi *ahadith* sono chiari sullo scopo per il quale vengono raccolti i contributi, ossia mitigare il rischio di soffrire per la fame. Il Profeta Maometto ha redatto la prima costituzione della Medina per organizzare i rapporti pacifici tra le varie tribù. La costituzione della Medina contiene riferimenti all'assicurazione sociale per il pagamento del denaro sporco di sangue (Diya) e del riscatto (Fidya). I principi di Diya e Fidya stabiliscono che l'assicurazione è stata praticata durante il periodo del Profeta Maometto.

Secondo la legge islamica una persona colpevole di omicidio colposo, o di aver causato gravi danni fisici, è obbligata a pagare la Diya, 'denaro sporco di sangue', vale a dire una somma di denaro versata come risarcimento da un gruppo di persone (spesso la tribù o famiglia) per conto di una persona che ha ucciso o ferito un terzo inavvertitamente, spesso per evitare ritorsioni da parte della famiglia della vittima. La somma veniva individuata caso per caso. Tuttavia, tale rapporto è viziato, in quanto non esiste un contratto tra il gruppo di persone che paga la diyya e la persona che ha commesso il crimine involontario. Insomma, per fare fronte a tali incidenti come soluzione fu istituito un sistema di assicurazione cooperativa, in modo che la Diya potesse essere pagata dai contributi dei membri della comunità o famiglia nel suo

⁴⁶⁸ Si veda l'*hadith* n. 666 contenuto nel capitolo n. 44 intitolato "*Partnership*" della raccolta di Muhammad ben Ismâ'il Al-Bukhâr dal titolo il Sahih Al-Bukhari: "*Narrated Abu Musa The Prophet ﷺ said, "When the people of Ash'ari tribe ran short of food during the holy battles, or the food of their families in Medina ran short, they would collect all their remaining food in one sheet and then distribute it among themselves equally by measuring it with a bowl. So, these people are from me, and I am from them"*".

complesso e non solo dal colpevole poiché è gravoso economicamente⁴⁶⁹. Ci sono due metodi per raccogliere la Diya:

- (i) Aqila (clan di sostegno): se il colpevole è conosciuto, il denaro del risarcimento viene raccolto dalla famiglia o dalla tribù più vicina al colpevole.
- (ii) Qasama (giuramento): in situazioni in cui l'autore del reato non è stato identificato o non ci sono prove sufficienti per accusare il sospettato, si svolge un processo sotto giuramento chiamato *Qasam*. Gli eredi della vittima testimoniano di credere che l'imputato abbia ucciso la vittima prestando un giuramento religioso per un totale di 50 volte. Il denaro del risarcimento viene poi raccolto dalla famiglia allargata o dalla tribù dell'indagato.

Una regola di guerra stabilita era quella di chiedere un riscatto - la *Fidya* - per il rilascio dei prigionieri catturati. Fu istituito un fondo con contributi collettivi per fornire il denaro del riscatto e garantire il rilascio dei prigionieri. Diya e Fidya sono esempi dell'esistenza della cooperazione e dell'assistenza reciproca nell'Islam, che sono i principi fondamentali del *Takaful*. L'obiettivo dell'assicurazione islamica in *Diya* e *Fidya* è di proteggere gli individui.

9. Gli elementi essenziali del contratto *takaful*.

La dottrina islamica ha individuato una serie di elementi essenziali per poter parlare di un contratto *takaful*⁴⁷⁰. Tutte le operazioni *takaful* che sono conformi alla sharia prevedono la condivisione del rischio fondato sul principio del *taawn* (aiuto) e *tabarru'* (donazione).

- (i) Il contraente al momento della sottoscrizione del contratto assicurativo assume sia il ruolo dell'assicurato sia la posizione dell'assicuratore poiché nessun rischio assicurativo viene trasferito all'assicuratore ma viene condiviso dai partecipanti.

⁴⁶⁹ A. KHORSHID, *Islamic Insurance: A Modern Approach to Islamic Banking*, Routledge, London, 2004, p. 23.

⁴⁷⁰ A. NEHME, *L'assurance entre loi islamique et droit positif: l'exemple des droits français et libanais*, cit., pp. 51-52 ; B. SHANMUGAM, Z. R. ZAHARI, *A primer on Islamic Finance, the research foundation of CFA institute*, 2004. Available at <https://doi.org/10.2470/rf.v2009.n6>.

- (ii) Gli aderenti al contratto *takaful* devono agire con la massima trasparenza e aderire all'obiettivo e ai principi del *takaful* che sono scopi cooperativi e caratterizzati dalla condivisione dei rischi e dall'aiuto reciproco.
- (iii) Le operazioni attinenti al *takaful* devono essere compiute nel rispetto dell'equità, onestà, trasparenza in conformità agli scopi sociali e morali islamici.
- (iv) Le operazioni del *takaful* devono rispettare i divieti come il *riba* (interesse), il *gharar* (incertezza), il *maysir* (speculazione) e gli investimenti in attività vietati dalla legge islamica con lo scopo di garantire maggiore responsabilità sociale.
- (v) Tutti i contratti *takaful* devono coinvolgere le parti che ne hanno una conoscenza legale e che hanno la capacità d'intendere.
- (vi) Le eccedenze del *takaful* e i benefici conseguiti dall'investimento devono essere distribuiti tra i partecipanti o donati in beneficenza. Tuttavia, si può adottare ambedue gli approcci, una parte viene distribuita e un'altra data in beneficenza.
- (vii) Le polizze d'assicurazione *takaful* devono essere basate sul reciproco consenso e devono indicare un termine preciso per la copertura assicurativa nonché la corrispondenza con il principio indennitario.
- (viii) Le operazioni *takaful* devono essere controllate in modo regolare. Difatti oltre l'audit da parte di un consiglio consultivo sharaitico che dichiara l'adesione agli standard sharaitici, la revisione e il controllo annuale che la struttura del modello originale adottato conforme alla sharia sia ancora operativo.

Pertanto, possiamo dedurre che il *takaful* è un'alternativa assicurativa basata sul concetto di cooperazione congiunta (*ta'awun*), protezione reciproca, condivisione del rischio e responsabilità sociale concepita per colmare il vuoto creato dall'assicurazione convenzionale. Il bisogno di protezione è un bisogno innato in tutte le società pertanto i giurisperiti islamici hanno ovviato al male assicurativo, male necessario per compensare eventuali perdite patrimoniali derivanti dal verificarsi di un rischio insito in ogni aspetto della vita, e che incarna tutti i divieti contemplati nelle fonti religiose, con l'istituto del *takaful*. Difatti nel *takaful*, i membri o i partecipanti versano volontariamente i contributi (*tabarru'*) per sostenere un obiettivo comune di protezione reciproca. Come è pacifico nell'assicurazione convenzionale l'assicurato versa un premio all'assicuratore in cambio di un impegno a indennizzare quest'ultimo in caso in cui si verifica l'evento dannoso.

Tale concetto vale a dire pagare una somma alla compagnia assicurativa per ottenere una copertura assicurativa è vietato dalla legge islamica perché il trasferimento del rischio è l'anticamera del *gharar* (incertezza assoluta sugli elementi essenziali di un contratto) e del *maysir* (gioco d'azzardo) nelle transazioni. Difatti, nel *takaful* il rischio viene condiviso tra i partecipanti che accettano volontariamente di sovvenzionare reciprocamente il rischio a cui i membri sono soggetti mediante un pool di fonti volontariamente versate "fondo *takaful*". In tale struttura l'operatore (la compagnia assicurativa) non assume il rischio degli aderenti ma agisce come un agente (*wakeel*) che gestisce e amministra i fondi messi in comune. Nel caso in cui uno dei membri dei contribuenti subisce una perdita, si verifica l'evento dannoso, i fondi del pool vengono intaccati per compensare la perdita subita. Dato che la compagnia di assicurazione non è incaricata di assumersi le perdite (che possono verificarsi o meno) e i partecipanti versano un contributo volontario a un pool, piuttosto che pagare un'altra parte per trasferire il rischio, le strutture *takaful* non coinvolgono *gharar* o *maysir*.

Oltre a quanto spiegato le compagnie assicurative convenzionali investono i loro fondi sulla base di una strategia diversificata che contempla la riscossione dell'interesse e favorire rendimenti di settori vietati dalla legge islamica. Difatti nella struttura *takaful*, l'operatore investe i fondi in attività e settori compatibili con la sharia, evitando ovviamente gli strumenti di supporto alle industrie proibite come alcol, carne di maiale, pornografia e gioco d'azzardo e rispettando altresì le strategie sviluppate e approvate da studiosi di giurisprudenza islamica.

Di conseguenza, possiamo riassumere i principi etici che sono il cuore della struttura *takaful* in 5 punti chiave⁴⁷¹:

- (i) I partecipanti cooperano tra loro, versando contributi volontari (*tabarru'*) a un fondo comune per mutuo aiuto vale a dire condivisione del rischio, la possibilità di un evento futuro e incerto.
- (ii) L'incertezza è eliminata per quanto riguarda la sottoscrizione (impegno di donazione) e il risarcimento (impegno di copertura).

⁴⁷¹ F. SIDDIQUI, K. HUNT-AHMED, *Takaful*, in HUNT-AHMED K. (ed), *Contemporary Islamic Finance*, John Wiley & Sons, USA, 2013, pp. 203-213.

- (iii) Le perdite sono suddivise e le passività (debiti) ripartite secondo il sistema di *community pooling*.
- (iv) Le eccedenze vengono restituite ai partecipanti o donate in beneficenza, anche in caso di liquidazione.
- (v) I fondi dei partecipanti sono investiti sulla base di linee guida islamiche che evitano interessi e industrie non conformi alla sharia.

9.1. Gli elementi tecnici a fondamento del processo di gestione del rischio nel *takaful*.

Poiché il *takaful* è un modello contrattuale che mira a fornire una risposta all'esigenza di assicurazione contro un rischio, la gestione del rischio rappresenta un aspetto essenziale del contratto (come, del resto, il rischio assume un ruolo centrale nella costruzione dei contratti assicurativi occidentali) e deve essere, pertanto, affrontato in maniera specifica. Nell'industria della finanza islamica il principio della condivisione del rischio è un postulato unico e fondante dell'economia islamica poiché non può esserci un rendimento senza rischio (*al-ghorm bil ghorrm*). Inoltre, la linea guida a fondamento di un rendimento lecito secondo la sharia è quella secondo cui gli utili si ottengono condividendo sia i profitti sia le perdite (PLS).

Invece, nel comparto assicurativo il rischio è il possibile avverarsi di un evento dannoso futuro e incerto che nella struttura *takaful* viene condiviso. Il rischio nella struttura *sharia compliant* viene riferito a diverse aree. Giova segnalare che la maggior parte dei rischi a cui è esposta una struttura *takaful* sono simili salvo la loro incidenza, difatti l'Islamic Financial Service Board (IFSB)⁴⁷² ha individuato nel suo documento n. 14 i rischi che potenzialmente minacciano la sopravvivenza di un'impresa *takaful*, come il rischio di sottoscrizione (compreso il rischio di accantonamento), il rischio di mercato, il rischio di credito, il rischio operativo e il rischio di liquidità, nonché, potenzialmente, il rischio legale, il rischio per la reputazione dell'assicuratore e i rischi interni o infragruppo. Alcuni rischi, invece, sono specifici dell'impresa *takaful*: tra di essi vi sono il rischio di non conformità alla sharia, i rischi derivanti dalla separazione

⁴⁷² L'Islamic Financial Services Board è un'organizzazione internazionale che promuove e migliora la solidità e la stabilità dell'industria dei servizi finanziari islamici emettendo standard prudenziali globali e linee guida per l'industria che comprende i settori bancario, dei mercati dei capitali e assicurativo.

dei fondi e i rischi relativi all'utilizzo di *Retakaful* (riassicurazione conforme alla sharia).

9.1.1. Rischio di spesa.

Come ampiamente illustrato per poter garantire la trasparenza e la tutela dei sottoscrittori è essenziale specificare nel contratto *takaful* i contributi e i proventi dell'operatore derivanti dall'operazione di *takaful*. Questi compensi o ricavi costituiscono la fonte attraverso cui la società *takaful* copre le proprie spese e paga i dividendi ai propri azionisti. In una configurazione *takaful* in cui i profitti e le perdite degli azionisti sono separati dai profitti e dalle perdite dei partecipanti, il rischio degli oneri è a carico degli azionisti⁴⁷³.

9.1.2. Rischio operativo.

Il rischio operativo viene definito nello standard IFSB/14 come “*operational risk is the risk of loss resulting from inadequate or failed internal processes, people and systems, or from external events. For Tus, this also includes risk of loss resulting from shari’ah non-compliance and failure in a TO’s fiduciary responsibilities*”. Nella struttura di *takaful* il management è alle dipendenze degli azionisti e quindi è responsabile del corretto svolgimento dell'attività nonché del rispetto della sharia in ogni momento. Per evitare che ci sia un “rischio operativo” e che sia attribuito agli azionisti a causa di un'elaborazione non accurata delle transazioni, di un'inefficiente tenuta dei registri, di una violazione dei limiti di controllo operativo, di una non conformità alle normative, oppure a seguito di guasti al sistema di telecomunicazione o alla rete informatica “rischio tecnologico”, oppure rischi derivanti da eventi esterni includono l'inapplicabilità delle politiche normative, della legislazione e dei regolamenti che influenzano l'adempimento dei contratti e delle transazioni nelle organizzazioni “rischio legale”⁴⁷⁴, il management deve garantire trasparenza e corretto

⁴⁷³ Z.A.M. KASSIM, *The primary insurance models*, in *Takaful and Mutual Insurance: Alternative Approaches to Managing Risks*, in *International Bank for Reconstruction and Development*, The World Bank, Washington, 2013, pp. 26-27.

⁴⁷⁴ W. AKHTER, *Risk management in Takaful*, Federal Reserve Bank of St Louis, St. Louis, 2010; H. AHMED, T. KHAN, *Risk management: An analysis of issues in Islamic Financial Industry*, in *Occasional paper n. 5*, IRTI, Islamic Development Bank, Jeddah, 2001, pp.29-30.

svolgimento dell'attività sottostante agli operazioni *takaful* per evitare perdite finanziarie per l'entità, incapacità di perseguire le opportunità, danni alla reputazione, inefficienza operativa e, potenzialmente, incapacità di continuare ad operare.

Le commissioni ricevute dai partecipanti per la gestione dell'attività dovrebbero quindi compensare l'operatore per aver sostenuto il rischio operativo. Anche in questo caso, il mantenimento dei bilanci separati degli azionisti e dei partecipanti consente di quantificare questo rischio e di mantenere un capitale adeguato. Oltre a tali obblighi e oneri l'operatore *takaful* deve garantire la conformità delle operazioni eseguite alla legge sharaitica poiché i contratti non conformi possono privare i partecipanti della copertura *takaful* nonché danneggiare la sua propria reputazione. Bisogna sottolineare che non è un compito di facile realizzazione poiché la percezione della legge islamica può essere differente dato la sussistenza delle varie interpretazioni di *Fiqh Al-Muamalat* da parte degli studiosi della Sharia. Quanto potrebbe essere considerato da un operatore finanziario o da un giurista in una giurisdizione in un determinato modo, può essere considerato differentemente da uno studioso di un'altra giurisdizione. Il rischio di non conformità alla sharia è rilevante per il processo di sviluppo e *governance* del prodotto da parte dell'impresa. Nello specifico nel cercare di soddisfare la domanda di prodotti innovativi per essere competitiva, essa potrebbe realizzare inavvertitamente la non conformità sharaitica di tali prodotti. Il medesimo rischio è rilevante anche per la gestione degli investimenti di un'impresa *takaful*. La limitata disponibilità di strumenti di investimento conformi alla sharia può rendere un'impresa *takaful* suscettibile di scegliere un prodotto di investimento la cui conformità è discutibile, quando si cerca di ottenere un adeguato rendimento fondo di investimento dei partecipanti e delle loro aspettative.

9.1.3. Rischio di sottoscrizione.

Il rischio di sottoscrizione è definito dallo standard IFSB/14 come: “Underwriting risk is the risk of loss due to underwriting activities relating to the Participants’ Risk Fund. Sources of this risk include assumptions used in pricing or assessment that are subsequently shown to be incorrect by experience of, for example, claims”. Nel *takaful* i rischi vengono condivisi tra gli aderenti accettando di indennizzarsi reciprocamente

attraverso i contributi versati. Per tale ragione il regolamento di sottoscrizione deve essere approvato con lo scopo di garantire che vengano accettati solo i contratti per i quali il *Participants' Risk Fund* ha una propensione al rischio. Pertanto, il processo di sottoscrizione deve garantire altresì che la determinazione e il trattamento dei contributi dei partecipanti soddisfino tutti i requisiti della sharia e che la gestione assicurativa e l'attuario dell'impresa siano consapevoli dell'andamento dei sinistri e dei costi di liquidazione dei sinistri, nonché degli eventi che possano influire su questi ultimi, in modo che gli standard di sottoscrizione, la formulazione delle polizze e i prezzi possano essere modificati tempestivamente. Tuttavia, c'è una differenza sostanziale per quanto riguarda la gestione dei deficit. Le ipotesi di spesa utilizzate nelle attività di *pricing* dovrebbero riflettere le spese effettive che saranno attribuite al fondo di rischio dei partecipanti poiché potrebbe verificarsi, quando il *quantum* dei sinistri supera gli attivi del fondo, che i candidati con una probabilità di perdita superiore alla media, riescono ad ottenere una copertura *takaful* a tassi standard "selezione avversa", che è dovuta ad una situazione di asimmetria informativa e eccessivo ottimismo per quanto riguarda il livello delle spese. Tale fenomeno incide negativamente sul flusso di cassa e quindi incide sulla stabilità dei profitti della società, ma potrebbe influire anche sul *quantum* di remunerazione del *Participants' Investment Fund* e del *Participants' Risk Fund*. La capacità di un fondo rischi di mantenere la propria solvibilità nel lungo periodo dipende non solo dal processo di sottoscrizione, dalle ipotesi di prezzo e dalle spese e dai sinistri effettivi, ma anche dalla capacità dell'operatore *takaful* di mantenere l'adesione di un numero sufficiente di partecipanti ai fondi. Se i partecipanti rifiutano di rinnovare o continuare i contratti, la solvibilità del *Participants' Risk Fund* diventa difficile da sostenere. In tale circostanza gli azionisti (operator *takaful*) sono obbligati a fornire un prestito senza interessi (*qard hassan*) al fondo *takaful* per coprire temporaneamente tale deficit che verrà rimborsato in parte dalle future eccedenze attribuibili ai partecipanti. In tale situazione l'operatore *takaful* potrebbe includere nella sua gestione la pianificazione del recupero del deficit in un periodo di tempo per ridurre al minimo le disuguaglianze intergenerazionali, insieme a un'adeguata rivalutazione dei contributi, l'utilizzo di qualsiasi riserva per imprevisti e la revisione della selezione per la sottoscrizione. Inoltre, potrebbe verificarsi un conflitto di interesse dal momento in cui l'operatore gestisce il rischio

per conto dei partecipanti al fondo, potrebbe ricevere una quota dell'eccedenza a seconda degli accordi stipulati, ma non partecipa mai ai deficit generati (ad eccezione di un prestito senza interessi, *qard al hasan*, che viene rimborsato all'operatore). La corporate *governance* deve essere rigorosa nel garantire la trasparenza affinché l'operatore non utilizzi questo processo a suo vantaggio.

9.1.4. Rischio di investimento.

Nella struttura *takaful* i rischi d'investimento sono a carico dei partecipanti al fondo e a carico degli azionisti per i beni del fondo azionario (operatore *takaful*). Pertanto, è necessario creare un terzo fondo quando si tratta di un'operazione vita o protezione del nucleo familiare e i rischi d'investimento ovviamente sono sempre a carico dei partecipanti. Gli investimenti di un'operazione *takaful* devono essere conformi alla sharia.

9.1.5. Rischio di mercato.

Il rischio di mercato è definito dallo standard IFSB/14 come: “*Market risk is the risk of losses arising from movements in market prices – that is, fluctuations in values in tradable, marketable or leasable assts (including Sukuk) and a deviation of the actual rate of return from the expected rate of return*”.

Gli operatori *takaful* dovrebbero disporre di un quadro adeguato alla gestione del rischio di mercato, in quanto i rendimenti inferiori alle aspettative possono contribuire a un deficit del fondo di rischio dei partecipanti, o a una performance inadeguata del fondo degli investimenti dei partecipanti o del Fondo degli azionisti. La struttura *takaful* ovverosia l'operatore deve adottare le politiche che disciplinano la strategia di investimento valutando i rischi di mercato di ogni strumento finanziario al fine di garantire che l'impatto di eventuali fluttuazioni nelle attività di investimento o di eventuali cambiamenti economici del mercato sui diversi fondi sia identificato e quantificato per fornire stabilità al capitale.

9.1.6. Rischio di credito.

Il rischio di credito è definito dallo standard IFSB/14 come “*Credit risk is the risk that a counterparty fails to meet its obligations in accordance with agreed terms. Credit risk in a TU may arise from operational, financing and investment activities of the funds. A similar risk may arise from Retakāful activities of the funds*”.

Il rischio di credito è il rischio che una controparte non adempia alle proprie obbligazioni secondo i termini concordati. Nel caso di una struttura *takaful* il rischio di credito è il rischio di insolvenza quando esso derivi dal negligente monitoraggio delle controparti delle attività operative, di finanziamento e di investimento dei fondi. Per tale ragione l'operatore *takaful* deve garantire che, prima di accettare di investire in qualsiasi tipo di strumento di investimento o in qualsiasi altro tipo di attività che comporti un rischio di credito, siano messe in atto misure adeguate ad assicurare che i rischi per i diversi fondi siano identificati e quantificati, monitorati e, se del caso, mitigati. Pertanto, il qard hassan fornito al fondo di rischio dei partecipanti rappresenta un rischio di credito. Il rischio di mancato recupero di un Qard incide sull'adeguatezza del capitale del fondo. È più probabile che il Qard sia richiesto all'inizio o nei momenti di crescita di un'attività, a causa di nuove tensioni di business, o dopo che perdite importanti hanno esaurito il fondo di rischio.

9.1.7. Rischio di liquidità.

Il rischio di liquidità è definito dallo standard IFSB/14 come: “*Liquidity risk is the risk of loss to a Takāful undertaking arising from its inability either to meet its obligations or to fund increases in assets as they fall due without incurring unacceptable costs or losses*”. I problemi di liquidità, di natura volatili, possono sorgere in un fondo a causa dell'incapacità di disporre delle attività del fondo in modo ordinato e in tempo per soddisfare le richieste di indennizzo o i ritiri dei partecipanti a un fondo di rischio e d'investimento dei partecipanti, o, analogamente, di disporre delle attività del fondo degli azionisti per soddisfare le obbligazioni di quel fondo. L'incapacità dell'operatore di onorare le proprie obbligazioni in modo tempestivo può portare a una perdita di fiducia, danni alla reputazione, ritiro incontrollato dei partecipanti, controversie o azioni disciplinari, ognuna delle quali potrebbe minacciare la sopravvivenza

dell'impresa. Nei fondi di rischio e d'investimento dei partecipanti possono sorgere problemi di liquidità anche a causa, ad esempio, dei tempi di pagamento della commissione di Wakālah, o della politica dell'operatore *takaful* relativa alla distribuzione delle eccedenze. Le politiche su tali questioni dovrebbero essere sviluppate tenendo conto del fabbisogno di liquidità del fondo. Le potenziali azioni di gestione in caso di cristallizzazione del rischio di liquidità nel fondo di rischio dei partecipanti includono la possibilità di attingere a una linea di credito *Qard* (o qualsiasi altro mezzo di assistenza in materia di liquidità) dal fondo degli azionisti, se necessario previa approvazione dell'autorità di vigilanza della giurisdizione. Il rischio di liquidità può sorgere anche nel fondo degli azionisti, soprattutto in un'attività in espansione - ad esempio, se gli impegni su attività illiquide come edifici e computer sono anticipati rispetto alla ricezione dei contributi e quindi rispetto alle commissioni dell'operatore *takaful* per la gestione dell'attività di sottoscrizione. In questo caso c'è il rischio che il medesimo fondo venga meno ai propri debiti alla scadenza e per l'effetto può mettere anche a repentaglio la continuità della gestione dell'attività di sottoscrizione e l'adempimento di qualsiasi impegno finanziario, fornire un *Qard*, al fondo di rischio dei partecipanti se necessario. Pertanto, dovrebbero essere messe in atto adeguate politiche di gestione della liquidità e sottoposte a regolare valutazione per quanto riguarda la loro continua idoneità e adeguatezza a soddisfare i prevedibili fabbisogni di liquidità. Ad esempio, laddove le politiche di gestione della liquidità includano la dipendenza dalla capacità di raccogliere fondi attraverso le banche o i mercati dei capitali, l'operatore *takaful* dovrebbe includere piani di emergenza per gli scenari in cui le condizioni di mercato sono tali che le fonti non sono disponibili in termini pratici.

9.1.8. Il rischio legale e di *compliance*.

Lo standard IFSB/14 lo definisce come “*Legal and compliance risk is risk relating to the legal and regulatory implications arising from the TU's operational activities and dealings with its stakeholders, including both the possibility of adverse outcome of legal disputes or contractual difficulties and the consequences of failure to comply with requirements to which the TU is subject*”. L'operatore *takaful*, nello svolgimento dei suoi ruoli di gestore dei fondi rischi e investimento dei partecipanti deve assicurare

di svolgere i propri compiti in modo etico, secondo gli accordi contrattuali dell'impresa e nel rispetto dei requisiti legali e normativi locali. Oltre ad avere responsabilità e doveri fiduciari nei confronti dei partecipanti, l'operatore *takaful* ha la responsabilità nei confronti degli azionisti di cercare di ottenere un adeguato rendimento del loro capitale. Il rischio legale comprende anche il rischio di non conformità a leggi e regolamenti, e altri rischi relativi ai rapporti legali con le controparti - ad esempio, il rischio di essere trovati in violazione di obblighi contrattuali, o di non essere in grado di far valere un contratto, che può comportare un danno per l'impresa. L'operatore deve istituire e mantenere una funzione di *compliance* per l'impresa con il potere di verificare e riferire all'organo dirigente ogni mancanza che potrebbe implicare azioni disciplinari in caso di inosservanza di leggi e regolamenti. Pertanto, l'operatore dovrebbe stabilire procedure per la prevenzione, l'individuazione e la segnalazione di sospetti di riciclaggio, frode o altri reati finanziari, inclusa la violazione di regole internazionali. La gestione del rischio nell'industria del *takaful* è un'impresa ardua dato che i rischi esisteranno sempre nonostante gli sforzi per mettere in atto misure cauzionali. Per tale ragione l'operatore deve tenere una traccia documentale puntuale di tutte le politiche e strategie adottate per mitigare i rischi che possono danneggiare l'operativo dell'impresa *takaful* e la gestione del capitale.

9.2. Il contratto *Tabarru'*.

Il premio nell'assicurazione convenzionale è una prestazione pecuniaria, corrispondente alla valutazione economica dell'obbligo preso in carico dall'assicuratore, cioè il rischio che egli assume⁴⁷⁵, che l'assicurato corrisponde *ex ante* a favore dell'impresa assicurativa. La somma è individuata secondo tecniche di calcolo probabilistiche attinenti a un complesso di rischi della stessa natura⁴⁷⁶, in cambio di sicurezza e garanzia contro l'eventuale verificarsi di un evento futuro ed incerto, indicato nel contratto assicurativo. La *ratio* di tale accezione è condivisa da ambedue i modelli di protezione, vale a dire sia dall'assicurazione convenzionale sia dalla struttura *takaful*, poiché lo scopo principale è garantire tutela a soggetti bisognosi

⁴⁷⁵ V. SALANDRA, *Dell'assicurazione*, in *Commentario al Codice civile* (a cura di Scialoja-Branca), Bologna-Roma, 1966, p. 188.

⁴⁷⁶ A. DONATI, G. VOLPE PUTZOLU, *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 105.

di protezione. A dire il vero giova precisare che nella struttura *takaful* si suol utilizzare il lemma *tabarru'* o *hiba* per le ragioni che verranno spiegate di seguito.

9.2.1. Il carattere obbligatorio della partecipazione -*Tabarru'*- nella sharia: la qualificazione giuridica.

Il *Takaful* è strutturato intorno al concetto di donazione - *tabarru'* - che deriva dalla parola *tabarra'* che designa un contributo, dono, o carità, pietra angolare della beneficenza e della filantropia nella tradizione islamica e non solo. Tale soluzione è stata indicata dalla scuola malichita per ovviare al divieto del *gharar* (incertezza), poiché, come noto, la prestazione dell'assicuratore assume una duplice incertezza: la prima riguarda il momento della sua realizzazione, mentre la seconda riguarda il suo ammontare in quanto non commisurato ai premi riscossi. Tuttavia, è un tipo speciale di carità che rende il donatore un potenziale beneficiario della donazione stessa. Si può affermare comunque e senza preamboli, nonostante la peculiarità caritatevole del contributo -*tabarru'*- che esso sia obbligatorio, in conseguenza del diritto di ricevere una copertura che mitiga i danni patrimoniali derivanti dal verificarsi di un sinistro. Pertanto, sorgono spontaneamente degli interrogativi: *in primis* ci si chiede come viene qualificato giuridicamente il *tabarru'*. In secondo luogo, ci si domanda se il contratto *tabarru'* trova applicazione nel mercato domestico e, infine, cosa accadrebbe in caso di mancato pagamento del medesimo.

Come si è detto in precedenza, l'assicurato versando il contributo al fondo *takaful* oltre a prestare il suo consenso alla *policy* di gestione del fondo da parte dell'operatore *takaful* -impresa *takaful*- diventa membro della collettività dei sottoscrittori titolari del fondo. Nella struttura *takaful* la qualità di socio e la qualità di assicurato fanno capo alla medesima persona, poiché il rischio individuale viene trasferito ai membri del *background* dove viene supportato dalla collettività nella misura in cui ogni singolo membro presta reciproco aiuto e assistenza. La partecipazione al fondo deve essere qualificata giuridicamente come 'donazione' cosicché in caso di non verifica del rischio assicurato risultante nella polizza, il contratto *takaful* sarà sharia compliant poiché concorde al divieto di ricevere un beneficio patrimoniale ingiustificato come l'usura o l'interesse, un divieto coranico (come è stato ampiamente spiegato nel

capitolo I), vale a dire che il vantaggio patrimoniale acquisito dall'impresa assicurativa a seguito della mancata verifica del rischio e senza l'impiego di alcun sacrificio economico è vietato dalla legge islamica in quanto genera un'asimmetria patrimoniale tra i contraenti⁴⁷⁷.

Pertanto, il contributo nell'assicurazione islamica non può che essere una donazione per essere conforme ai postulati sharaitici, affinché siano offerti servizi di protezione alla “*Ummah Al-Islamiya*”.⁴⁷⁸ La dottrina islamica in merito è concorde nel ritenere che la struttura contrattuale del *takaful* si regge sul versamento delle donazioni da parte dei contribuenti ad un fondo in ottica mutualistica e solidaristica e senza le quali l'indennizzo non sarebbe giustificato, vale a dire nel caso in cui si verifica il rischio assicurato, i soci (la posizione di socio compendia le due qualità di socio e di assicurato), ricevono dal fondo, costituito dalle donazioni che essi hanno versato, l'indennizzo ai danni patrimoniali subiti nei limiti di quanto previsto dal regolamento della compagnia *takaful* accettato al momento della sottoscrizione della polizza, nonché comprovato con il versamento del conferimento volontario nelle scadenze prestabilite⁴⁷⁹.

Ebbene, si può evincere sin d'ora che la struttura contrattuale dell'impresa *takaful* è supportata da due accordi unilaterali:

1. Una donazione *-tabarru'-* effettuata da parte del partecipante (assicurato) a favore del fondo, l'equivalente del premio di un'assicurazione convenzionale.
2. Una seconda donazione *-tabarru'-* questa volta da parte del fondo a favore dell'assicurato/partecipante avente come oggetto l'indennizzo.

Ora, tuttavia, si pone il problema di qualificare la donazione nella tradizione giuridica islamica e in particolar modo nella contrattualistica islamica. La donazione “*tabarru*” o “*hibah*” è una liberalità avente come oggetto un bene o un diritto di godimento

⁴⁷⁷ Cor. 2, 278 “*O voi che credete, temete Allah e rinunciate ai profitti dell'usura se siete credenti*”.

⁴⁷⁸ Tale conclusione è stata approvata dal Consiglio degli studiosi senior islamici, *Majlis Hay'at Kibar al-'Ulama*, nel 1976; esso è stato istituito nel 1971 in Arabia Saudita con l'obiettivo di fornire consulenza su questioni religiose in Arabia Saudita e dall'Islamic Fiqh Academy nel 1985, quest'ultima è stata fondata nel 1981 in Arabia Saudita con l'obiettivo di rendere risoluzioni e studio approfondito della giurisprudenza islamica (*Fiqh*).

⁴⁷⁹ A. NEHMÉ, *op. cit.*, p. 62; A.M. QURRADAGHI, *op. cit.*, p. 173

temporaneo o vitalizio conforme ai principi etico-religiosi prescritti dalle fonti religiose; il binomio “generosità e carità” secondo la tradizione islamica è una delle virtù fondanti dell’essere un buon credente poiché incoraggia la fratellanza e la solidarietà tra i membri della comunità musulmana e a sostegno di ciò si richiama il *hadith* secondo cui “*al-yad al-‘ulyà hayr min al-yad as-suflà*” letteralmente significa che “la mano che sta sopra è migliore di quella che sta di sotto”, cioè la mano che dà è migliore di quella che riceve⁴⁸⁰. L’importanza di tale insegnamento vale a dire la condivisione in ottica solidaristica emerge altresì dall’accoglienza fatta dai Medinesi agli emigrati meccani nel 622 d.c. mettendo a disposizione i propri beni.

La prescrizione dell’atto di carità verso chi si trova in uno stato di bisogno si rinviene altresì in un versetto del Corano dove il musulmano deve aiutare chi ha bisogno per amore di Allah: *Cor. 2,177 “La carità non consiste nel volgere i volti verso l’Oriente e l’Occidente, ma nel credere in Allah e nell’Ultimo Giorno, negli Angeli, nel Libro e nei Profeti e nel dare, dei propri beni, per amore Suo, ai parenti, agli orfani, ai poveri, ai viandanti diseredati, ai mendicanti e per liberare gli schiavi; assolvere l’orazione e pagare la decima. Coloro che mantengono fede agli impegni presi, coloro che sono pazienti nelle avversità e nelle ristrettezze, e nella guerra, ecco coloro che sono veritieri, ecco i timorati”*. Il medesimo principio viene richiamato in diversi *ahadith*, come un *hadith* riportato da Asmaa' raccontava che il profeta Maometto disse: “*Date (in carità) e non date a malincuore per timore che Allah vi dia una somma limitata; e non trattenete il vostro denaro per timore che Allah ve lo trattenga*” (Sahih Al-Bukhari). Giuridicamente la liberalità “*‘atiyyah*”, secondo l’eminente giurista Ibn ‘Arafah “è l’atto con cui taluno aliena spontaneamente un valore patrimoniale a beneficio altrui, senza corrispettivo”⁴⁸¹. Pertanto, la liberalità può avere come oggetto o uno scopo pio oppure essere fatta *intuitu Dei* e in questo caso è denominata ‘*sadaqah*’ -elemosina- oppure infine essere fatta *intuitu personae* per procurare un incremento patrimoniale a una persona considerando le qualità di esse, ovvero ad un ente noto e in questo caso è qualificata come ‘*hibah*’ – donazione -. La donazione “*tabarru*” nel diritto islamico è un contratto di carità, una dichiarazione unilaterale, l’opposto del

⁴⁸⁰ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, cit., pp. 397-412.

⁴⁸¹ *Ivi*, p. 398

contratto commutativo “*‘aqd mu’awadah*”, ove taluno arricchisce un’altra persona disponendo a suo favore di un suo diritto o beni o danaro senza alcun corrispettivo specifico in cambio⁴⁸². Tale definizione non si discosta dal tenore letterale dell’art. 769 cod. civ. italiano. Gli elementi essenziali della donazione sono le parti (donante “*wahib*” e donatario “*al-mawhub lahu*”), l’oggetto, e infine la forma (le modalità di manifestazione della volontà e l’accettazione). Il donante deve essere capace d’intendere e di volere. Tuttavia, in assenza della capacità non è sufficiente la presenza di un tutore o curatore, poiché quest’ultimo ha il solo compito di conservare e preservare il patrimonio. Il malato grave e la donna maritata non possono donare oltre il terzo del loro patrimonio, diversamente l’eccedenza deve ottenere il benestare degli eredi poiché la rescindibilità dal contratto è operata solo nel loro interesse. Il donatario al pari del donante deve essere capace di ricevere la donazione. Difatti la donazione a favore del nascituro è sospesa fino alla sua nascita vivo. Pertanto, gli effetti della donazione cambiano se fatta ad un incapace o ad un soggetto minore di età, vale a dire se l’oggetto è una prestazione lucrativa oppure l’adempimento di un onere o di un’obbligazione; nel primo caso è sufficiente l’accettazione del donatario mentre nel secondo caso è richiesta l’accettazione del tutore leale⁴⁸³. L’oggetto della donazione deve essere un effettivo arricchimento, pertanto, innanzitutto deve essere una prestazione conforme alla sharia (è vietato donare il vino o la carne suino); deve far parte del patrimonio del donante poiché non si potrebbe trasferire i beni altrui; e infine l’effettiva disponibilità del bene (è vietato donare per esempio i beni costituiti in *waqf* o *hubus* una forma di liberalità a scopo pio-beni generalmente immobili trasferiti a fondazione pia islamica con lo scopo di gestirli a servizio dei bisognosi- oppure i beni sottoposti a pignoramento)⁴⁸⁴. Tuttavia, i malchiti per quanto attiene all’oggetto della donazione tollerano un margine di indeterminatezza o di alea (come per esempio la donazione di un credito che vale come liberazione del debito in questo caso è sufficiente che il debitore riconosca per creditore il donatario, una quota indivisa di un bene, e un diritto di godimento temporaneo o vitalizio ...etc), diversamente da quanto si verifica nei contratti commutativi ove l’oggetto deve essere determinato, certo e

⁴⁸² A. MEZOUAR, *Étude sur les actes arabes au Maroc*, Imp. Réunies, Casablanca, 2014, p.32.

⁴⁸³ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, *cit.*, p. 399.

⁴⁸⁴ *Ivi.*, p. 400.

privo di alea, poiché per il donatario la liberalità è un acquisto puramente lucrativo e nel caso in cui si verifica un evento fortuito il donatario non risentirebbe nessuna diminuzione del suo patrimonio⁴⁸⁵. La volontà del donante può essere espressa o verbalmente o per iscritto. La dichiarazione deve essere puntuale e priva d'equivoco. Tuttavia, è possibile considerare le circostanze per interpretare la volontà tacita o equivoca⁴⁸⁶. La donazione si perfeziona con l'accettazione fatta con l'*animus possidendi*, vale a dire con l'intenzione di entrare in possesso del vantaggio, senza la quale la formazione della donazione non si perfeziona. Tuttavia, la mera accettazione da sola non è sufficiente, ma è necessario l'effettivo trasferimento del bene nel patrimonio del donatario, secondo i malichiti, cosicché produce i suoi effetti *erga omnes*. La presa in possesso potrebbe verificarsi anche con un atto di disposizione sul bene da parte del beneficiario-donatario mediante atto pubblico o in presenza di testimoni. In tal senso Az-Zurqani nel suo commento all'al-Muwatta' dice che: *"la donazione è obbligatoria (cioè non è lecito alle parti) in virtù della dichiarazione delle parti (o consenso) ("talzamu bi- 'l-qawl), ma è integrata (solo) dalla presa di possesso ("wa innama tatimmu bi- 'l-hiyazah")*". A titolo di esempio, gli Sciafiiti considerano sufficiente il trasferimento della cosa oggetto della donazione al fine del perfezionamento della liberalità; questa visuale ci avvicina alla complessità del diritto nella tradizione islamica⁴⁸⁷. I dotti islamici del *madhab* malichita hanno individuato nel contratto di donazione la soluzione giuridicamente legittima per ovviare al problema dell'incertezza "*gharar*", sussistente nel contratto assicurativo tradizionale, poiché quest'ultimo non vizia i contratti a titolo gratuito ove emerge lo spirito di liberalità. È lo stratagemma legale *-hiyal-* per avvicinare lo spirito della sharia. Il "*Tabarru*" è un principio di responsabilità e garanzia condivisa che sottolinea esplicitamente che il danaro raccolto deve essere utilizzato per assistere i membri del fondo: *"i compagni che hanno bisogno di assistenza secondo i termini concordati, purché questi termini non siano in conflitto con la sharia"*. Nella struttura del *Takaful*, il "*tabarru*" è un contratto in cui un partecipante accetta di donare una percentuale

⁴⁸⁵ *Ibidem*. Secondo la scuola Sciafiita si può donare solamente un oggetto suscettibile di vendita tuttavia si può donare un valore minimo sebbene non costituisca l'oggetto di una vendita valida.

⁴⁸⁶ La scuola Malichita, di comune uso, richiede oltre l'atto scritto la presenza di due testimoni. Tuttavia, non sono necessari a pena di validità dell'atto.

⁴⁸⁷ D. SANTILLANA, *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita*, II, *cit.*, p. 403.

predeterminata del suo contributo a un fondo *Takaful* per fornire assistenza agli altri partecipanti. In questo modo egli adempie al suo obbligo di garanzia congiunta e di aiuto reciproco nel caso in cui un altro partecipante subisca una perdita. Questo concetto elimina altresì il gharar “*alea o incertezza*” dal contratto *Takaful* definita da L. Milliot come : « *Sa prohibition est fondée sur l’immoralité du gain que ne justifie pas le travail, (...), sur le danger de la spéculation sur certaines denrées de première nécessité en vue de leur accaparement, dans un pays dont la population est toujours à la veille de la famine*»⁴⁸⁸. Data la volontarietà della prestazione è difficile considerare il *tabarru’* obbligatorio. La tradizione giuridica islamica tuttavia riconosce la donazione con apposizione di condizione “*iltizam bil-tabarrou*” dove il donatario s’impegna al compimento di una prestazione. Dove il donante s’impegna a donare a condizione che il donatario estingua tutti i suoi debiti contratti prima della donazione. A tale condizione è subordinata l’efficacia del contratto⁴⁸⁹. Pertanto, i dotti islamici sono unanimi nel considerare il contributo al *takaful* come “*iltizam bil-tabarrou*”. Il partecipante, sottoscrittore della polizza, versa il contributo in forma di donazione “*tabarru’*” e il fondo, formato dalla totalità dei versamenti effettuati per suo conto, s’impegna a coprire i rischi garantiti contenuti nel contratto *takaful*⁴⁹⁰.

In realtà facendo il confronto tra il premio, vale a dire il corrispettivo calcolato e determinato in base ai rischi assunti dall’assicuratore nell’assicurazione convenzionale, e il *tabarru’* nel *takaful* sussistono soprattutto elementi di convergenza piuttosto che di divergenza. In entrambe le strutture dal momento della sottoscrizione l’assicurato è obbligato a pagare l’ammontare prestabilito nel contratto. Parallelamente, come nell’assicurazione convenzionale l’impresa *takaful* s’impegna a garantire una copertura del rischio oggetto del contratto assicurativo. Pertanto, il *tabarru’* è appropriatamente qualificato come “un impegno di dare”, il che legittima la richiesta di adempimento dell’operatore a nome del fondo, ossia l’adempimento del contribuente verso il fondo *takaful* in conformità a quanto è stato concordato nel contratto. In tal modo il contratto *takaful* contiene un’assunzione di debito avente come

⁴⁸⁸ L. MILLIOT, *Introduction au droit musulman*, Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 647.

⁴⁸⁹ A. NEHME, *op. cit.*, p. 63

⁴⁹⁰ T. FRENZ, Y. SOUALHI, *Takaful & Retakaful, advanced principles and practices*, 2 ed., IBFIM, Kuala Lumpur, 2010, p.67.

oggetto il pagamento di contributi futuri. Analogamente l'impresa *id est* il fondo *takaful*, a sua volta, assume l'impegno di dare al contribuente l'eventuale indennizzo nel caso in cui si verifichi l'evento futuro e incerto. Difatti, nell'impegno *tabarru'* la prestazione di trasferimento della proprietà si realizza con l'effettivo pagamento e non con l'obbligo di pagamento⁴⁹¹. Ne consegue che il contratto *takaful* si regge sull'obbligo assunto di pagare il contributo, considerato un *tabarru'* -donazione- all'origine poiché è lo strumento utile per ovviare al divieto del *gharar* secondo la scuola Malichita. Pertanto, l'obbligazione assunta nel contratto *takaful* muta l'atto di liberalità in una obbligazione di dare, di pagare la partecipazione, per ricevere in cambio la tutela contro i rischi sottoscritti da tutti i membri del *pool*.

Il *tabarru'* dunque è l'accordo con il quale un partecipante rinuncia, come nella donazione, a una certa quota del contributo *Takaful* che egli accetta e si impegna a versare, che gli consente così di adempiere al suo obbligo di aiuto reciproco e di garanzia congiunta, nel caso in cui uno dei suoi colleghi partecipanti subisca una perdita⁴⁹². Il *tabarru'* o "*iltizam bil-tabarrou*" richiama la donazione, cioè un contratto con il quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore della medesima di un suo diritto o assumendo verso la stessa un'obbligazione. Pertanto, la *ratio* del contratto di donazione è arricchire un altro soggetto, per cui una volta conclusa essa è, di norma, irrevocabile per opera di una delle parti. Gli elementi essenziali della donazione sono due: lo spirito di liberalità e l'arricchimento del donatario. Il *tabarru'* segue in un certo senso lo schema della donazione manuale cd. Donazione di modico valore di cose mobile. La donazione manuale è una liberalità che si realizza con la *traditio* materiale del bene oggetto della donazione dal donante al donatario. Quindi la proprietà di un bene può essere trasferita validamente a titolo gratuito mediante la sola consegna effettuata con lo spirito di liberalità senza la prescrizione di alcuna ulteriore forma. La donazione della partecipazione *takaful* si fa mediante la semplice rimessa della somma di partecipazione alla cassa dei partecipanti che diventa la proprietaria e il contratto *takaful* è concluso. Si è tentato di assimilare il

⁴⁹¹ T. FRENZ, Y. SOUALHI, *op. cit.*, p. 135.

⁴⁹² A. SHAKEEL, H. K. PRADHAN, A. IRSHAD, *Islamic Banking and Financial Systems: Future Strategies for Facing the Challenges Towards Market Leadership*, 2012, pp. 128-129. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2008886>

contributo nel *takaful* alla nozione di promessa di dono. Ma questa donazione non è una promessa di donazione nulla, dato che il partecipante, assicurato, s’impegna a pagare i premi alla loro scadenza nella forma di dono. Nel diritto positivo “la promessa di donazione può essere concluso con scrittura privata nell’attesa dell’istituzione dell’atto notarile richiesto (necessario) pena la nullità della liberalità”. Nel diritto positivo la promessa di donazione non è vincolante, difatti, se il donante fa dietrofront dopo la manifestazione del suo impegno a donare, il suo ripensamento è legittimo e il donatario non può rivendicare alcunché benché avesse fatto affidamento sulla parola ricevuta. Non rileva la forma adottata e di conseguenza finché non viene materialmente realizzata (stipula del contratto, consegna materiale del bene) il donante può ben ripensarci e rimangiarsi la parola senza subire alcuna conseguenza legale. La promessa di donazione in riferimento al diritto positivo rimane senza effetto giuridico finché è conclusa in via privata oppure fin tanto che la cosa oggetto di una promessa di donazione manuale non è stata trasmessa. Lo stesso orientamento è riservato al preliminare di donazione in quanto l’atto di liberalità è un *actus legitimus* che non ammette preliminare e “l’obbligarsi a donare” farebbe venire meno la spontaneità dell’attribuzione che è una peculiarità della donazione⁴⁹³. L’orientamento maggioritario ritiene inammissibile il contratto preliminare di donazione per inconciliabilità logico-giuridica tra la causa liberale del negozio di donazione e quella obbligatoria del contratto preliminare⁴⁹⁴. In merito le Sezioni Unite avevano affermato che “È nulla – si afferma- la convenzione che contenga una promessa di attribuzione dei propri beni a titolo gratuito, in quanto con essa si viene a costruire a carico del promettente un vincolo giuridico a donare, il quale si pone in contrasto con il principio secondo cui nella donazione l’arricchimento del beneficiario deve avvenire per spirito di liberalità, in virtù, cioè, di un atto di autodeterminazione del donante, assolutamente libero nella sua formazione”⁴⁹⁵. L’indirizzo seguito della Corte di legittimità in merito alla promessa di donazione già da tempo afferma che “una

⁴⁹³ Cass. civ., sez. I, sent. 18 dicembre 1996, n. 11311; Cass. civ., sent. 12 giugno 1979, n. 3315; Cass. civ., sent. 13 dicembre 1975, n. 4153; Trib. Verona, sez. civ., sent. 13 giugno 2000; da ultimo Cass. civ., sent. 8 giugno 2017, n. 14262.

⁴⁹⁴ C.M. BIANCA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2000, p. 182 ss.; R. MADDALUNA, *Contratto preliminare di donazione: la Cassazione sulla sua (in)ammissibilità*, pubblicato in www.diritto.it – *Diritto&Diritti* nel gennaio 2018.

⁴⁹⁵ Cass., sent. 12 giugno 1979, n. 3315; Cass. civ. SS. UU., sent. 15 dicembre 1975, n. 4153; G. CHINÈ, M. FRATINI, A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, VIII, Roma, 2016-2017, pp. 556-557.

promessa di donazione non è giuridicamente produttiva di obbligo a contrarre, perché la coazione all'adempimento, cui il promittente sarebbe soggetto, contrasta con il requisito della spontaneità della donazione, il quale deve sussistere al momento del contratto"⁴⁹⁶. Per contro, nel diritto islamico "*la promessa lega colui che la fa*", la promessa di donazione produce effetti giuridici come l'obbligazione di eseguire la donazione. Quindi il partecipante, colui che fa promesse, è obbligato dalla sharia a pagare il premio e può essere chiamato dinanzi al tribunale per inadempimento della promessa di donazione contenuta nel contratto *takaful*. Nella Sharia, il contratto *takaful* è sottoscritto tra i partecipanti e l'impresa assicurativa islamica. Si tratta di una scrittura privata conforme ad una promessa di donazione nel diritto positivo. Per far sì che questa polizza *takaful* produca degli effetti giuridici sul piano domestico conformemente al diritto positivo, la compagnia assicurativa islamica deve rispettare l'*iter* sia per l'autenticazione dell'atto dinanzi al notaio sia per l'incasso della totalità del premio come per l'esecuzione di una donazione manuale. In questo modo, la compagnia *takaful* sfuggirà alla critica dei sostenitori del diritto positivo che considerano l'atto nullo in assenza di autenticazione oppure esecuzione del dono manuale. Se il contributo nel *takaful* è considerato, prima della conclusione del contratto, come una promessa di donazione manuale, si avrà una donazione realizzata, effettiva, quando l'assicuratore accetta e riceve la somma del premio (contributo). La donazione manuale non può esistere se non nel caso in cui il donatario sia messo in possesso immediato e reale dell'oggetto donato. È evidente che la donazione manuale con termine oppure con condizione sospensiva non è valida e ne costituisce una semplice promessa di donazione. Tale promessa si realizzerà e diventerà un dono manuale se, al termine indicato oppure con l'avverarsi della condizione, il donatario accetti la liberalità e riceva effettivamente l'oggetto donato, ma fino a quel momento non c'è un dono manuale.

Per far sì che la partecipazione di un contratto *takaful* sia recepita nel diritto positivo, bisogna assimilarla alla promessa di donazione manuale. Tale promessa di pagare la

⁴⁹⁶ Cass. civ. SS. UU., sent. 18 dicembre 1975, n. 4153; Cass. civ., sez. III, sent. 8 giugno 2017, n. 14262 a mente della quale la cessione della proprietà non può essere legittimamente qualificata "preliminare di donazione" pena la sua insanabile nullità, "*essendo la donazione actus legitimus che non ammette preliminare*"; da ultimo Cass. civ., sez. II, sent. 4 marzo 2020, n. 6080.

partecipazione diventa una donazione effettiva quando l'assicuratore accetta e riceve questa donazione, che rappresenta la totalità del premio. In questo caso l'operazione di *takaful* sarà conforme al diritto positivo e alla legge islamica cosicché il contratto produrrà i suoi effetti in ambedue i diritti. Dire che la partecipazione è la contropartita della prestazione assicurativa versata all'assicurato in caso di sinistro richiama la nozione della donazione manuale con onere. Nel diritto positivo "la donazione manuale è valida dal momento in cui l'oggetto donato è realmente consegnato al donatario "*animus donandi*". L'obbligazione imposta dal donante al donatario di sopportare un onere, per esempio versare annualmente una rendita vitalizia, non impedisce in nessun modo la consegna reale effettiva e non annulla l'*animus donandi*. Da allora, il trasferimento a titolo gratuito si realizza, la donazione manuale si realizza, ma sotto la condizione risolutiva dell'esecuzione degli oneri imposti dal donatore. Lo stesso concetto si applica nella sharia nei contratti d'assicurazione islamica. Il donatario, l'assicuratore s'impegna a pagare le prestazioni in caso di sinistro al donatore, assicurato, ma nel caso in cui questa prestazione non viene eseguita in caso di sinistro, il contratto si risolverà e l'assicuratore dovrà pagare i danni-interesse per mancata esecuzione dell'onere (del suo obbligo). Il contributo è un bene che viene dato e non prestato nell'assicurazione *takaful*. Il partecipante si spoglia della proprietà del premio/ contributo a favore del fondo *takaful*. Tale donazione non è incompatibile con la qualificazione di questo contratto in un contratto assicurativo perché sussiste una controparte. Oppure, se si preferisce la partecipazione per l'assicuratore *takaful* è il mezzo per coprire il rischio. I dotti islamici hanno riconosciuto al contributo la qualificazione di donazione affinché il contratto *takaful* non fosse dichiarato invalido in quanto non conforme alla sharia perché contiene l'elemento del *gharar* vietato dalla stessa. L'istituto della donazione supera il problema del *gharar*. Nel caso in cui il socio non paga il contributo l'impresa assicurativa sospende la copertura assicurativa. La prassi del *takaful* e le raccomandazioni degli Standards AAOIFI prescrivono, come spiegato, il carattere obbligatorio del contributo. Lo standard n. 26 dell'AAOIFI nel punto 8.2 dispone che in caso di mancato o ritardo nel pagamento della partecipazione

entro il termine stabilito nel contratto, è diritto dell'impresa assicurativa risolvere la polizza oppure intimare al contribuente di adempiere attraverso le vie giudiziarie⁴⁹⁷.

Difatti, le compagnie *takaful* applicano tale norma ai contratti *takaful* in caso di mancato pagamento dei contributi. Per esempio, le imprese assicurative *takaful* applicano da un lato la norma testé citata e, dall'altro, il diritto positivo del luogo dove opera la compagnia. Di norma il contenuto è identico in ambedue i sistemi⁴⁹⁸.

Il Corano esorta l'adempimento degli impegni assunti e tale prescrizione è sottolineata da Sura Al-Mâ'ida "O voi che credete, rispettate gli impegni". Tale passaggio annuncia il principio secondo cui « *respect de toutes les conventions, contrats, ententes, traités, et engagements, lesquels sont tous inclus dans le sens du mot « ouqoud » (singulier aqd, un lien), et de tous les commandements divins donnés pour le bienêtre de l'individu et de la société, l'engagement constitue la toute première obligation des relations sociales. Le mot comprend les ententes imposées par Dieu de même que les ententes mutuelles faites par les hommes (LL). Ainsi, on enseigne ici le respect de la loi, religieuse aussi bien que temporelle* »⁴⁹⁹. Dal dettato del versetto si evince che la legge islamica impone ai credenti di adempiere a tutti i loro impegni, è un dogma di Allah contenuto nel Corano. Ne consegue che il mancato pagamento del premio è un obbligo a carico dell'assicurato nel contratto assicurativo *takaful* che implica il non rispetto dei contratti e impegni così come la sharia e i dogmi divini. Pertanto, l'assicurato che non adempia alla sua prestazione contenuta nel contratto *takaful* sottoscritto, è soggetto a duplice sanzione. La prima sanzione è dovuta per il mancato rispetto del principio coranico, della parola di Allah, e la seconda è una sanzione temporale, vale a dire la risoluzione del contratto ovvero la citazione in giudizio per il mancato pagamento dei contributi. Considerando quanto spiegato sin qui è possibile dedurre delle analogie tra i premi e le partecipazioni. Il premio come la

⁴⁹⁷ Finance Islamique, les Normes de Conformité de l'AAOIFI, vol. 1, Paris, 2013, p. 292 : « *Le versement des cotisations aux échéances convenues. A défaut de paiement de la cotisation, ou en cas de retard du paiement, l'assureur a le droit de résilier le contrat ou de poursuivre son exécution en justice* ».

⁴⁹⁸ Per esempio, la Compagnia Al-Aman Takaful Insurance (ATI) a Beirut prevede come clausola nei suoi contratti *takaful* che il partecipante in caso di mancato pagamento, la compagnia ha il diritto di risolvere il contratto ai sensi degli artt. 975 e 1012 del codice delle obbligazioni e dei contratti libanesi. Si veda, A. NEHMÉ, *op. cit.*, p. 66

⁴⁹⁹ M. M. ALI, *Le Qur'an Sacre, Al-Ma'idah*, G. VALOIS (tr. fr.), Canada, 1990, p. 239.

partecipazione diventano obbligatori solamente dopo la conclusione del contratto. Il mancato pagamento di questi dà il diritto all'assicuratore di chiedere la risoluzione del contratto e l'instaurazione di azione di recupero del credito nell'assicurazione convenzionale. Gli stessi strumenti si applicano anche all'assicurazione *takaful*.

9.2.2. Il metodo di calcolo delle partecipazioni -*Tabarru'*- nella struttura *takaful*.

Il metodo di calcolo del *tabarru'* è analogo a quello adottato per quantificare l'ammontare del premio nell'assicurazione convenzionale che è composto dal rischio (la probabilità che un sinistro si verifichi), premio puro, premio netto, i vari caricamenti e il premio finale. L'ammontare del premio puro nell'assicurazione *takaful* è calcolato nello stesso modo, cioè facendo una valutazione del rischio oggetto della copertura assicurativa e rispettando i criteri attuariali *rectius* il calcolo delle probabilità⁵⁰⁰. Difatti, la norma 7.2 delle linee guida AAOIFI dispone che « *la participation peut etre calculée selon les principes actuariels basés sur les techniques statistiques en considérant la nature fixe ou variable du risque, la proportionnalité de la participation avec le risque, sa forme, sa durée et la somme assurée* »⁵⁰¹. Pertanto, l'ammontare della partecipazione può essere definito secondo i principi attuariali che si reggono sui fondamenti tecnici statistici, tenendo in considerazione il rischio che può essere fisso o variabile e il principio di proporzionalità tra il contributo e il medesimo rischio, sua natura, durata e l'ammontare della prestazione. Il surplus generato dagli investimenti ricavati dai contributi versati al *fondo takaful* nell'assicurazione islamica se sono dovuti a seguito di attività non conforme alla sharia non possono far parte della partecipazione. Tuttavia, se l'attività fosse conforme alle prescrizioni della legge islamica, i guadagni sarebbero considerati nel calcolo del contributo⁵⁰². Ne consegue che il calcolo del premio nell'assicurazione *takaful* e in quella convenzionale hanno più punti simili che difformi. Nell'assicurazione *takaful* non sussiste differenza tra premio netto e totale. Il calcolo del premio netto si regge sul calcolo della somma del premio puro con le spese, le tasse, oltre ai profitti derivanti

⁵⁰⁰ T. FRENZ, Y. SOUALHI, *op. cit.*, p. 250 ss.

⁵⁰¹ Finance Islamique, les Normes de Conformité de l'AAOIFI, vol 1, Paris, 2013, p. 291.

⁵⁰² A. NEHME, *op. cit.*, p. 68

dall'investimento. Infine, nonostante la sua qualificazione giuridica come dono nel *takaful*, il contributo è obbligatorio poiché in caso di mancato o ritardo nel pagamento si avrà la risoluzione o l'esecuzione per vie giudiziarie.

9.3. La struttura dei Fondi nel *Takaful*.

Tutti i partecipanti (assicurati) accettano di garantirsi a vicenda pagando un contributo -*Tabarru'* - ad un fondo comune o pool, a cui consegue l'istituzione del fondo *Takaful*. L'ammontare del contributo che il partecipante deve versare è basato sul tipo di copertura richiesta e sulla sua situazione personale. Come nell'assicurazione convenzionale, il contratto *Takaful* deve indicare dettagliatamente la natura del rischio da coprire e la durata di copertura. Il fondo *Takaful* è gestito e amministrato per conto dei contribuenti da un *takaful* operator che addebita al fondo una somma concordata a priori per coprire i costi e le spese di gestione. Questi costi includono i costi di vendita e marketing, sottoscrizione e gestione dei sinistri. Pertanto, gli eventuali reclami presentati dai partecipanti vengono pagati dal fondo *Takaful* e qualsiasi eccedenza rimanente, dopo aver accantonato il probabile costo di sinistri futuri e altre riserve tecniche, appartiene ai contribuenti al fondo, e non all'operatore *Takaful*. L'eccedenza può essere distribuita tra i partecipanti sotto forma di dividendi, in alternativa riduzione dei contributi futuri.

L'originalità di una società *Takaful* sta in primo luogo nel fatto che la gestione è schematicamente suddivisa tra due fondi, il fondo *Takaful* e il fondo d'investimento, con una separazione netta che impedisce qualsiasi flusso o scambio da un fondo all'altro⁵⁰³.

⁵⁰³ Le nomenclature associate al fondo possono variare da paesi a paesi. In Malesia in riferimento al rischio relativo alle persone *family takaful*, si parla in questo caso di "fondi dei partecipanti" oppure "fondi di partecipazione" e "fondi speciali dei partecipanti". Les dénominations de ces fonds peuvent varier selon les pays. Ainsi, en Malaisie et s'agissant des risques relatifs aux personnes (*family takaful*), on parle de « fonds des participants » (ou « fonds de participation ») et de « fonds spécial des participants ».

9.3.1. Fondo *Takaful*.

Il fondo *Takaful* è di proprietà dei contribuenti ed è composto dalle partecipazioni versate dagli aderenti alla struttura *Takaful*. Pertanto, è ovvio che il fondo *takaful* è un fondo separato che non è nella titolarità del *takaful* operator o ai suoi azionisti. In generale, il fondo è di proprietà di tutti i partecipanti che hanno donato contributi finanziari al fondo. A seconda del contratto di gestione tra i partecipanti al *takaful* e al *takaful* operator, il fondo sarà gestito dall'operatore *takaful* (analogo ad un gestore che, tuttavia, non assume alcun rischio differenziandosi perciò da una compagnia assicurativa occidentale) o come agente (*wakeel*) per i partecipanti al *takaful* o come manager o imprenditore (*mudarib*), o come agente e imprenditore. In tutti gli scenari, l'operatore *takaful* non avrà alcun diritto di proprietà sul fondo. L'operatore *takaful* avrà solo il diritto di richiedere al fondo il pagamento di commissioni o di quote di profitto o di entrambi, a seconda dei casi. Sorge però il seguente interrogativo: i partecipanti sono davvero i proprietari del fondo *takaful*? Per rispondere a questa domanda, è opportuno mettere in relazione la domanda con la prassi di mercato per affrontare le questioni poste dagli elementi fattuali. Per quanto riguarda il general *takaful*, la politica del *takaful* sembra considerare tutto il "premio" o il contributo dei partecipanti come una donazione. Ogni singola donazione è un vero e proprio dono ad un altro soggetto che ne è il destinatario senza alcun compenso. Letteralmente, ogni partecipante ha perso la sua proprietà individuale per i contributi versati. Tuttavia, a causa del concetto di donazione condizionata i partecipanti sono collettivamente proprietari del fondo *takaful* e hanno diritti individuali sul fondo secondo i termini e le condizioni della loro polizza *takaful* (che copre, tra l'altro, l'importo della donazione, i diritti da pagare dal fondo *takaful* e i diritti sull'eccedenza di sottoscrizione). Si può concludere dicendo semplicemente che, sebbene i partecipanti non abbiano alcun diritto di proprietà individuale sul fondo *takaful*, hanno il diritto di rivendicare dal fondo quanto hanno versato solo nei casi previsti nell'atto di donazione (o, piuttosto, nello schema della polizza *takaful*)⁵⁰⁴. La questione è un po' più complessa nel *family takaful*, dove un elemento di risparmio integra la protezione dal rischio. La pratica di

⁵⁰⁴ M. D. BAKAR, *Shari'ah Principles Governing Takaful Models, in Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009, p. 38.

questo schema di takaful sembra considerare i contributi dei partecipanti più come un investimento che come una donazione. Il motivo è che solo una parte (di solito molto più piccola) del contributo sarà destinata alla protezione dal rischio e quindi ha le stesse qualità delle donazioni takaful. Gli importi rimanenti (di solito maggiori) del contributo saranno gestiti come investimento per generare ritorni per i partecipanti. Essi costituiscono un fondo separato con assegnazioni specifiche ai singoli partecipanti nei cosiddetti conti di investimento dei partecipanti. A tutti gli effetti, la proprietà di questi fondi non è collettiva, ma rimane ai singoli partecipanti e non viene trasferita a terzi⁵⁰⁵.

In entrambi i rami, general e family takaful, il diritto di proprietà sul fondo takaful non è mai stato trasferito all'operatore takaful. Pertanto, in caso di liquidazione dell'operatore takaful, va ribadito che i creditori di quest'ultimo non hanno alcun diritto di attingere al contenuto del fondo takaful, in quanto queste non fanno parte del patrimonio dell'operatore takaful. Lo stesso principio si applica in caso di eccedenze di sottoscrizione, per cui tutte le eccedenze (se non sono conservate nelle riserve a fini di solvibilità) devono essere distribuite esclusivamente tra tutti i partecipanti in proporzione. I partecipanti possono, tuttavia, concordare nella politica takaful un altro accordo che obbliga tutti i partecipanti ad assegnare una parte dell'eccedenza di scrittura all'operatore takaful come commissione di performance. Possono anche concordare di creare una riserva dal surplus di sottoscrizione, oppure possono concordare di cedere il surplus di sottoscrizione a un'organizzazione caritatevole durante la durata del programma takaful o in caso di liquidazione⁵⁰⁶. Stabilito questo principio di legge relativo ai diritti di proprietà, si potrebbe sollevare un'importante questione relativa alla misura in cui il fondo takaful è protetto in caso di liquidazione dall'operatore takaful. Ci si domanda, dunque, se esiste una disposizione di legge nel quadro giuridico esistente che influisce sulla completa separazione tra i fondi degli azionisti e il fondo takaful. Questo potrebbe essere affrontato attraverso linee guida emanate dall'autorità di regolamentazione o attraverso un Takaful Act. In alternativa, si può proporre che il fondo takaful sia registrato come fondo fiduciario con personalità

⁵⁰⁵ *Ibidem.*

⁵⁰⁶ *Ibidem.*

giuridica propria, gestito dall'operatore takaful in qualità di fiduciario, e con i partecipanti (in caso di rivendicazioni e distribuzione delle eccedenze) come unici beneficiari. Un fondo fiduciario non è interessato dal fallimento del fiduciario che ne è il legittimo proprietario, poiché il fondo viene creato esclusivamente a beneficio degli aventi diritto economico o dei beneficiari, o semplicemente dei partecipanti al regime takaful. In questo modo si ottiene sicuramente una maggiore protezione giuridica per il fondo takaful⁵⁰⁷.

Il fondo mira a pagare l'indennizzo o il capitale previsto al raggiungimento del termine previsto nel contratto; effettuare cessioni in riassicurazione, pagare l'imposta islamica *zakat*, il cui pagamento è dovuto da ogni credente e a predisporre le disposizioni (sinistri da pagare, sinistri avvenuti ma non ancora denunciati, contributi non riscossi dell'anno, ecc.). Tale fondo contiene anche un fondo speciale di sicurezza (SSF) per garantire il rischio di insolvenza del gestore, e un conto di eccedenza (surplus) per raccogliere il saldo finale, che sarà distribuito equamente tra i partecipanti ed eccezionalmente tra la società di gestione e l'assicurato, nelle proporzioni inizialmente previste e menzionate nel certificato consegnato ad ogni partecipante⁵⁰⁸. La distribuzione del fondo *Takaful* è una questione che coinvolge sia la sharia sia il *legal scrutiny* applicabile in una circoscritta giurisdizione. Le opinioni degli studiosi della sharia e degli operatori sul surplus a volte convergono o talvolta divergono a causa delle opinioni divergenti delle scuole e dell'*asset* giuridico che regola l'industria del *Takaful*.

A primo impatto il lemma "profitto" ed "eccedenza" sembrano avere lo stesso significato. I termini "profitto" e "surplus" sono talvolta utilizzati in modo intercambiabile, anche se tecnicamente diversi, a seconda del modello adottato dell'operatore di *Takaful*. In Malesia gli operatori *Takaful* che adottavano il modello *Mudarabah* consideravano il profitto come un surplus, ovvero l'eccedenza dei contributi rispetto ai sinistri più i rendimenti degli investimenti. Questa considerazione

⁵⁰⁷ *Ivi.*, p. 39.

⁵⁰⁸ Per una descrizione dettagliata del funzionamento del fondo si veda F.Y. MOHD, *Brief outline on the concept and operational system of Takaful Business (Islamic insurance)*, in *FAIR Review*, 1997, pp. 5-10; H. KINDT, *Das islamische Versicherungswesen, Leitideen und Organisationsform*, *Versicherungswirtschaft*, 9, 1985, pp. 589-591; S.A. ROSLY, *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets*, Dinamas, Kuala Lumpur, 2005, pp. 498-500.

è lontana dal modello *Mudarabah* originale, che darebbe diritto all'operatore *Takaful* di avere diritto solo al rendimento dell'investimento, senza condividere l'eccedenza derivante dalle sottoscrizioni. Il modello *Mudarabah* modificato giustifica la ripartizione dell'eccedenza di sottoscrizione in base al fatto che un tale accordo permetterebbe agli operatori del *Takaful* di resistere alla concorrenza e di adottare una strategia di prezzo equa che riduca il passaggio all'assicurazione convenzionale⁵⁰⁹.

La legge islamica ha fornito più motivi sufficienti per condividere l'eccedenza piuttosto che il contrario, soprattutto in assenza di una prescrizione che disapprovi tale pratica. Inoltre, lo *Sharia Advisory Council* della Banca centrale della Malesia permette sia agli operatori *Takaful* che ai partecipanti di condividere l'eccedenza di sottoscrizione sulla base del *Tabarru'* nonché della commissione di performance⁵¹⁰. Un altro parere sostiene che le compagnie *Takaful* del Middle Eastern hanno la possibilità, grazie ai loro consigli di amministrazione della *Sharia*, di riscuotere una commissione di performance dall'eccedenza⁵¹¹.

Il modello *Wakala* per contro fornisce un ulteriore modello organizzativo per il *Takaful* in conformità con la *lex* divina. Ampiamente praticato in Medio Oriente, il modello di *wakalah* puro chiarisce la differenza tra l'eccedenza di sottoscrizione, che è l'eccedenza dei contributi rispetto ai sinistri, e i rendimenti degli investimenti realizzati dall'investimento del fondo *Tabarru'* adoperando lo strumento *Murabaha*⁵¹².

Pertanto, mentre i profitti, essendo il risultato degli investimenti, possono essere condivisi in base alla partecipazione agli utili, l'eccedenza di sottoscrizione sarà ridistribuita tra i partecipanti o sarà adoperata per istituire nuove riserve o abbassare la somma dei contributi per i successivi/futuri anni di sottoscrizione. Infatti, il paragrafo n. 5/5 degli standard AAOIFI prevede che: “*It is permissible for the policy to contain a provision that deals with the underwriting surplus according to [benefit] maslahah,*

⁵⁰⁹ M. OBEIDULLAH, *Islamic Financial Services*, in *Islamic Economics Research Center*, King Abdul Aziz University, Jeddah-Saudi Arabia, 2005, p. 133.

⁵¹⁰ Y. SOUALHI, *Surplus Distribution in Current "Takāful" Operations: A Critical Sharī'ah Perspective*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 30, 3, 2016, pp. 224-244.

⁵¹¹ ADAWIAH E.R., HASSAN SCOTT H., *Essential Guide to Takaful*, CERT Publications, Kuala Lumpur, 2008, pp. 75 ss.

⁵¹² Y. SOUALHI, *Surplus Distribution in Current "Takāful" Operations: A Critical Sharī'ah Perspective*, *cit.*, p. 227.

as stated in the terms of the policy, such as the establishment of reserves, the reduction of prices, donating [the underwriting surplus] to charities, or distributing it or a part thereof to the participants, provided the takaful operator does not share in it". Dal dettato di tale norma si evince la posizione dell'AAOIFI in merito alla distribuzione dell'eccedenza tra l'operatore *Takaful* e i partecipanti⁵¹³. L'operatore distribuisce l'eccedenza adottando la modalità pro-rata ove l'eccedenza sia di sottoscrizione più gli utili o solo come eccedenza di sottoscrizione, essa viene distribuita in proporzione al contributo versato dai partecipanti, senza distinzione tra conti esigibili e non esigibili. Questa modalità sembra essere in linea con i principi generali e gli obiettivi della Shari'ah (*maqasid al-sharia*) per il *Takaful*, che è la cooperazione (*Ta'awun*), un sistema che fornisce una garanzia reciproca e la reciproca protezione dal rischio⁵¹⁴. In alternativa, si può adottare il modo selettivo ove si tende a risarcire solo i conti non reclamabili. Gli operatori del *Takaful* tendono a privare i conti reclamabili in modo da diventare più prudenti nel proteggere i loro beni assicurati in futuro. Tale modello ha un'influenza sul principio della Sharia che considera il surplus di sottoscrizione la "proprietà" dei partecipanti⁵¹⁵.

Infine, l'operatore takaful può optare per l'*Off-setting mode*: tale modalità tende a compensare il tasso di eccedenza della sottoscrizione con l'importo richiesto. Ciò è applicabile solo su conti la cui eccedenza di sottoscrizione è inferiore ai sinistri. Se l'eccedenza di sottoscrizione è pari o superiore ai sinistri, il contribuente non partecipa all'eccedenza. Questa modalità è considerata la più equa tra le altre modalità. È più precisa in termini di calcolo e in termini di giustizia e di *ta'awun* (cooperazione) sono infatti indispensabili secondo *maqasid al-sharia* nelle operazioni di *Takaful*⁵¹⁶. Tuttavia, nel caso in cui il partecipante rinunciasse alla sua polizza prima della distribuzione dell'eccedenza, perderebbe il diritto ad essa in quanto non farebbe più parte del *pool*⁵¹⁷. Le suddette modalità sono tutte conformi alla Sharia e si basano sui

⁵¹³ *Ibidem*.

⁵¹⁴ Tale modello è stato adottato da Sharikat al-barakah for Islamic Insurance in Sudan; si veda altresì A. M. AL-QARADAGHI, *Al-Tainîn al-Islami*, Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah, Beirut, 2006, p. 311.

⁵¹⁵ Il *Selective mode* è stato adottato dal Islamic Insurance Company in Qatar.

⁵¹⁶ Tale modalità è stata adottata da alcune compagnie *Takaful* come la Islamic Insurance Company in Jordania.

⁵¹⁷ Y. SOUALHI, *Surplus Distribution in Current "Takāful" Operations: A Critical Sharī'ah Perspective*, cit., p. 228.

principi del *maslahah* e sulle opinioni o consuetudini generali (*urf*) che lascerebbero ai praticanti la possibilità di optare per qualsiasi modalità che serva al meglio l'industria del *Takaful*. Mentre gli operatori di *Takaful* sono liberi di scegliere qualsiasi modalità, la Risoluzione n. 215 (11/22) della Fiqh Academy 2015 consente nuove modalità di trattamento delle eccedenze. Ciò comprenderebbe in primo luogo la creazione di liquidità (*waqf*) dall'eccedenza per migliorare la solvibilità del fondo *tabarru'*, e in secondo luogo la creazione di liquidità dall'eccedenza di diversi operatori *takaful*, nonché l'utilizzo del rendimento (*rai'*) per coprire eventuali deficit o inadempienze nelle loro operazioni. Queste due modalità dovrebbero ridurre al minimo la dipendenza dai prestiti a breve termine (*qard*) forniti dagli azionisti in caso di deficit⁵¹⁸.

La distribuzione dell'eccedenza tra l'operatore *Takaful* e i partecipanti è controversa poiché alcuni sostengono che la distribuzione debba realizzarsi solamente tra i partecipanti. Difatti, l'AAOIFI nei suoi standard attinenti al *Takaful* stabilisce che le eccedenze di sottoscrizione e i relativi rendimenti, meno le spese e il pagamento dei sinistri, rimangono di proprietà degli assicurati, che è l'eccedenza distribuibile. Ciò non si applica nell'assicurazione commerciale, dove i premi diventano di proprietà della società in virtù del contratto e dell'acquisizione, il che ne farebbe un ricavo e un profitto per l'assicurazione commerciale. Questa affermazione dell'AAOIFI chiarisce la questione della proprietà rivendicata sul contributo *Takaful* pagato. Da un lato, il partecipante ha donato il contributo come *Tabarru'*, perdendo così il titolo su di esso come prescritto dalle regole del *Tabarru'* secondo la Sharia, ma dall'altro lato, è considerato dall'AAOIFI come il proprietario esclusivo dell'intero surplus di sottoscrizione o di una parte di esso. Tuttavia, la posizione dell'AAOIFI sembra contraddire la norma contabile n. 13 sull'eccedenza, che apparentemente ha permesso agli azionisti di partecipare all'eccedenza. Uno dei modi per ripartire l'eccedenza assicurativa secondo la norma è "la ripartizione dell'eccedenza tra gli assicurati e gli azionisti". Alcuni giuristi hanno sostenuto che la *hibah* (donazione) fa sì che il donatore perda il titolo sull'oggetto della donazione. Ibn Qudamah afferma che la

⁵¹⁸ Fiqh Academy Resolution n. 215 (11/22), 2015.

hibah esige che il donatore permetta al beneficiario di possedere l'oggetto della donazione⁵¹⁹.

9.3.2. Fondo d'investimento.

Gli operatori di takaful sono direttamente coinvolti come gestori di fondi per conto dei partecipanti al takaful, e indossano quindi il cappello degli operatori assicurativi e dei gestori di fondi. Ciò richiede adeguati *firewall* legali, finanziari e amministrativi. Osservando che gli operatori takaful dovrebbero investire solo in portafogli conformi alla Shari'ah, ne consegue che essi richiederebbero una struttura di governance e processi aggiuntivi che facilitino (i) lo screening coerente dei portafogli di investimento al fine di garantire che essi rimangano conformi alla Shari'ah; e (ii) la purificazione di qualsiasi ritorno sull'investimento da redditi non conformi alla Shari'ah⁵²⁰. In questo caso, considerando che solo tre giurisdizioni sono note per avere una legislazione specifica che disciplina gli operatori di takaful, è ragionevole supporre che altre giurisdizioni non avrebbero un quadro giuridico che richieda agli operatori di takaful di istituire un adeguato sistema di governance della Shari'ah per raggiungere i suddetti obiettivi. Senza tale supporto legale, le autorità di regolamentazione potrebbero non essere in grado di monitorare un'adeguata governance degli operatori di takaful. Il riferimento ai loro più ampi poteri di monitoraggio della solidità e della stabilità del sistema finanziario potrebbe non fornire una soluzione soddisfacente per le autorità di regolamentazione, soprattutto se vi sono anche altre "autorità religiose" all'interno della giurisdizione. Inoltre, l'autorità di regolamentazione finanziaria potrebbe essere interessata a sapere come gli operatori di takaful dispongono dei loro redditi non conformi allo Shari'ah, in particolare nei confronti delle operazioni con parti correlate che possono comportare conflitti di interesse⁵²¹. Si sostiene che sarebbe utile adottare un approccio multisettoriale nella supervisione delle attività di investimento degli operatori di takaful, in base al quale le autorità di regolamentazione assicurativa potrebbero voler prendere a prestito alcuni dei principi utilizzati dalle autorità di regolamentazione dei valori mobiliari nella supervisione delle attività di

⁵¹⁹ Ib.-Q. AL-HANBALI, *Al-Mughni*, Dar al-Fikr, Beirut, H 1405, 9/418.

⁵²⁰ M. H. MADZLAN, *Legal Issues in Takaful*, in in *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009, p. 80.

⁵²¹ *Ibidem*.

investimento degli operatori di takaful⁵²². La strategia d'investimento per ciascuno dei fondi della struttura *takaful* dovrebbe essere studiata individualmente, vale a dire i fondi degli azionisti dell'operatore *takaful*, da un lato, e i fondi dei partecipanti al *takaful* (assicurati), dall'altro. Inoltre, questi ultimi comprendono *underwriting* ovvero *risk funds* e, in caso di *family takaful* -ramo vita- *participants' investment funds*. I fondi di sottoscrizione o di rischio comprendono i fondi di rischio di mortalità nel caso di *family takaful* e, nel caso del *general takaful* (ramo non vita), i relativi fondi di sottoscrizione (ad esempio, quello per l'assicurazione auto) di seguito denominati "general funds". Giova segnalare che le passività di ciascun fondo richiedono una strategia d'investimento *ad hoc*⁵²³. Difatti, il portafoglio degli investimenti dei fondi degli azionisti acquista rilevanza in funzione del ruolo svolto dal capitale sottostante la struttura *takaful*. Per tale ragione è oggetto di dibattito tra gli studiosi della Shari'ah, gli attori del mercato, e le autorità di regolamentazione. Alcuni ritengono che il ruolo del capitale sia solo quello di soddisfare i requisiti normativi, altri insistono sull'importanza del capitale per sostenere i fondi *takaful*, soprattutto nel caso di deficit derivanti dalle operazioni di sostegno *takaful*⁵²⁴.

È stata svolta un'indagine sul ruolo del capitale sottostante la struttura *takaful* e se debba essere soggetto a regolamentazione sotto la vigilanza delle autorità nonché soggetto ai requisiti di solvibilità. Il 72,7% delle società *Takaful* intervistate ritengono che i fondi degli azionisti debbano essere regolamentati. Tuttavia, hanno aggiunto che i requisiti di regolamentazione dei fondi *takaful* dovrebbero essere meno rigorosi sostenendo che mentre, in teoria, i fondi azionari non comportano alcun rischio, in pratica, dovrebbero fornire un supporto ai fondi *takaful*, sotto forma di un prestito senza interessi (*qard*) per coprire eventuali deficit. Mentre il 18,2% del totale degli intervistati ha sostenuto che i fondi degli azionisti non dovrebbero essere regolamentati in alcun modo in quanto non comportano alcun rischio, secondo le regole della Shari'ah. Hanno dichiarato che la società operativa takaful funge da intermediario per

⁵²² *Ibidem.*

⁵²³ *Ivi.*, p. 220.

⁵²⁴ Bank Negara Malaysia non impone nel regolamento l'obbligo per le compagnie *takaful* di fornire *qard hasan* per coprire un deficit dei fondi *takaful*. Tuttavia, la Banca Centrale del Bahrain (CBB) richiede alle compagnie *takaful* di coprire il deficit dei fondi *takaful*, come previsto dal regolamento della CBB.

la riscossione dei contributi, il pagamento dei sinistri e così via, senza assumersi alcun rischio di sottoscrizione. Il restante 9,1% del totale degli intervistati ritiene che la regolamentazione debba essere la stessa sia per il fondo degli azionisti sia per il fondo dei partecipanti⁵²⁵. Si può sostenere che la strategia adottata circa il capitale di una società operativa *takaful* influirebbe sulla strategia di investimento che sarà seguita per i fondi degli azionisti. È quindi interessante esplorare la composizione del portafoglio di investimento dei fondi azionari al fine di determinare l'atteggiamento delle società operative *takaful* nei confronti della gestione degli investimenti di tali fondi. Uno dei principali fattori che influenzano la composizione degli investimenti delle società *takaful* potrebbe essere l'influenza delle parti correlate sulle decisioni di investimento. La logica che sta alla base di questo problema è il dilemma derivante dal fatto che molte compagnie *takaful* sono controllate da banche islamiche o da gruppi di investitori che sono collegati tra loro. La ragione della scelta dei fondi dei partecipanti piuttosto che dei fondi degli azionisti è pertanto l'elemento che può generare un conflitto di interessi che può sorgere in caso di investimento dei precedenti fondi in una struttura *takaful*⁵²⁶.

Poiché la società *takaful* è un agente, o *mudarib*, che opera per conto dei partecipanti, l'investimento dei fondi dei partecipanti in una parte correlata potrebbe essere effettuato nell'interesse dei relativi azionisti piuttosto che di quello dei partecipanti. In particolare, gli investimenti in parti correlate potevano essere effettuati anche se tali investimenti erano eccessivamente rischiosi. Per contro, i fondi degli azionisti non presentano questo elemento di conflitto di interessi, in quanto la loro appartenenza agli azionisti implica che non vi è, in linea di principio, alcun incentivo a collocarli in opportunità di investimento non idonee⁵²⁷.

9.4. *Qard hasan* per far fronte al deficit del fondo.

Un fondo *takaful* può incorrere in un deficit se le richieste di indennizzo di un determinato periodo superano i contributi e le riserve (che possono essere inesistenti

⁵²⁵ A. TOLEFAT, *Investment Portfolios of Takaful Undertakings*, in *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009, p. 220.

⁵²⁶ *Ivi.*, p. 234.

⁵²⁷ *Ivi.*, p. 235.

nei primi anni dei regimi takaful). Poiché i partecipanti sono i portatori del rischio, i loro (futuri) contributi dovrebbero coprire tutti i crediti, ma i contributi futuri non affronteranno il problema se non sarà possibile evitare un'immediata insolvenza del takaful. A tal fine, l'operatore takaful può fornire un qard hasan, o prestito benevolo (senza interessi), che sarà recuperato con i contributi futuri. Le leggi takaful esistenti in molti paesi non hanno prescritto specificamente l'obbligo per l'operatore takaful di fornire un qard hasan a un fondo takaful in deficit. Tuttavia, alcune autorità di regolamentazione hanno emanato una linea guida che impone agli operatori takaful autorizzati l'obbligo di fornire questo prestito in caso di necessità. In alcune altre giurisdizioni, tale obbligo è ben incorporato nello Statuto dell'operatore takaful. Entrambi gli approcci potrebbero soddisfare le esigenze prudenziali del settore assicurativo islamico, in quanto il rischio di insolvenza (cioè il mancato pagamento dei sinistri dal fondo takaful) è mitigato da un impegno di terzi a soddisfare tutti i pagamenti in essere su base temporanea (cioè in attesa del rimborso dei contributi futuri)⁵²⁸. Recentemente, un numero crescente di regolatori sta richiedendo agli operatori di takaful o retakaful di fornire un impianto qard hasan a favore del fondo takaful. La messa a disposizione di questa struttura fin dall'inizio serve a garantire il pagamento di tutte le richieste di risarcimento in caso di deficit del fondo takaful. La struttura è molto visibile alle agenzie di rating e segnala che gli interessi dei partecipanti saranno protetti in caso di deficit di sottoscrizione, grazie alla disponibilità di fondi dedicati. Tuttavia, vi sono una serie di questioni correlate che richiedono la dovuta considerazione. Tali questioni sono le seguenti:

- (i) La fornitura di un impianto qard hasan da parte dell'operatore takaful e l'utilizzo di questo impianto non devono ridurre la capitalizzazione dell'operatore takaful. I fondi appartengono ancora all'operatore takaful, in quanto il prestito concesso è un'attività dell'operatore takaful e una passività del fondo takaful a cui è stato concesso. Pertanto, l'erogazione di tale prestito non comporterà alcuna riduzione del capitale regolamentare dell'operatore takaful autorizzato né ridurrà la sua capacità di soddisfare il requisito patrimoniale regolamentare.

⁵²⁸ M. D. BAKAR, *op. cit.*, p. 40.

- (ii) Dal punto di vista dell'operatore takaful, i rendimenti degli investimenti delle attività a sostegno dello strumento qard hasan devono andare a beneficio dei soli azionisti. Tuttavia, nella misura in cui la facility è stata utilizzata sotto forma di liquidità per far fronte ai crediti, tali rendimenti andranno a beneficio del fondo takaful, come spiegato di seguito. La cosa più importante di tutte, la fornitura di questo strumento qard hasan, deve essere conforme ai principi della Shari'ah per quanto riguarda non solo lo scopo stesso di fornire questo strumento come capitale di riserva per un fondo takaful, ma anche tutte le questioni rilevanti derivanti da un contratto qard hasan, come il beneficio che ne deriva per gli azionisti/prestatori, e il rapporto contrattuale tra l'operatore takaful e i partecipanti⁵²⁹.

Va notato che la divulgazione del capitale per un impianto qard hasan fin dall'inizio dell'operazione potrebbe essere significativa ai fini del rating. Queste risorse sono destinate al sostegno del fondo takaful in caso di necessità. In seguito a tale principio della Shari'ah, una volta che il fondo qard è stato utilizzato, tutti i rendimenti degli investimenti dei fondi utilizzati, se presenti, sono di esclusivo diritto del mutuatario - cioè il fondo takaful - dal momento che il fondo (in rappresentanza di tutti i partecipanti) è soggetto all'obbligo di rimborso. Questa caratteristica potrebbe non essere vantaggiosa per l'operatore takaful che fornisce il prestito in qualità di prestatore fin dall'inizio. Una volta che l'impianto qard è stato utilizzato e dovrà essere rimborsato con i futuri contributi, i principi della Shari'ah del qard vietano qualsiasi ulteriore vantaggio per il prestatore, sia in contanti che in natura. Ciò implica, ad esempio, che una tassa di wakala per l'operatore takaful, che si basa su quella parte dei contributi dei partecipanti che viene accantonata per il rimborso del qard precedente, potrebbe non essere consentita. Questo perché, dal punto di vista della Shari'ah, un contratto di prestito non può essere combinato con un altro contratto che può essere benefico o vantaggioso per il prestatore. Ciò si basa su una tradizione profetica che prescrive che qualsiasi prestito che genera un beneficio extra per il prestatore equivale a riba, o interesse, che è proibito. In base a tale argomentazione, il contratto di gestione della wakala per un compenso basato su contributi, compresi gli importi da utilizzare per

⁵²⁹ *Ivi.*, p. 40-41.

rimborsare un prestito qard, può essere considerato da alcuni studiosi come un vantaggio per il prestatore in caso di deficit del fondo takaful, ed è quindi proibito. Nonostante le obiezioni della Shari'ah a qualsiasi beneficio che il mutuante possa ottenere in base ad un contratto di qard hasan, come precedentemente evidenziato, la fornitura di una struttura di qard hasan è suscettibile di servire bene gli scopi di rating e di capitalizzazione di uno schema takaful. Pertanto, dobbiamo cercare alcune soluzioni per rendere questa pratica conforme ai principi della Shari'ah, oltre a soddisfare i requisiti di rating e capitalizzazione di un operatore di takaful o retakaful con licenza⁵³⁰.

È in questo contesto che si propone che la messa a disposizione di un conto di riserva in base a un concetto fiduciario possa essere una soluzione più olistica. In base a questa proposta, l'operatore takaful può creare un conto fiduciario con una certa somma di denaro (che equivale a un importo qard hasan previsto). Questo conto può essere gestito dall'operatore takaful in qualità di fiduciario. Per soddisfare i requisiti dell'esercizio di *rating*, l'atto fiduciario deve indicare chiaramente che il beneficiario di questo conto fiduciario è il fondo takaful, ma che il conto deve essere utilizzato solo in caso di deficit del fondo. Per rafforzare i requisiti del *rating*, l'atto di amministrazione fiduciaria deve indicare chiaramente che è irrevocabile. L'operatore takaful può continuare a investire il patrimonio del trust a proprio vantaggio. I proventi dell'investimento possono essere reinvestiti nel conto di riserva. Per quanto riguarda la questione della capitalizzazione, è da notare che ciò richiede un'argomentazione legale secondo la quale il conto fiduciario è valido quanto il capitale per l'operatore takaful in quanto il denaro sarà utilizzato solo per uno scopo specifico, cioè nel caso del deficit del fondo takaful. In circostanze normali, i fondi del conto fiduciario rimangono intatti e possono essere restituiti al gestore, che è anche l'operatore takaful se il fondo scade⁵³¹.

Nella maggior parte delle giurisdizioni in cui sono presenti operatori di takaful, l'autorità di regolamentazione finanziaria si aspetta che gli stessi operatori di takaful concedano un prestito senza interessi in base al principio del qard al fondo takaful in

⁵³⁰ *Ivi.*, p. 41.

⁵³¹ *Ibidem.*

caso di deficit. Più precisamente, il gestore è tenuto a offrire una linea di credito *qard* che può essere utilizzata nel caso in cui il fondo non sia in grado di far fronte ai propri obblighi (a causa di un deficit o semplicemente di una mancanza di liquidità). Il prestito non elimina il deficit, in quanto aumenta le passività del fondo contemporaneamente alle attività, ma fornisce liquidità per consentire l'adempimento degli obblighi del fondo. Il prestito dovrebbe essere recuperabile dall'operatore takaful (con particolare riferimento agli azionisti) attraverso future eccedenze di sottoscrizione, comprese quelle derivanti da nuove attività sviluppate nel tempo dall'operatore takaful. Considerando che il fondo takaful è gestito direttamente dall'operatore takaful, in circostanze normali, tale prestito potrebbe rientrare nel più ampio contesto di una "parte correlata". Come sappiamo, è stato ben stabilito, in base al diritto societario, che le operazioni con parti correlate devono essere rese pubbliche e devono essere effettuate a condizioni di mercato senza condizioni eccessivamente favorevoli. In alcune giurisdizioni, sono necessarie valutazioni e perizie indipendenti prima che le autorità di regolamentazione consentano lo svolgimento di operazioni sostanziali con parti correlate. Ciò al fine di evitare che gli amministratori e il management della società manipolino la movimentazione dei fondi o dei beni della società a favore di determinati soggetti da essi collegati o favoriti⁵³².

La domanda quindi può essere: l'obbligo di divulgare pubblicamente un tale impianto *qard* deve essere imposto in modo analogo agli operatori di takaful, sulla base del fatto che rientra nell'ambito di una transazione con parti correlate? L'esistenza dell'agevolazione deve essere resa nota o solo il prestito se l'agevolazione viene effettivamente utilizzata? Quest'ultimo tipo di divulgazione potrebbe essere problematico perché potrebbe creare grave incertezza tra il pubblico e avere un effetto negativo, piuttosto che migliorare la stabilità del sistema finanziario. Tuttavia, se da un lato sembrerebbe auspicabile, per motivi di trasparenza, rivelare l'esistenza e l'importo della facilitazione, dall'altro la trasparenza richiederebbe anche la divulgazione dell'erogazione, qualora fosse stata effettuata. Potrebbero anche essere necessarie alcune salvaguardie per garantire che il *qard* non venga impiegato in modo da favorire alcuni pool tra i numerosi pool di fondi takaful gestiti da un operatore di

⁵³² M. H. MADZLAN, *op. cit.*, pp. 78-79.

takaful. Se da un lato l'intervento delle autorità di regolamentazione sarebbe ragionevole e pertinente in questo caso, dall'altro ci potrebbe essere spazio per prendere in considerazione meccanismi di disciplina di mercato, ad esempio consentendo ai partecipanti al takaful di richiedere contributi futuri più bassi o quote più elevate dell'eccedenza di sottoscrizione. Va notato che in paesi come la Malesia, gli operatori di takaful sono obbligati ad impegnarsi nei confronti dell'autorità di regolamentazione a fornire un impianto qard da utilizzare in caso di deficit di un fondo takaful⁵³³.

10. Conclusione.

La teoria generale del contratto come abbiamo visto è assente nel diritto contrattuale islamico. Tuttavia, oltre ai principi inderogabili ricavati dalla *lex* divina sussiste la dimensione etica del diritto musulmano dei contratti.

Pertanto, il concetto di *takaful* si regge su due principi fondamentali, da un lato l'assistenza reciproca fornita volontariamente, nota come *Tabarru'*, e dell'altro, la separazione netta tra i fondi degli azionisti e dei partecipanti. Per quanto attiene il primo principio, i contributi versati al pool di *takaful pool* si reggono sul concetto di *Tabarru'* o *hiba*, il che significa donare o concedere. Questo è calcolato utilizzando la matematica attuariale e i numeri di probabilità. In termini semplici, il contributo è una funzione della probabilità che l'evento si verifichi e dell'esborso finanziario che viene attivato dall'evento (cioè la gravità dell'evento). In particolare, ogni partecipante dovrebbe donare il proprio contributo al fondo *takaful* per aiutare i membri del medesimo fondo che cadono in disgrazia. Va notato che il concetto di donazione rende il contratto assicurativo ammissibile ai sensi della legge islamica, in quanto trasforma il contratto assicurativo da un contratto di scambio a titolo oneroso ad un contratto a titolo gratuito. In sostanza, i partecipanti si impegnano a compensarsi reciprocamente, pertanto si avvalgono di un operatore *takaful* per calcolare gli importi dei contributi appropriati in base al rischio coperto, per raccogliere tali contributi, per gestire i crediti e per investire il fondo in classi di attività appropriate e quindi per garantire che il fondo sia sostenibile e sufficiente a pagare i crediti richiesti. Un operatore *takaful*

⁵³³ *Ivi.*, pp. 78-79.

calcolerà quindi una somma di contribuzione volontaria basata sulla matematica attuariale per coprire i rischi per indennizzare il partecipante in caso di perdite. Un contratto di indennizzo restituisce ai contribuenti la loro situazione finanziaria prima di qualsiasi evento negativo. Pertanto, un cliente non può beneficiare finanziariamente di un contratto *takaful* in quanto tale. L'operatore *takaful* metterà in comune i contributi di tutti i partecipanti che cercano una copertura. Questi fondi saranno investiti in attività liquide a breve termine, e quando un partecipante subisce perdite a causa di un evento, l'operatore *takaful* compenserà il partecipante dal fondo dopo aver indagato sulle circostanze e sulla natura delle perdite subite. L'operatore *takaful* guadagnerà una percentuale per questo servizio “*wakala*”. Questa è un'illustrazione del ruolo di un operatore di *takaful* e assomiglia certamente al ruolo di una compagnia di assicurazioni, ma ci sono sottili e cruciali differenze. L'operatore *takaful* agisce in qualità di agente dei partecipanti, nell'interesse dei partecipanti, e il fondo è compensato da una commissione di agenzia fissa in anticipo (modello *wakala*) e quindi un operatore *takaful* non ha interesse a negare le richieste di indennizzo dei clienti, sperando di guadagnare dalla differenza tra i contributi e le richieste di indennizzo come reddito. L'assicurato è in sostanza un partecipante, esso versa una somma ad un fondo su base volontaria in base al contratto di *tabarru'*, e nomina un *takaful* operator come agente per gestire il fondo di contribuzione e pagare le richieste di indennizzo al partecipante nel caso in cui si verifichi l'evento futuro infausto. Per questi servizi l'operatore *takaful* è autorizzato ad addebitare una commissione di agenzia, dalla quale l'operatore *takaful* gestirà tutte le spese di gestione, le commissioni di vendita e così via. Il contratto *tabarru* avrà la durata di un anno e sarà rinnovabile alla fine di ogni anno, durante il quale il partecipante ha diritto alla protezione contro rischi specifici. Se l'evento negativo per il quale il *tabarru* è fatto non si verifica, il partecipante non ha diritto ad alcun rimborso, e l'importo risiede nel fondo.

Il secondo principio è una conseguenza del primo in quanto il concetto di assistenza reciproca e *tabarru'* delimita il ruolo della compagnia *takaful* che si concretizza nella sola gestione del fondo *takaful* per conto dei partecipanti. Per questo motivo, qualsiasi compagnia *takaful* è chiamata di solito “*takaful* operator” invece di “insurer”. Questo spiega la differenza tra la natura del rapporto tra una compagnia *takaful* e i suoi partecipanti rispetto a quella degli assicuratori convenzionali. Nell'assicurazione

convenzionale i fondi degli assicurati e degli azionisti sono misti, invece essi devono essere separati ossia il fondo *takaful* separato da quello degli azionisti della compagnia *takaful*. La separazione netta di questi due fondi è un requisito fondamentale nella struttura di qualsiasi compagnia *takaful* per soddisfare i requisiti della Sharia. Questo perché tale distinzione porta l'operatore *takaful* ad essere il custode e non il proprietario del fondo o dei fondi *takaful*, il che rimuove il *gharar* vietato che è stato ereditato nel contratto di assicurazione convenzionale. La dissociazione richiede che gli utili e le passività dei due fondi siano sempre separati gli uni dalle altre. Pertanto, i fondi forniti dagli azionisti dell'operatore *takaful* e i contributi versati dai partecipanti non possono mai essere mescolati. Infine, oltre ai due precedenti principi vi è altresì il principio della condivisione del rischio rispetto al trasferimento del rischio. Tale caratteristica distingue l'operato della compagnia *takaful* rispetto a quella convenzionale. È ovvio ormai che la ragione per cui l'assicurazione islamica ha fatto ricorso al principio della donazione - o, per essere più precisi, alla donazione reciproca tra i partecipanti - è che la giurisprudenza islamica non consentirebbe alcun trasferimento di rischio in cambio di un premio. Un rischio può essere trasferito da una parte all'altra come nel caso della *kafala*, cioè la cauzione. Tuttavia, la maggior parte degli studiosi non ha permesso questo trasferimento se esso è subordinato al pagamento da parte della persona garantita, sostenendo che il contratto di *kafala* dovrebbe avere carattere gratuito. Il fornitore della protezione, pur assumendosi il rischio da parte della persona garantita a favore del creditore principale, ad esempio, non impone alcun compenso per questo servizio. Questo è stato il punto di vista di molti Shari'ah board e si riflette negli standard della Sharia AAOIFI. Nella prassi dell'assicurazione, il rischio deve essere assunto da un'altra parte per alleviare l'onere finanziario dell'assicurato che subisce un infortunio. Questo è il principio cardine e l'obiettivo dell'assicurazione. Poiché la giurisprudenza islamica non consente il trasferimento del rischio a pagamento, è stato invece sostenuto il principio della condivisione del rischio. La giurisprudenza islamica non vieta la condivisione e la distribuzione del rischio tra un gruppo di persone se ognuno di essi ha accettato di assorbire parte del rischio del gruppo e dell'onere finanziario secondo una formula concordata. Pertanto, il principio della distribuzione del rischio non trova alcuna obiezione in nessun testo della Shari'ah così come nelle opinioni dei giuristi. Infatti, Omar Ibn al-Khattab, il secondo califfo islamico (detti

anche califfi ben guidati) dopo Abu Bakr ha introdotto questo concetto attraverso la sua istituzione di *Dawawin*⁵³⁴. Ogni sezione delle agenzie governative da lui create doveva contribuire con denaro a beneficio dell'aiuto reciproco all'interno della sezione. Questa pratica sostiene non solo il principio della distribuzione del rischio, ma anche quello della classificazione del rischio, in base al quale il rischio viene valutato in modo diverso per accertare il livello di rischio di ogni sezione. Ciò funziona in modo ottimale nelle moderne assicurazioni e nel *takaful*, in quanto il premio o il contributo deve essere adeguato al profilo del rischio assicurato o distribuito, a seconda dei casi.

⁵³⁴ M. D. BAKAR, *op. cit.*, p. 37

CONCLUSIONE.

Tema della presente ricerca è l'istituto del *takaful* il quale attraverso metodologia comparativa è stato analizzato attraverso la nascita e la genesi dello stesso fino ad arrivare alla struttura giuridica attuale mettendo in luce nella prima parte la relativa evoluzione giuridica fortemente connotata dalla propria matrice religiosa, la seconda maggiormente incentrata sulla comparazione con istituti occidentali affini, pur nella consapevolezza delle difficoltà intrinseche ed oggettive di simili operazioni che talvolta sconfinano nella impossibilità di trovare fattori anche minimi di convergenza.

Si dirà pertanto che la presente indagine ha inteso individuare convergenze sotto il profilo della evoluzione storica tra assicurazione convenzionale e *takaful* che sembra essere la strada da percorrere per immaginare una possibile circolazione di modelli religiosi presso le esperienze occidentali. La storia dei fenomeni aiuta infatti alla comprensione degli stessi.

L'indagine sul possibile "trapianto" dell'istituto del *takaful* in un ordinamento occidentale è complesso e si articola su più livelli. Ad un primo livello, limitato ad una analisi semantica del lemma *takaful*, il quale evoca concetti quale "mutua assistenza e solidarietà", non paiono sussistere particolari problemi poiché gli attori del mercato assicurativo occidentale hanno familiarità con la mutualità⁵³⁵. A tal proposito è sufficiente riferirsi alle prime forme di assicurazione di tipo mutualistico presenti nella realtà italiana come le mutue assicuratrici⁵³⁶ e le società di mutuo soccorso, in un momento in cui l'assicurazione a premio non aveva fatto ancora il proprio ingresso nelle prassi mercantili occidentali, le quali si traducevano in significative iniziative di solidarietà fondate su principi etici che vengono trasmessi, per così dire, geneticamente alle nuove generazioni⁵³⁷. L'assicurazione moderna ha preservato l'ideale che, a suo tempo, ha contribuito alla nascita e allo sviluppo del fenomeno assicurativo: la mutualità, ovvero il pensiero secondo cui il peso economico dell'imprevisto può essere

⁵³⁵ D. GRIJPSTRA, S. BROEK, B.-J. BUIKOOIJ, M. PLOOIJ, *The role of mutual societies in the 21st century*, in *Directorate General for internal policies*, 2011, pp. 14 ss.

⁵³⁶ M. ROSSETTI, *Il diritto delle assicurazioni, L'impresa di assicurazione - Il contratto di assicurazione in generale*, I, Milano, 2011, p. 105.

⁵³⁷ S. MAGGI, *Mutuo soccorso Cesare Pozzo. 140 anni di solidarietà (1877-2017)*, Il Mulino, Bologna, 2017, pp. 9-11.

facilmente sopportato, se ripartito tra una pluralità di individui, e quella del trasferimento delle conseguenze economico-patrimoniali di un evento funesto dal singolo, che subisce il pregiudizio, ad altri soggetti.

Se questo è vero ad un livello puramente discorsivo, la successiva analisi volta ad indagare gli istituti sul piano tecnico giuridico mostra le specificità del *takaful* la cui complessità deriva in gran parte dalle differenti interpretazioni di derivazione religiosa sulle caratteristiche e sull'effettivo funzionamento dell'istituto secondo l'interpretazione del *madhab* del territorio o sistema giuridico in cui vengono creati ed offerti i prodotti assicurativi conformi alla *Sharia*.

Pur nella complessità di simile indagine che mostra tutte le complessità e divergenze interpretative, l'analisi è riuscita ad evidenziare la presenza di principi universali applicabili all'insieme delle transazioni finanziarie e assicurative in particolare presenti nella cd finanza islamica

Si è colto peraltro che i principi che possiamo definire quali postulati etici del *takaful* sono presenti anche nel mondo occidentale il che consente di affermare che in una cultura occidentale sempre più orientata verso principi di sostenibilità in senso ambientale, sociale ed etico il *takaful* può trovare accoglimento anche nel mercato occidentale dei consumatori, musulmani o non musulmani.

Ad avviso di chi scrive nessun assicuratore dovrebbe ignorare simili riflessioni

Spontaneamente sorge la domanda seguente: perché fino ad oggi il mercato domestico non si è mobilitato per offrire strumenti assicurativi *sharia compliant*? Perché non c'è interesse o perché la cittadinanza di fede islamica sfugge alla lente dell'operatore assicurativo?

Senza entrare su considerazioni che attengono a tematiche di moralità o precomprensione dei fenomeni senza la dovuta conoscenza dell'oggetto di indagine, chi scrive si limita a osservare che il problema di fondo come sempre è quello della mancata conoscenza delle caratteristiche anche tecniche dell'assicurazione rispettosa dei postulati islamici. Infatti, gli operatori assicurativi conoscono poco o non

conoscono affatto la struttura del *takaful* e i modelli di *business* posti alla base, vale a dire la struttura concettuale rispettosa dei principi etico-religiosi islamici che supporta la fattibilità dei prodotti assicurativi e spiega come l'impresa assicurativa opera, realizza i profitti e come intende raggiungere i suoi obiettivi sempre nel rispetto della *Sharia*. Il che peraltro si traduce nella mancata percezione dell'effettivo potenziale del mercato ivi comprese le esigenze della clientela in particolare di fede musulmana ma non solo, come già anticipato.

È indubitabile, come è stato illustrato, che il *takaful* e il modello assicurativo convenzionale condividono la medesima *ratio*, ossia individuare gli strumenti consoni a procurare o garantire sicurezza all'essere umano per far fronte ai diversi rischi che possono colpire la sua persona o quella dei suoi familiari.

Pertanto, la possibilità concreta del trapianto del *takaful* in esperienze occidentali ed il suo recepimento nell'ordinamento occidentale a nostro avviso e senza alcuna presunzione di esaustività, si fonda su due profili di assoluto rilievo su cui si è cercato di indagare da un lato, la compatibilità del contratto *takaful* con il contratto assicurativo convenzionale e, dall'altro lato, l'analisi dello substrato tecnico finanziario ad esso sottostante al fine di comprendere sul piano operativo quali possano essere gli ostacoli alla loro applicabilità nella cd "piazza finanziaria domestica".

Effettivamente, dall'analisi compiuta emerge che gli elementi essenziali del contratto *takaful* sono sostanzialmente identici a quelli del contratto assicurativo occidentale. Così, innanzitutto, si ritrova la copertura del rischio ma anche l'interesse assicurabile essenziale per ottenere i conseguenti benefici dell'assicurazione. La legge islamica in merito ritiene che la sua presenza sia necessaria affinché le operazioni *takaful* funzionino con spirito significativo e in osservanza dei postulati etico-religiosi⁵³⁸; e infine il versamento di un premio assicurativo *rectius* di una partecipazione al fondo secondo il lessico del *takaful*. Il che mostra un certo allontanamento dalla assicurazione a premio tradizionale.

⁵³⁸ M. M. BILLAH, *Insurable interest: Can the modern law be adopted in takaful operations*, Arab Law Quarterly, 15, 2, 2000, pp. 206-209.

A tal proposito, si rammenta, tuttavia, che al di là delle scelte terminologiche il contributo è calcolato secondo i medesimi criteri di calcolo del premio assicurativo prescrivendo innanzitutto un criterio equo ottenuto calcolando il margine di rischio a cui una persona è esposta.

In ambedue i contratti, *takaful* e assicurazione convenzionale, viene garantita una copertura ai rischi eventi e oggetti, incendi e vetture o abitazioni, nonché la vita dell'essere umano. Tuttavia, in quest'ultimo caso l'oggetto della copertura è differente ciò nel senso che il tipo di rischio allocato all'operatore nei due istituti sembra divergere. Nell'assicurazione islamica è rappresentato dal bisogno di protezione, mentre in quella convenzionale l'evento dedotto nel contratto è attinente alla vita umana la vita o la morte, elemento che non potrà mai costituire oggetto del *takaful* poiché la vita umana appartiene ad Allah.

L'ostacolo maggiore alla convergenza tra le due figure risiede nel rifiuto del concetto di aleatorietà in base ai principi del diritto islamico. Infatti, i *fuqaha* e le *oulama* si sono divisi in merito poiché lo scopo primario del rapporto contrattuale è quello di raggiungere *in primis* il rigoroso equilibrio tra i benefici attesi dalle parti contraenti in ossequio all'equità e la giustizia sorretta dalla moralità islamica. Pertanto, alcuni giuristi e *fuqaha* considerano il contratto assicurativo un contratto perfettamente aleatorio, altri lo stimano meno aleatorio, altri lo giudicano non aleatorio.

Difatti, lo squilibrio nelle transazioni è il risultato dell'incertezza, del rischio o della speculazione che costituisce il *gharar*, che degenera in una perturbazione dell'equilibrio del contratto proibito dalla morale islamica; la parte più debole sarà protetta da questo rischio, che è l'alea, annullando questo tipo di transazione.

I giurisperiti islamici hanno pareri contrastanti circa la liceità islamica del contratto assicurativo convenzionale. Un primo orientamento applica il principio della *ad-daroura el-machroua*, vale a dire accetta la conclusione del contratto a patto che l'alea non sia fonte di controversia, sottolineando l'assenza di strumenti alternativi per fornire una copertura al rischio. Talora la conclusione di tale contratto è ammessa dato che il rischio esistente è eliminato dalla garanzia fornita dal contratto poiché il suo scopo è proprio quello. Un terzo orientamento si oppone fermamente ai due precedenti

pareri affermando che l'alea del contratto assicurativo è un'alea eccessiva, proibita dalla *Sharia*. È sufficiente pensare al *gharar* che secondo la legge musulmana è l'alea che comprende un elemento di incertezza, di rischio o anche di speculazione che porta a un profitto illecito vietato dai postulati religiosi e, di conseguenza, morali dell'Islam. Pertanto, i giurisperiti islamici non hanno raggiunto una conclusione unanime circa la contrarietà del contratto assicurativo convenzionale alla *Sharia* poiché alcuni accettano la sua stipulazione in presenza di alcune condizioni.

Il modello marocchino rappresenta un utile terreno di indagine. In Marocco, infatti, gli operatori del mercato finanziario offrivano prodotti e servizi convenzionali in assenza di una forma di assicurazione compatibile con la *sharia*. Oggi la situazione è cambiata con l'entrata in vigore della legge n. 103.12 che disciplina gli istituti di credito e gli organismi assimilabili. La riforma del 2014 ha permesso l'introduzione di un nuovo capitolo che disciplina le banche partecipative. Il lemma 'partecipative' è stato scelto al posto di *islam* per evitare contestazioni di qualsiasi natura.

Con tale integrazione si è gettata la base per nuove strutture che si reggono sui principi di ripartizione dei profitti e delle perdite, invitando esclusivamente il Consiglio Superiore di Ulema a dare il proprio parere sulla conformità. Il testo definisce il quadro normativo per la creazione, il funzionamento e l'attività delle banche partecipative e definisce i punti relativi al campo di applicazione, ai depositi e ai prodotti commercializzati dalle banche partecipative.

Con questa nuova legge i cittadini marocchini potranno accedere a servizi finanziari certificati come conformi alla *Sharia* in base al massimo organo religioso del paese, oltre al fatto che la nuova legge offre alle nuove banche partecipative la possibilità di innovare almeno sei prodotti offerti, e più poiché l'elenco non è esaustivo. Tuttavia, le banche si sono focalizzate sul contratto di *Murabaha* attraverso il quale si prevede una clausola che consenta la stipula di una polizza convenzionale finché il *takaful* non diventerà operativo sulla piazza marocchina; prevedendo che sotto il profilo negoziale la trasformazione del contratto avverrà automaticamente in virtù del consenso prestato nel momento della stipulazione del contratto.

Solamente nell'agosto del 2019 è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale la legge n. 17.99 che introduce il *takaful*.

Il *takaful* può essere considerato un completamento della finanza partecipativa, cd. finanza islamica, che aveva operato in assenza della operazione assicurativa con conseguente insoddisfazione di banche e clienti.

Per le sue specificità, il *takaful* è un sistema assicurativo come quello convenzionale, ma basato su un sistema di aiuto reciproco tra gli assicurati. Prevede, quindi, una separazione tra il fondo *takaful* e la società che lo gestisce in cambio di una commissione. I tecnicismi che contraddistinguono il *takaful* sono numerosi e arrivano a disciplinarne diversi aspetti. Ad esempio, la legge che disciplina il *takaful* contiene una serie di disposizioni che stabiliscono le condizioni per la cd “concessione della licenza” del *Takaful*. Tra queste assume un deciso rilievo l’applicazione di principi contenuti nel codice delle assicurazioni marocchino in materia di intestazione e separazione dei conti, dai conti di assicurazione *takaful* ai conti di riassicurazione *takaful*.

Il legislatore marocchino ha ritenuto di riconoscere alla società di gestione assicurativa *takaful* lo status di semplice gestore a pagamento, senza prevedere alcuna titolarità ma solo compiti gestori sui fondi dei soci; obbligo di avere un regolamento di gestione che ne definisca gli obblighi; in caso di liquidazione, obbligo per il liquidatore di liquidare, separatamente, la società che gestisce il conto *takaful* e il conto stesso; fissare il massimale dei depositi e degli investimenti al di fuori del Marocco e degli investimenti in titoli esteri che un’impresa di assicurazione e di riassicurazione può effettuare, al 5% del suo attivo totale e degli attivi dei conti di assicurazione e di riassicurazione *takaful* che gestisce; sottomissione all’approvazione preventiva, l’esercizio dell’offerta di assicurazione *takaful* da parte di banche e associazioni di microcredito; fissare le regole relative al deposito e al pagamento degli importi non reclamati dai sottoscrittori alla scadenza; stabilire regole per la gestione dei conti di assicurazione e riassicurazione *takaful*; determinazione delle regole per la distribuzione delle eccedenze dell’assicurazione *takaful*.

L’esperienza marocchina è significativa in quanto permette di comprendere che il *takaful* può convivere con l’assicurazione convenzionale nella stessa giurisdizione e che spetta al cittadino di fede islamica la scelta di aderire ad un modello oppure ad un altro.

È innegabile che la sfida del *takaful* è legata principalmente alla sua capacità di essere competitivo con gli strumenti esistenti già nel mercato⁵³⁹.

In particolare, si prevede che il *fintech* darà impulsi all'industria del *takaful* a lungo termine. Tuttavia, le soluzioni *fintech* per il *takaful* si differenziano da quelle degli assicuratori convenzionali a causa della maggiore complessità dell'assicurazione islamica di per sé. Ciò premesso, lo sviluppatore del *takaful fintech* deve tenere conto dei principi etico-religiosi nel costruire soluzioni assicurative conformi alla *Sharia*.

Le imprese *takaful*, pertanto, hanno iniziato a sviluppare le proprie piattaforme tecnologiche assicurative, o *insurtech*, a vantaggio sia degli assicuratori islamici che degli interessati alla polizza conforme ai principi etico-religiosi.

Nel 2019 nei paesi del *Gulf Co-operation Council* alcuni operatori *Takaful* hanno iniziato a sviluppare congiuntamente una piattaforma *blockchain* integrata in collaborazione con *insurtech startup* Addenda⁵⁴⁰.

Questa piattaforma è stata progettata per semplificare le transazioni tra le compagnie di assicurazione *takaful* e quelle convenzionali e consente loro di liquidare i sinistri e i pagamenti in sospeso tra loro in modo digitale. La tecnologia mira a consentire agli assicuratori di gestire e ridurre i costi in quanto i tempi di risposta ai sinistri si riducono da giorni a minuti e i costi generali necessari per gestire i sinistri del 30%. Si può dunque ritenere che lo sviluppo e la diffusione di soluzioni tecnologiche per rendere più efficienti i processi del *takaful* possano assistere nel processo di adozione del modello assicurativo islamico.

Non solo, ma tali piattaforme tecnologiche assistono anche nella conoscenza e conoscibilità del mercato dal momento che consentono ai broker assicurativi di fornire un portale online per il confronto dei prezzi delle polizze assicurative islamiche e di facilitare l'acquisto di polizze per conto degli operatori sul web. Anche la Malesia, il

⁵³⁹ G. M. PICCINELLI, *Assicurazioni, finanza e solidarietà: il nuovo modello del Takaful islamico*, in *Italia mondo arabo*, in *Rivista trimestrale della Camera di commercio italo-araba*, 14, 1, 2004, pp. 91-103.

⁵⁴⁰ Al Aman Insurance, Al Wathba Insurance, National Takaful Company (Watania), Noor Takaful e Oriental Insurance hanno quindi deciso di adottare la tecnologia sviluppata dalla startup la cui sede si trova all'interno del Dubai International Financial Centre (DIFC), uno dei maggiori hub finanziari globali dei mercati di Medio Oriente.

terzo mercato *takaful* a livello mondiale con un patrimonio di 9 miliardi di dollari, sta lavorando alla regolamentazione del business dell'aggregazione di *takaful*.

Pertanto, dall'analisi compiuta e considerando la percentuale della comunità musulmana regolarmente residente nel territorio nazionale – pari a 2,6 milioni di persone, circa il 4,3 % della popolazione complessiva – le prospettive di crescita sono evidenti.

Ovviamente la competizione con le assicurazioni convenzionali è un elemento cruciale per lo sviluppo dell'industria assicurativa *takaful*. Gli operatori del mercato cercheranno di emettere prodotti *sharia compliant* seguendo la stessa linea di *pricing* degli strumenti assicurativi convenzionali. Tuttavia, la natura mutualistica dei prodotti *takaful* differisce dai prodotti convenzionali, il che comporta scelte inadeguate.

Un altro elemento da considerare è l'esistenza del *moral hazard* tra l'apprezzabile attività gestoria svolta dall'operatore *takaful* e degli assicurati. L'operatore partecipa ad una quota dei *surplus* realizzati dall'investimento dei fondi *takaful*, pertanto, per realizzare maggior guadagno può partecipare ad attività rischiose poiché è estraneo alle eventuali perdite. Per tale ragione la *governance* è necessaria per garantire uno sviluppo trasparente e sistematico, nonché una divulgazione della responsabilità sociale delle imprese. È ovvio che lo sviluppo del *takaful* sarà garantito solo nei paesi ove ci sarà un apparato normativo favorevole, così come il riconoscimento della mutualità in quanto sistema di protezione.

L'elaborato senza alcuna pretesa di esaustività ha inteso offrire ai lettori una rappresentazione della figura del *takaful* e del suo funzionamento potendosi concludere che esso non sia del tutto incompatibile con le esperienze occidentali anche quelle italiane ed in particolare con alcune figure quali mutue assicuratrici e/o SMS, con i quali vi sono elementi di convergenza, mentre esso presenta decise e significative differenze con l'assicurazione a premio che costituisce ormai da oltre un secolo il modello d'assicurazione prevalente in Italia. Fermo restando che tale trapianto sia ritenuto ammissibile il profilo del diritto positivo di fonte primaria generale ovvero con i grandi principi del nostro diritto civile dovrebbe poi trovare una sua possibile accettazione da parte dei Regolatori di settore che come noto nei mercati regolati quali

quello assicurativo rappresentano la fonte “decisiva” che etero-regolamenta ogni aspetto del diritto delle assicurazioni, contratto od impresa che sia.

Ma questo naturalmente è un altro versante del discorso che non si è potuto affrontare qui.

Del resto, in un mondo giuridico connotato da continue ciorcolazioni di modelli che si realizzano con successo pur partendo da tradizioni assai diversificate anche la trasposizione dei modelli *takaful* in Europa è già avvenuto in Francia ad esempio, ma anche si è visto il percorso inverso ovvero si è assistito all’ingresso di esperienza europea di mutualità nei paesi islamici come il Marocco dove la legge che prevede la disciplina delle società di mutua assicurazione, era entrata in vigore dal 1963, svolgendo così un ruolo fondamentale nell’economia e nella società fornendo una copertura sociale già da diverso tempo.

Pertanto, è possibile apprezzare come i tratti strutturali delle forme mutualistiche europee apparse agli inizi del IX sec. risultano affini al modello islamico poiché si tratta di un sistema di solidarietà sociale di assicurazione e previdenza basato sull’assistenza reciproca tra i membri contribuenti raggruppati all’interno della stessa mutua senza scopo di lucro.

In conclusione, lo studio del *takaful* consente agli studiosi di ripercorrere l’evoluzione silente del fenomeno assicurativo partendo dalla mutualità e solidarietà. Aspetto che è stato superato per arrivare all’assicurazione a premio, ad oggi più conosciuta.

BIBLIOGRAFIA.

A

ABBAS ZAIDI J., *Shari'a Harmonization, Regulation and Supervision*, Islamic International Rating Agency, working paper presented at: AAOIFI- World Bank Islamic Banking and Finance Conference, Manama-Bahrain, 2012.

ABD-AL-KARIM Z., *Al-wajiz fi-usul al-fiqh*, 6 ed., Maktabat al-Quds-Mu'assasat al-risalah, Bagdad-Beirut, 1985.

ABDIL-BAQI Z., *Ilm al-ijtima ad-din*, Dar Gharib, Cairo, 1983.

ABDU IS., *Al-'uqud ash-shariyat al-hakimat li l-mu'amalat al-maliyyat, al-mu'asirat*, Dar al- i'tissam, Al-Qahirah-Egypt, 1977.

ABDU IS., *Al-Tamin Byn Al-hil Wa-al-Tahreem (Insurance Between Permissibility and Impermissibility)*, Dar Al-I'tisam, Al-Qahirah-Egypt, 1987.

ABOU EL-FADL KH., *Reasoning with God: Reclaiming Shari'ah in the Modern Age*, Rowman & Littlefield, Washington DC, 2014.

ABU ZAHRA M., *Imam Abu Hanifa: His life, his age, his opinions and his methodology*, 1947.

ADAWIAH E.R., *A Mini Guide to Takaful (Islamic Insurance)*, CERT Publications Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, 2010.

ADAWIAH E.R., HASSAN SCOTT H., *Essential Guide to Takaful*, CERT Publications, Kuala Lumpur, 2008.

AFFAKI G., *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif*, in *la finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Paris, 2008.

AFFAKI G., FADLALLAH I., HASCHER D., PEZARD A., TRAIN F-X., *Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques*, 21 September 2009.

AFCHAR H., *Equity in Musulman law*, in R.A. Newman (a cura di), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Etablissements Emile Bruylant, Brussels, 1973.

AHMED EL-HASSAN A.-W., *Freedom of Contract, the Doctrine of Frustration, and Sanctity of Contracts in Sudan Law and Islamic Law*, *Arab Law Quarterly*, vol. 1, 1, 1985. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3381672.

AHMED H., KHAN T., *Risk management: An analysis of issues in Islamic Financial Industry*, Occasional paper n. 5, Islamic Reseach Training Institute, Islamic Development Bank, Jeddah, 2001.

AKHTER W., *Risk management in Takaful*, Federal Reserve Bank of St Louis, St. Louis, 2010.

ALDEEB ABU-SAHLIEH S. A., *Il diritto islamico. Fondamenti, fonti, istituzioni*, Carocci Editore, Roma, 2011.

AL-GAZALI A.-H., *Le livre du licite et de l'illicite (Kitab al-halal wa-l-haram)*, tr. fr. di Morelon O.P., 2 ed., Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1991.

ALHABSHI S. O., SHAIKH ABDUL RAZAK S. H., *Takaful: concept, history, development, and future challenges of its industry*, in *Islam and Civilisational Renewal: The Global Financial Crisis*, vol. 1, 2, 2009. Available at <https://icrjournal.org/index.php/icr/article/view/268>.

AL-HAFNI A. M., *Mawsu'at al-Qur'an al-'adhim (la raccolta del Corano il grande)*, Maktabat Madbuli, vol. 1, Cairo, 2004.

AL-HANBALI Ib.-Q., *Al-Mughni*, Dar al-Fikr, Beirut, H 1405, 9/418.

AL-JASSAS A. B., *Al-ijma'* (*il consenso*), in *Dirasah fi-fikratih min khilal tahqiq bab al-ijma'*, *Tahqiq wa dirasah Zuhayr Shafiq Kabbi*, *Dar al-Munthakhab al-'Arabi*, Beirut, 1993.

AL-JAWZIYYAH IB.-Q., *I'lam al Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, II, Dar al Fikr, Beirut, 1977.

AL-JAWZIYYAH IB.-Q., *I'lam al Muwaqqi'in 'an Rabb al-'Alamin*, I, Dar al Fikr, Beirut, 1970.

ALJLOUD S., *Ijtihād and Ikhtilāf: Re-interpreting Islamic Principles in Contemporary Times*, in *Arab Law Quarterly*, 28, 1, 2014. Available at Brill, <https://doi.org/10.1163/15730255-12341273>

AL-KHAFIF A., *Al-Tamin* (Insurance), *Majallat Al-Azher*, vol. 37, Le Caire, 1966.

AL-KHAFIF A., *Al-Tamin* (Insurance), *Majallat Al-Azher*, vol. 38, Le Caire, 1966.

AL-KASANI A.-D., *Bada'i al-Sana'i fi Tartib al-Shara'i*, éd. ag-Jami'iyat, vol. 5, Cairo, 1910.

ALPA G., *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003.

ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita Notarile*, 2002.

AL-QARADAWY Y., *Al halal wal haram fi al islam* (traduzione libera: Il lecito e l'illecito nell'islam), éd. Al-Maktab al islami, Beirut, 1994.

AL-QARADAWY Y., *Le Licite et l'Illicite en islam*, (traduzione in arabo: *al-halal wa al-haram fil-islam*), Al-Qalam, Paris, 2005.

AL-QARADAGHI A. M., *Al-Tainîn al-Islami (l'assicurazione islamica)*, Dar al-Basha'ir al-Islamiyyah, Beirut, 2006.

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

AL-SALEM F., *The size and scope of the Islamic finance industry: An analysis*, in *International Journal of Management*, 25, 1, 2008.

AL-SALIH M.B.A.B.S., *Al-Tamin Bayan Al-Hazr Wa-al-ibahah (Insurance Between Prohibition and Acceptance)*, Maktabat Al-Malik Fahd Al-wataniya, Al-Riyad-Saudi Arabia, 2004.

AL-SALUS A. A., *Al-iqtisad al islami wa al-qadaya al-fiqhiyyah al-mu 'asirah*, Dar al-thaqafah, Doha, 1998.

AL-SANHURI A. K., *Masader Alhaq filfiqh Al-Islami (The Resources of the Right in Islamic Jurisprudence)*, The Islamic Arabic Scientific Association, Muhammad Addayah Publications, 1955.

AL-SANHURI A., *Masadir al-haqq fi al-fiqh al-islam*, III, Le Caire, 1988.

AL-SAYED M. Z., *Nazariyat Al-Tamin fi Al-Fiqh Al-Islami (Insurance. Theory Under Islamic Law)*, Dar Al-Manar, Egypt, 1986.

AL-SUWAILEM S., *Towards an objective measure of gharar in exchange*, in *Islamic Economic Studies*, vol. 7, 1-2, 1999-2000.

AL-SUYUTI J. D., *Asbab al-nuzul*, in *Marge de Qur'an Karim*, Damasco-Beirut, 1984.

ALUFFI BECK PECCOZ R., *La lingua dei diritti arabi*, in *Lingua e diritto: oltre l'Europa* (a cura di B. Pozzo), Giuffrè, Milano, 2014.

ALUFFI BECK PECCOZ R., *Mugtahid*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1994.

ALUFFI BECK PECCOZ R., *Unity and varieties of Arabic as a legal language: practices of interpretation and translation*, *Handbook of Communication in the Legal Sphere* (a cura di J. Visconti), De Gruyter Mouton, Boston/Berlin, 2018.

ALUFFI BECK-PECCOZ R., *Buona fede e "al-niyya al-hasana"*, *New Laws for New States-Politica del Diritto in Eritrea*, a cura di L. Favali, E. Grande, M. Guadagni, Torino, 1998.

ALIYYAN S., *Insurance in Shari'ah and Law*, 1ed., Riyadh-Saudi Arabia, 1978.

ALI E. R. A. E., ODIERNO H. S. P., ISMAIL A., *Essential guide to takaful: (Islamic insurance)*, CERT Pubs. Sdn. Bhd., Kuala Lumpur, Malaysia, 2008.

AL-YAFI Ab.-K., *Makanat al-shari'a wa sha'uha al-ijtima'i (Le statue et le role social de la chari'a)*, *Al-Turath Al-Arabi*, Sirya, 11-12, 1983.

AL-ZUMAI F., AL-WASMI M., *2008 Financial Crisis and Islamic Finance: An Unrealized Opportunity*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 29, 2016, pp. 455-472. Available at <https://doi.org/10.1007/s11196-016-9469-6>

ANDERSON J. N. D., COULSON N. J., *The Moslem Ruler and Contractual Obligations*, in *Law Review*, New York University, vol. 33, 7, 1958.

ANNUAR H. A., ROSLY S. A., ABDUL RASHID H. M., *Al wakalah and its impact on the growth and performance of takaful companies: a Malaysian case*, in *The European journal of management and public policy*, vol. 3, 1, 2004. ISSN 1726-6475.

ARCHER S., ABDEL KARIM R. A., NIENHAUS V., *Business Models in Takaful and Regulatory Implications*, in *Takaful Islamic Insurance. Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons Pte. Ltd., Asia, 2009.

ARJOMAND S. A., *The Constitution of Medina: A Sociolegal Interpretation of Muhammad's Acts of Foundation of the "Umma"*, in *International Journal of Middle East Studies*, 41, 4, 2009. Available at JSTOR, <http://www.jstor.org/stable/40389306>.

ARMANDO S., DUPRET B., *La sharî'a moderne en quête de droit : raison transcendante, métanorme publique et système juridique*, *Droit et société*, 39, 1998. Available at *PERSÉE*, www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1998_num_39_1_1438

ASCARELLI T., *Aleatorietà e contratti di borsa*, in *Banca borsa tit. cred.*, I, 1958.

ASKARI H., TAGHAVIR., *I fondamenti di principio di un'economia islamica*, in *Moneta e credito*, vol. 58, 232, 2005. ISSN 2037-3651.

ASKARI H., IQBAL Z., MIRAKHOR A., *Introduction to islamic economics: Theory and application*, 2014. Available at <http://ebookcentral.proquest.com>

ATTAR A.T., *Hukm Al-Tamin Fi Al-Shariah Al-Islamyah (Insurance Contract Under Shari'ah Law)*, Maktabat Al-Nahdah Al-Misriyah, Al-Qahirah-Egypt, 1983.

AUSTRUY J., *Islam face au développement*, in *Mouvements économiques et sociaux*, L'Harmattan, Paris, 2006.

AYADI A., *Assurance Islamique Takaful non-vie : Spécificités des états financiers*, Éditions Universitaires Européennes, 2016. ISBN: 978-3-8417-7631-0.

AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions), *Finance islamique. Les normes de conformité de l'AAOIFI*, I, Paris, 2013.

B

BAKAR M.D., *Shari'ah Principles Governing Takaful Models*, in *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009.

BALTIJI M., *Uq'aad Al-Tamin min Wjhat Al-Fiqh Al-Islamic (Insurance Contract from Shari'ah Law Point of View)*, Maktabat Al-Shabab, Minera, 1987.

BAQER EL-SADR M., *Aperçu de l'économie islamique*, tr. fr. di Abbas Ahmad Al-Bostani, 1 ed, Bibliothèque AhlEl-Beit, Paris, 1983.

BAQER EL-SADR M., *Iqtisaduna* (tr. ingl. Our Economics. An objective study consisting of the examination and criticism of the economic doctrines of marxism, capitalism and islam as concerns the fundamentals and details of their ideas), 2 ed., WOFIS, Tehran-Iran, 1994.

BARASSI L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffré, Milano, 1948.

BAUSANI A., *Il Corano*, 8 ed., BUR, Milano, 2016.

BECCARIA G.L., *Italiano, Antico e Nuovo*, Garzanti Editore, Milano, 1988.

BECCARIA G.L., *Linguaggi settoriali e lingua comune*, in AA.VV. *I linguaggi settoriali in Italia*, Milano, 1973.

BELVEDERE A., *Linguaggio giuridico*, in *Dig. disc. priv., Sez. Civ.*, Utet, Torino, 1994.

BENARAF A. J., *La Lex mercatoria e i sistemi islamici: finzione o realtà?*, *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 2020, in *corso di pubblicazione*.

BERGEAUD-BLACKLER F., *le marché halal ou l'invention d'une tradition*, Seuil, Paris, 2017.

BERTHOUD A., *Calvin, le prêt et le taux d'intérêt*, in *Calvin : Naissance d'une pensée*, Presses universitaires François-Rabelais, 2012. Available at DOI: <https://doi.org/10.4000/books.pufr.7782>.

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1983.

BIANCA C.M., *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, vol. 3, Giuffrè, Milano, 2000.

BIGLIAZZI GERI L., *voce Buone fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988.

BILLAH M. M., *Insurable interest: Can the modern law be adopted in takaful operations*, *Arab Law Quarterly*, 15, 2, 2000.

BILLAH M.M., *The Prohibition of Ribā and the Use of Ḥcyāl by Islamic Banks to Overcome the Prohibition*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 28, 4, 2014.

BILLAH M.M., *Takaful (islamic Insurance) Premium, A suggested regulatory framework*, in *International Journal of Islamic Financial Services*, vol. 3, 1, 2001.

BILLAH M.M., *Islamic Insurance Products, Exploring Takaful Principles, Instruments and Structures*, Palgrave Macmillan, United Kingdom, 2019.

BILLAH M.M., *Life Insurance? An Islamic View*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 8, 4, 1993. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3381725.

BILLAH M.M., *The Prohibition of Ribā and the Use of Ḥcyāl by Islamic Banks to Overcome the Prohibition*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 28, 4, 2014.

BORRMANS M., *Droit, foi et raison en Islam*, in *Horizons Maghrébins - Le droit à la mémoire*, XXV-XXVI, 1994.

BOSELLI A., *Rischio, alea e alea normale nel contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948.

BOSELLI A., *Le obbligazioni fondamentali nel contratto aleatorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949.

BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Utet, Torino, 1952, 91.

BOSELLI A., *Sulla aleatorietà della vendita con riserva dell'usufrutto*, in *Giur. it.*, I, 1, 1952.

BOTIVEAU B., in *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala, Paris, 1993.

BOUHARATI B., *Les fonds islamique en Europe. Régulation ou réglementation ?* Larcier, Paris, 2016.

BRUNSCHVIG R., *De la fiction légale dans l'Islam médiéval*, *Studia Islamica*, 32, 1970.
Available at <https://www.jstor.org/stable/1595207>

C

CAMPANINI M., in *Il corano e la sua interpretazione*, Editori Laterza, Bari, 2016.

CANDIAN A., *L'assicurazione e il "takaful": un possibile legal transplant nel mercato finanziario italiano*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, Napoli, 2017.

CANDIAN A., *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Giuffrè, Milano, 1990.

CARAVELLI C., voce *Alea*, in *Nuovo dig. it.*, I, Torino, 1938.

CARBONNIER J., *Les obligations*, PUF, Paris, 1993.

CARUSI E., *Sui rapporti tra diritto romano e diritto musulmano*, in *Atti delle Società Italiana per il Progresso delle Scienze*, VII riunione, Siena e Roma, 1913.

CASTRO F., *Diritto musulmano*, Utet, Milano, 2006.

CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli Editore, Torino, 2007.

CASTRO F., *Muhammad Qadri Pasha (1821-1888) giurista e statista egiziano. Primi appunti per una biografia*, Roma, 1990.

CAUSSE-BROQUET G., *La finance islamique*, 2 ed., RB Édition, Paris, 2012.

CHARBONNIER J., *Islam : droit, finance et assurance*, Larcier, Bruxelles, 2011.

CHAPRA U.M., *Obiettivi dell'ordine economico islamico*, (tr. it. di P. VISANI), Arktos, Torino, 1979. CHAPRA U.M., *What is Islamic economics*, Jeddah: IRTI – IDB, 1996.

CHAPRA M.U., *Objectives of the Islamic Economic Order*, the Islamic Foundation, Leicester, London, 1979.

CHAPRA M.U., *Islam and the Economic Challenge*, The Islamic Foundation and The International Institute of Islamic Thought, Islamic Economics Series, 1995.

CHAPELLIERE I., *Éthique & Finance en islam*, Éditions Koutoubia, Paris, 2009.

CHAUMONT È., *Quelques réflexions sur l'actualité de la question de l'ijtihad*, in *Lectures contemporaines du droit islamique : Europe et monde arabe*, Strasbourg, 2004.

CHAUMONT È., *La problématique classique de l'ijtihad et la question de l'ijtihad du Prophète : Ijtihad, Wahy et 'Isma*, in *Studia Islamica*, LXVV, 1992. Retrieved from www.jstor.org/stable/1595623.

CHEHATA CH., *La théorie de l'obligation en droit musulman*, Noury, Le Caire, 1936.

CHEHATA CH., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Tom. 1, Les Sujets de l'obligation, Imp. F.E. Noury&Fils, Le Caire, 1936.

CHEHATA CH., *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite. Les sujets de l'obligation*, Editions Sirey, Paris, 1969.

CHEHATA CH., *Essai d'une théorie de l'obligation en droit musulman* (Réimpression de l'édition de 1969), Dalloz-Sirey, Paris, 2005.

CHEHATA CH., *Droit Musulman. Application au proche orient*, 1 ed., coll. Précis Dalloz, Paris, 1970.

CHEHATA CH., *La religion et les fondements du droit en Islam*, in *Islam : Dimensions religieuses du droit*, *Archives de philosophie du droit*, XVIII, 1973.

CHELHOD J., *Arabie du Sud : histoire et civilisation : le peuple yéménite et ses racines*, Maisonneuve & Larose, Paris, vol. 2, 1, 1995.

CHINÈ G.-M. FRATINI-A. ZOPPINI, *Manuale di diritto civile*, VIII, Roma, 2016/2017.

COLTRO-CAMPI C., *Considerazioni sui contratti a premio e sulla aleatorietà dei contratti di borsa*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1958.

COMAIR-OBEID N., *Particularity of the Contract's Subject-Matter in the Laws of the Arab Middle East*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 11, 4, 1996.

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

COULSON N.J., *Commercial law in the Gulf states: The Islamic legal tradition*, Graham&Trotman, London, 1984.

CRAWLEY SH., *Does an Extension of Time Clause Prevent a Construction Contract Being Infected by Gharar?*, *Arab Law Quarterly*, vol. 26, 2, 2012.

CROME C., *Teorie fondamentali delle obbligazioni nel diritto francese*, Milano, 1908.

D

DALMARTELLO A., *I contratti delle imprese commerciali*, Cedam, Padova, 1962.

DE BELDER R.T., *Shari'a Supervisory Boards and Shari'a Compliance*, in AA.VV. *Islamic Finance. A Guide for International Business*, GMB Publishing, Philadelphia, 2008.

DELORENZO Y.T., *Shari'ah Supervision in Modern Islamic Finance*. Available at https://www.guidanceresidential.com/docs/shariah_supervision_in_modern_islamic_finance.pdf.

D'EMILIA A., *Diritto romano e diritto islamico*, in *Scritti di diritto islamico*, Roma, 1976.

DENOZZA F., *Contratto e impresa nell'assicurazione a premio*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, Milano, 1978.

DI AW A., *La crise financière mondiale et la finance islamique : une revue de la littérature*, MPRA Paper, University Library of Munich, Germany, 2011. Available at https://mpra.ub.uni-muenchen.de/32754/2/MPRA_paper_32754.pdf.

DI BLASI C., *Emptio spei*, in *Giur. it.*, IV, 1944.

DONATI A., VOLPE PUTZOLU G., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Giuffrè, Milano, 2000.

DONINI V.M., *Il diritto del commercio internazionale nel mediterraneo tra diritto islamico e lex mercatoria*, ESI, Napoli, 2007.

DONINI V.M., *Regola Morale e Pragmatismo Economico nel Diritto Islamico dei Contratti*, in *Quaderni di diritto musulmano e dei paesi islamici*, IPOCAN, Roma, 2012.

DONINI V.M., *Cenni sul diritto islamico dei contratti*, in *Iura Orientalia*, VI, 2010.

DONINI V.M., *La formazione del contratto nel diritto islamico e nei paesi arabi del Mediterraneo*, in *Global Law v. Local Law*, Torino 2006.

DRAZ U., *L'usure en droit musulman*, in Louis Milliot (éd.), *travaux de la semaine internationale de droit musulman (1951)*, Recueil Sirey, Paris, 1953.

DUPRET B., *La Chari'a est la source de la législation : interprétations jurisprudentielles et théories juridiques*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, CNRS Éditions, Paris, 1995.

E

EL-BOKHARI M., *Les traditions islamique*, tr. fr. di O. Houdas, T.II, E. Leroux, Paris, 1906.

EL-GAMAL M.A., *Interest and the Paradox of Contemporary Islamic Law and Finance*, in *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 1, 2003. Available at <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol27/iss1/6>.

EL-GAMAL M., *Finance islamique. Aspects légaux, économiques et pratiques*, tr. fr. di J. Haverals, 1 ed., De Boeck, Bruxelles, 2010.

EL-MOURTADA A. I.-Y., *Al-Baḥr Al-zakhār: Al-jāmi‘ li-madhāhab ‘ulamā’ al-amṣār*, vol. 6, 1 ed., Dar Al-Hikma Al-Yamania, Yemen, 1947 (2 éd., 1986).

EL-SANHOURY A. R., *Le droit musulman comme élément de refonte du code civil égyptien*, in *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Librairie de la société Anonyme du recueil Sirey, Paris, 1938.

EL-SHEIKH S., *Islamic Economics and Finance, Then and Now: A Fiqhi-conomic Perspective on Its Doctrines and Debates*, in *International journal of economics, Management and accounting*, 19, 1, 2011.

ERCANBRACK J., *The Standardization of Islamic Financial Law: Lawmaking in Modern Financial*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 67, 4, 2019. Available at <https://doi.org/10.1093/ajcl/avz010>.

ERSILIA F., *Economia religione e morale nell'islam*, Carocci editore, Roma, 2013.

F

FALL OULD-BAH M., *Les systèmes financiers islamique. Approche anthropologique et historique*, Karthala Editions, Paris, 2011.

FLOUR J.-AUBERT J.L., *L'acte juridique*, in *Les obligations*, Armand Collin, Paris, 1975.

FRENZ T.-SOUALHI Y., *Takaful & Retakaful: Advanced Principles & Practices*, 2 ed., IBFIM, Kuala Lumpur, 2010.

FROSINI T. E., *Diritto Comparato e Diritto Globale*, in *Diritto: Storia e Comparazione: Nuovi Propositi per Un Binomio Antico*, (edited by) M. BRUTTI, A. SOMMA, vol. 11, Max Planck Institute for European Legal History, Frankfurt Am Main, 2018. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/j.ctv4cbhqs.12.

G

GALGANO F., *La giurisprudenza nella società post-industriale*, in *Contr. e impresa*, vol. 5, 2, 1989.

GAMBARO A., MONATERI P. G.-SACCO R., voce *Comparazione giuridica*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., vol. 3, Utet, Torino, 1988.

GAMBARO A., SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, 4°ed., Utet Giuridica, Milano, 2018.

GHAZANFAR S.M., AZIM ISLAHI A., *Economic thought of an Arab scholastic: Abu Hamid Al-Ghazali (AH450-505/1058-1111AD)*, in S. M. GHAZANFAR, S. TODD LOWRY, *Medieval Islamic Economic Thought: Filling the Great Gap in European Economics*, Taylor & Francis Group, 2003. Available at *ProQuest Ebook Central*, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=182449>.

GHIRYANI S., *Dawabit el ijthihad enda al malikiya fi fiqh al muamalat* (tr. libera: I parametri dello sforzo compiuto dei malikiti nella giurisprudenza di transazioni), Beirut, 2013.

GHOUL W. A., *The Standardization Debate in Islamic Finance: A Case Study*, working paper presented at 8th International Conference on Islamic Economics and Finance, Doha-Qatar, 2011.

GRASSA R., *Shari'ah Governance System in Islamic Financial Institutions: New Issues and Challenges*, in *Arab Law Quarterly*, XXVII, 2, 2013.

GRIJPSTRA D., BROEK S., BUISKOOL B.-J., PLOOIJ M., *The role of mutual societies in the 21st century*, in *Directorate General for internal policies*, 2011.

H

HABACHY S., *Property, Right, and Contract in Muslim Law*, *Columbia Law Review*, vol. 62, 3, 1962. Available at <https://doi.org/10.1002/tie.5060040305>

HAKIM R., *Harmonization of Shariah Rulings in Islamic Finance: An Analysis, Ijtihad: Jurnal Hukum dan Ekonomi Islam*, vol 7, 2, 2013. Available at <https://ejournal.unida.gontor.ac.id/index.php/ijtihad/article/view/88/68>.

HALLAQ W.B., *An Introduction to islamic law*, 1 ed., Cambridge University Press, 2009. Available at <https://doi.org/10.1017/CBO9780511801044>

HALLAQ W. B., *Shari'a: theory, practice, transformations*, 1 ed., Cambridge University Press, New York, 2009.

HAMAUI R., MAURI M., *Economia e finanza islamica*, Il Mulino, Bologna, 2009.

HAMDAN N., *Al-Muwatta'at li-l-Imam Malik*, Dar al-Shamiyyah, Beirut, 1992.

HASSAN H. H., *Hukm Al-Shariah Al-Islamiyah fi Uqud Al-Tamin* (The Shari'ah Law Opinion Regarding Insurance), Dar Al-I'tisam, Al-Qahirah-Egypt, 1979.

HAYAT M., KURESHI H., *Contracts and Deals in Islamic Finance*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2015.

HESSE H., JOBST A. A., SOLÉ J., *Trends and challenges in Islamic finance*, in *World Economics*, vol. 9, 2, 2008.

HIDEUR N., *La finance islamique entre la lettre et l'esprit*, in *Les cahiers de la Finance islamique*, 4, 2013. Available at <http://sfc.unistra.fr/enseignements/emba-finance-islamique/>

HIMEUR CH. M., *Les contrats de la finance islamique. Analyse prospective*, Larcier, Bruxelles, 2018.

HOOPER C. A., *The civil law of Palestine and Transjordan*, vol. 1, Azriel Press, Jerusalem, 1933.

HORII S., *Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafīs and Their "Exits" (Makhārij)*, in *Islamic Law and Society*, vol. 9, 3, 2002. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3399460

HOYLAND R. G., *Arabia and the Arabs: From the Bronze Age to the Coming of Islam*, Routledge, Routledge, London, 2001.

I

IBN 'ASHUR T., *Les buts de la loi islamique: Maqâsid Al-Sharia Al-Islamiyya*, tr. fr. di H. BOUTALEB, Paris, 2018.

IBN JUZAYY M. IB-A., *Qawanin al-Ahkam al-shar'iyah wa-al-masa'il Furu' al-fiqhiyah*, Beirut, 1979.

IBN RUSHD A. W., *The distinguished jurist's primer* (A translation of Bidayat al-Mujtahid wa-Nihayat al-Muqtasid), vol. 2, Centre for Muslim Contribution to Civilization, Doha-Qatar, 1996.

IBN TAYMIYYA T.-D. A., *Il buon governo dell'Islam* (a cura di G.M. Piccinelli), Università degli studi di Bologna, Bologna, 2001.

IBN TAYMIYYA T.-D. A., *Al-fatawa al-Kubra* (I pareri grandi), III, Dar al-Ansar, Le Caire, 1964.

J

JACOMETTI V., POZZO B., *Traduttologia e linguaggio giuridico*, Cedam, 2018.

JACOMETTI V., *Lingua del diritto e linguaggi specialistici*, in *Dig. disci. priv., sez. civ.* (Aggiornamento diretto da R. SACCO), Torino, Utet, 2013.

JAHEL S., *Chari'a et contrat internationaux*, in *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012.

JAHEL S., *Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, LV, 1, 2003.

JAHÉL S., *Le khiyar al-chart, clause de repentir du droit musulman et les intermittences de la volonté, Mélanges dédiés à Louis Boyer*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.

JAHÉL S., *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, in *La place de la chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Éditions Panthéon-Assas, Paris, 2012.

JANY-CATRICE F., MEDA D., *L'économie au service de la société*, Les Petits Matins, Paris, 2019.

JINNAH AHMAD M. A., HUSSAIN L., *Fiqh Adaptation (Takyīf Fiqhī) for the Concept of a Performance Fee in Takāful*, *ISRA International Journal of Islamic Finance*, 5, 2, 2013. DOI: [10.12816/0002774](https://doi.org/10.12816/0002774)

K

KASSANI A., *Al-Bada'i as-sana'i fi tartib ash-sharai'*, Ag-Jami'iyat, Le Caire, 1910.

KASSIM Z. A. M., ODIERNO H. S., PATEL S., *Hybrid Insurance Structures: Reciprocals, Hybrid Mutual Insurers, and Takaful*, in *Takaful and Mutual Insurance. Alternative Approaches to managing risks*, The World Bank, Washington, 2013.

KASSIM Z. A. M., *Takaful: The Islamic Way of Insurance*, *Contingencies*, 38, 2005.

KASSIM Z.A.M., *The primary insurance models*, in *Takaful and Mutual Insurance: Alternative Approaches to Managing Risks*, in *International Bank for Reconstruction and Development*, The World Bank, Washington, 2013.

KASSIR W., *La lex mercatoria: mythe et réalité*, in *Proche-Orient Etudes Juridiques*, XLV, 1, Presses de l'Université Saint-Joseph, 1992.

KETTELL B., *Introduction to Islamic banking and finance*, John Wiley & Sons Pte. Ltd., UK, 2011.

KHORSHID A., *Islamic Insurance: A Modern Approach to Islamic Banking*, Routledge, London, 2004.

KOURIDES P.N., *The Influence of Islamic Law on Contemporary Middle Eastern Legal Systems: The Formation and Binding Force of Contracts*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, IX, 2, 1970.

KINDT H., *Das islamische Versicherungswesen, Leitideen und Organisationsform*, *Versicherungswirtschaft*, 9, 1985.

L

LAGARDE P., *Remarque sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Revue Critique de Droit International Privé*, Dalloz, Paris, 2006.

LAGHMANI S., *Les écoles juridiques du sunnisme*, in *Pouvoirs*, vol. 104, 1, 2003. Available at <https://doi.org/10.3917/pouv.104.0021>

LAHBIB TOUGANI M., *Les fondements légaux de l'activité économique en Islam*, Colloque de l'ASMECI sur les pratiques bancaires islamiques et son impact sur le développement au Maghreb, Mohammedia, 1989.

LAHLOU A., *Economie et finance en islam, une éthique pour stabiliser l'économie et recadrer la finance*, Al Madariss, Casablanca, 2015.

LA TORRE A., *L'assicurazione nella storia delle idee. La risposta giuridica al bisogno di sicurezza economica: ieri e oggi*, 2 ed., Giuffrè, Milano, 2000.

LIEBESNY H. J., *Stability and Change in Islamic Law*, in *Middle East Journal*, vol. 21, 1, 1967. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/4324089.

LINANT DE BELLEFONDS Y., *L'autonomie de la volonté en droit musulman*, in *Revue Int. de droit comparé*, Paris, 1958.

M

MADDALUNA R., *Contratto preliminare di donazione: la Cassazione sulla sua (in)ammissibilità*, pubblicato in www.diritto.it – Diritto&Diritti nel gennaio 2018.

MADZLAN M. H., *Legal Issues in Takaful*, in *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009.

MAGGI S., *Mutuo soccorso Cesare Pozzo. 140 anni di solidarietà (1877-2017)*, Il Mulino, Bologna, 2017.

MAHMASSANI S. R., *Transactions in the Shari'a*, in *Law in the Middle East*, eds. M. KHADDURI and H. LIEBESNY, Middle East Institute, Washington, 955.

MAHMASSANI S., *Falsafat al-tachrih' fil' Islam (La filosofia della giurisprudenza islamica)*, Beirut, 1980.

MAINE H. S., *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relation to modern ideas*, Boston, 1963.

MAHMASSANI S., *An-Nazariyat al-Amal li-Imugibat wa l-uqud fil-sharia al-islamiya*, Beirut, 1948.

MAKHOLOUF A., *L'emergence d'un droit international de la finance islamique : origines, formation et integrazione en droit Francais*, IRJS Éditions, Paris, 2015.

MAKDISI J. A., *The Islamic Origins of the Common Law*, 77, N.C. L. Rev., 1999.

MAKDISI J. A., *Legal History of Islamic Law & English Common Law. Origins and Metamorphosis*, 34 Clev. St. L. Rev., 1985-86.

MAKDISI J., *Legal logic and equity in islamic law*, in *American journal of comparative law*, vol. 33, 1, 1985. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/840118

MALLAT CH., *Tantawi on Banking Operations in Egypt*, in *Islamic legal interpretation: muftis and their fatwas*, M. Kh. MASUD, B. MESSICK, D. POWERS (edited by), Harvard University Press, 1996.

MANSOUR C., *l'autorité dans le pensée musulmane, le concept d'ijma' (consensus) et la problématique de l'autorité*, Vrin, Paris, 1975.

MARTENS A., *La finance islamique : fondement, théories et réalité*, Université de Montréal. Département de sciences économiques, Montréal, 2001. Available at <http://hdl.handle.net/1866/360>

M. M. ALI, *Le Qur'an Sacre, Al-Ma'idah*, tr. fr. di G. VALOIS, Canada, 1990.

MAWLAWI F., *Nizam Al-Taim Wa-Mawqaf Al-Shariah Minh (Insurance System and Shari'ah Position from This Contract)*, Mu'assas'at Al-Rayan, Beirut, 1996.

MAYER A.E., *Islamic banking and credit policies in the Sadat era: the social origins of Islamic banking in Egypt*, Arab law Quarterly, vol. 1, 1, 1985.

MAZIDI S., *Vers une harmonisation de la Chari'a avec le commerce international*, in *La Revue du Centre Michel de l'Hospital*, L'Etude, 18, 2019. Available at <https://hal.uca.fr/hal-02172069>

MEZOUAR A., *Ètude sur les actes arabes au Maroc*, Imp. Réunies, Casablanca, 2014.

MILLIOT L., BLANC F.-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2 ed., Éditions Dalloz, Paris, 2001.

MILLIOT L., *Introduction au droit musulman*, Recueil Sirey, Paris, 1953.

MIRABELLI G., *La rescissione del contratto*, ND, Napoli, 1951.

MOHAMMED N., *Principles of Islamic Contract Law*, in *Journal of Law and Religion*, Cambridge University Press, vol. 6, 1, 1988.

MOHD F.Y., *Brief outline on the concept and operational system of Takaful Business (Islamic insurance)*, in *FAIR Review*, 1997.

MONATERI P.G., *Methods of Comparative Law*, Cheltenham and Northampton, UK, 2012.

MOSCO L., *Onerosità e gratuità degli atti giuridici*, Milano, 1942.

MUHAMMAD A., *Understanding Islamic Finance*, John Wiley & Sons, UK, 2007.
Available at <https://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=351636>.

MURACCIOLE L., *La Semaine de droit musulman*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, 4, 1951.

MUSA M.-Y., *At-Tashri' al-islami wa-atharuh fi l-fiqh al-gharbi*, al-Maktabat ath-thaqafiya, Le Caire, 1960.

MUSIO A., *La buona fede nei contratti dei consumatori*, ESI, Napoli, 2001.

MUSLEHUDDIN M. M., *Islamic Jurisprudence and the Rule of Necessity and Need*, Islamabad-Pakistan, 1957.

N

NABIL A. S., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, 2 ed, Graham & Trotman, London, 1992.

NADRI K., *A Critique of Islamic Banking and Finance: Harmonization of Fatawa (Islamic Opinions) and the Nature of Modern Economic Life*, in *Working paper presented at IIUM International Conference on Islamic Banking Finance (IICIBF)*, Tehran, 2007.

NALLINO C. A., *Intorno al divieto imperiale dell'affratellamento e ad alcuni paralleli arabi*, in *Studi per Riccobono*, III, Roma, 1936.

NALLINO C.A., *Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafita*, Oriente Moderno, Anno 7, 9, 1927. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/25807861.

NALLINO C.A., *Gli studi di E. Carusi sui Diritti Orientali*, in *Rivista degli Studi Orientali*, IX, Roma, 1921-23.

NORDBRUCH G.-RYAD U. (eds.), *Transnational Islam in Interwar Europe: Muslim Activists and Thinkers*, Palgrave Macmillan US, 2014.

NEHAD A., KHANFAR A., *A critical analysis of the concept of gharar in Islamic financial contracts: different perspective*, *Journal of Economic Cooperation and Development*, 37, 1, 2016.

NEHME A., *L'assurance entre loi islamique et droit positif: l'exemple des droits français et libanais*, in *Éthique et normes de la finance* (IRJS éditions), Paris, 2015.

NICOLÒ R., voce *Alea*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, I, 1958.

NIELSON J.S., CHRISTOFFERSEN L. (Eds.), *Shari'a as Discourse: Legal Traditions and the Encounter with Europe*, Farnham/Burlington, 2010.

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

O

OBEIDULLAH M., *Islamic Financial Services*, *Islamic Economics Research Center*, King Abdul Aziz University, Jeddah-Saudi Arabia, 2005.

ODIERNO H. S., SCOTT P., *Achieving Common Standards in Takaful Regulations*, in *Middle East Insurance Review*, 2007.

ODIERNO H. S.-KASSIM Z. A. M., *Oversight in Takaful*, in *Takaful and Mutual Insurance. Alternative Approaches to Managing Risks*, The World Bank, Washington, 2013.

OPWIS F., *Maslahah and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, in *Studies in Islamic Law and Society*, Brill, 2010.

OSANI U.-AHMAD A.-HASSAN M., *The Legal Implications of 'Fatwā Shopping' in the Islamic Finance Industry: Problems, Perceptions and Prospects*, in *Arab Law Quarterly*, 30, 2, 2016. Retrieved from www.jstor.org/stable/2481104

OSMAN W.M.N.W., *The Legal and Regulatory Framework of the Malaysian Takaful Industry*, in *Islamic Insurance: Trends, Opportunities and the Future of Takaful*, (edited by S. Jaffer), Euromoney Books, 2007.

OSTI G., voce *Contratto*, in *Noviss. Dig. It.*, IV, 1959.

P

PANSIER F. J., GUELLATY K., *Le droit musulman*, in *Que sais-je ?* PUF, Paris, 2000.

PAPA M., *La definizione di contratto e l'autonomia contrattuale in diritto musulmano: dai principi della Shari'a alle legislazioni contemporanee*, in *Roma e America Latina*, VII, Roma, 1999.

PAPA M., *La šarīa e il potere politico nel pensiero di Ibn Taymiyya*, in *Rivista italiana di intelligence*, 3, 2017.

PASCALINO P., *Contratti aleatori tipici ed alea convenzionale*, in *Riv. dir. nav.*, II, 1949.

PEGORARO L., *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014.

PELLAT CH., *Ibn Al-Muqaffa' mort vers 140/757, conseiller du califfo*, Maisonneuve-Larose, Paris, 1976.

PICCINELLI G. M., *Assicurazioni, finanza e solidarietà: il nuovo modello del Takaful islamico*, in *Italia mondo arabo*, in *Rivista trimestrale della Camera di commercio italo-araba*, Roma, 14, 1, 2004.

PICCINELLI G.M., *Introduzione: i principi e gli istituti finanziari islamici: alcuni aspetti giuridici relativi alle banche islamiche*, in *Oriente Moderno*, vol. 7, 1, Roma, 1988.

PICCINELLI G.M., *La dimensione etica nel diritto musulmano dei contratti*, in *Roma e America Latina*, VII, Roma, 1999.

POZZO B., TIMOTEO M., *Introduzione*, in *Europa e linguaggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 2008.

Q

QURRADAGHI A.M., *L'assurance islamique : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratique*, Bayane Éditions, La Courneuve, 2011.

R

RAHMAN A. Z., REDZUAN H., *Takaful: The 21st Century Insurance Innovation*, McGraw-Hill, Kuala Lumpur, 2009.

RASUL B., *Identifying the Main Regulatory Challenges for Islamic Finance*, in *Islamic Finance: Instruments and Markets*, Bloomsbury Information Ltd, London, 2010.

RAYNER S.E., *The Theory of Contracts in Islamic Law*, Graham & Trotman Ltd, London, 1991.

RIPPIN A., *The Qur'ān and its interpretative tradition*, Variorum Collected Studies, 2002.

RODINSON M., *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968.

ROMANO S., *L'Ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975.

ROSLY S.A., *Critical Issues on Islamic Banking and Financial Markets*, Dinamas, Kuala Lumpur, 2005.

ROSLY S.A., *Islamic Insurance: Takaful*, Business-Focus, The Sun, Kuala Lumpur, 1996.

ROSSETTI M., *Il diritto delle assicurazioni, L'impresa di assicurazione - Il contratto di assicurazione in generale*, I, Milano, 2011.

RUSSO T. V., *I contratti Sharia compliant. Valori religiosi e meritevolezza degli interessi*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2014.

RYCX J.-F., *Systèmes juridiques et économie islamique*, in *Les capitaux de l'islam*, G. BEAUGE (coord.), CNRS Éditions, Paris, 2001.

S

SACCO R., *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, II Mulino, Bologna, 2007.

SACCO R., *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 1949.

SACCO R., *Poveri strumenti per un affascinante disegno*, in *Il libro e la bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro*, PAPA M, PICCINELLI G.M., SCOLART D (a cura di), II, ESI, Napoli, 2011.

SACCO R., *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, no. 1, 1991. Available at *JSTOR*, www.jstor.org/stable/840669

SAINT-PROT CH., RAMBAUD TH., *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, in *Études Géopolitique*, 11, Éditions Karthala, Paris, 2012.

SALANDRA V., *Dell'assicurazione*, in *Commentario al Codice civile* (a cura di Scialoja-Branca), Bolgna-Roma, 1966.

SALEEM M.Y., *Islamic Commercial Law*, John Wiley & Sons, 2013. Available at <http://ebookcentral.proquest.com/lib/abdn/detail.action?docID=1068761>.

SALEH N. A., *Unlawful Gain and legitimate Profit in Islamic law: Riba, Gharar, and Islamic Banking*, in *Arab and Islamic Law series*, 2 ed., Graham and Trotman, London 1992.

SALEH N.A., *Définition and formation of contract under Islamic and arab laws*, in *Arab Law Quarterly*, vol. 5, 2, 1990.

SALEH N.A., *Freedom of contract: What does it mean in the context of arab laws?* in *Arab Law Quarterly*, vol. 16, 4, 2001.

SANHOURI A.R., *Masadir al-Haq fil Fiqh al-Islami* [en arabe], II, al-Majma al-Arabi al-Islami, Beirut, 1954-1957.

SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. 1, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938.

SANTILLANA D., *Istituzioni di diritto musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol. 2, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938.

SCALFI G., *Considerazioni sui contratti aleatori*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1960.

SCARCIA AMORETTI B., *Profilo dell'economia islamica*, vol. 49, Istituto Universitario Orientale, Napoli, 1989.

SCARCIA AMORETTI B. (a cura di), *Profilo dell'economia islamica*, Centro Culturale Al Farabi, Palermo, 1988.

SCHACHT J., *An Introduction to islamic law*, Oxford University Press, UK, 1982.

SCHACHT J., *Introduction au droit musulman*, 2 ed., Maisonneuve et Larose, Paris, 1999.

SCHACHT J., *The Schools of Law and Later Developments of Jurisprudence*, in M. KHADDURI and H. J. LIEBESNY (eds.), in *Law in the Middle East*, vol. 1, Washington, 1955.

SHAFI M., Zindegi B., (tr. ing. di A. A. MEENAI, *Life Insurance*, Darul Ishaat, Karachi-Pakistan, 1995.

SHAKEEL A., PRADHAN H.K., IRSHAD A., *Islamic Banking and Financial Systems: Future Strategies for Facing the Challenges Towards Market Leadership*, 2012. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2008886>

SHALIBAR M.-H., *Qadiyat al-khair wa l-shar fil-fikr al islami*, 2 ed., Dar al-ulum ag-jami'yyat, Cairo, 1981.

SHANMUGAM B., ZAHARI Z. R., *A primer on Islamic Finance, the research foundation of CFA institute*, 2009. Available at <https://doi.org/10.2470/rf.v2009.n6>

SHAWKANI Ash, *Nayl al-Awtar* [recueil de *hadith*], vol. 5, Dar Ibn al-Jawzi, United Kingdom, 2006, p. 155.

AL-QARAFI SH.-D., *Al-Furuq*, aw, anwar al-buruq fi anwa' al-furuq, III, Le Caire, 2013.

SCHERMAIER M. J., *Bona fides in Roman contract law*, in Zinnermann R., Whittaker S., *Good Faith in European Contract Law*, in *Cambridge Studies in International and Comparative law the Common core of European private law*, 2000.

SERHAL C., *La structuration de produits chari'a compatibles*, in *La finance islamique à la française*, LARAMEE J.-P. (coord.), Éd. Secure Finance, 2008.

SIDDIQ AL DARIR M. A., *Al-Gharar in contracts and its effects on contemporary transaction*, Eminent Scholars lecture Series, 6, Jeddah, 1997.

SIDDIQ AL DARIR M. A., *Al Gharar our atharahou fi al ouqoud fi al. fiqh al islami*, Dar Nashr al thakafa, Le Caire, 1967.

SIDDIQUI F., HUNT-AHMED K., *Takaful*, in HUNT-AHMED K. (ed), *Contemporary Islamic Finance*, John Wiley & Sons, USA, 2013.

SOMMA A., *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma, 2014.

SOUALHI Y, HTAY SH., ARIF M., RABITTAH H., SHAUGEE IB., *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2013.

SOUALHI Y.-HTAY SH.-ARIF M.-RABITTAH H.-SHAUGEE IB., *Accounting, Auditing and Governance for Takaful Operations*, John Wiley & Sons Singapore Pte. Ltd., 2013.

SOUALHI Y., Surplus Distribution in Current "Takāful" Operations: A Critical Sharī'ah Perspective, *Arab Law Quarterly*, vol. 30, 3, 2016.

SOURIOUX J.-L., *le concept de principe général, dans les principes généraux du droit : droit français, droit des pays arabes, droit musulman : dénominateurs communs*, Bruxelles, 2005.

T

TAQI AL DIN H.M., *Al-usul al ammah lil fiqh al muqaran*, Al-Majma' al-'ilmi li-ahl al-bayt, Qum, 1997.

TAWNEY R. H., *La religione e la genesi del capitalismo* (tr. it. di G. degli Uberti), Feltrinelli Economica, Bari, 1994.

TOLEFAT A., *Investment Portfolios of Takaful Undertakings*, in *Takaful Islamic Insurance: Concepts and Regulatory Issues*, John Wiley & Sons (Asia) Pte. Ltd., 2009.

TRIBOU G., *L'entrepreneur musulman. L'Islam et la rationalité d'entreprise*, l'Harmattan, Paris, 1995.

TAWFI N.-D., *Risala al-Massaleh al Morsala*, Beirut, 1904.

V

VAN LAER C. J. P., XANTHAKI H., *Legal Transplants and Comparative Concepts: Eclecticism Defeated?*, in *Statute Law Review*, vol. 34, 2, 2013.

VERCELLI G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Milano, 2002.

VOGEL F.E.-HAYES S.L., *Islamic Law and Finance, Religion, Risk and Return*, in Arab and Islamic Laws Series, Brill, Leiden, 1998.

VOLPE PUTZOLU D., *Manuale di diritto delle assicurazioni*, Milano, 2000.

W

WALID B. H., *La finance islamique devant le juge étatique : étude comparée*, in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 67, 4, 2015.

WARDE I., *Islamic finance in global economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000.

WARDE I., *Riba, Gharar, and the Moral Economy of Islam in Historical and Comparative Perspective*, *Islamic Finance in the Global Economy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2000.

WEBER M., *Sociologie du droit, Droit et société*, *Questions d'anthropologie*, 5, 1987.

WEBER M., *Economia e società. Comunità religiose*, Donzelli, Roma, 2006.

WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, tr. it. di A. M. Marietti, BUR, Milano, 1991.

WEHBERG H., *Pacta Sunt Servanda*, in *American Journal of International Law*, LIII, 1959, p. 775.

WILSON R., *Financial development of the Arab gulf: The Eastern Bank experience, 1917-50*, in *Business History*, vol. 29, 2, 1987.

Z

ZAHRAA M., MAHMOR S.M., *The Validity of contracts when the goods are not yet in existence in the Islamic Law of sale of Goods*, ALQ, 17, 2002.

ZAMIR IQ., MIRAKHOR A., *An introduction to Islamic finance theory and practice*, 2 ed., Wiley Finance Publications, Singapore, 2007.

Ab.-K. ZAYDAN, *Al-Wajiz fi usul al-fiqh*, Maktabat al-Quds, Bagdad, 1985

ZIAMARI K.-DE RUITER J.J., *Les langues au Maroc : réalités, changements et évolutions linguistiques*, in B. DUPRET, Z. RHANI, A. BOUTALEB, J. FERRIE, *Le Maroc au présent : D'une époque à l'autre, une société en mutation*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015.

SITOGRAFIA :

<http://www.treccani.it/enciclopedia/>

<https://www.ifsb.org>

<http://aaoifi.com>

[http://www.ansarhousing.com/takaful_home_and_auto_insurance.aspx.](http://www.ansarhousing.com/takaful_home_and_auto_insurance.aspx)

[https://www.populationpyramid.net/it/cina/2020/.](https://www.populationpyramid.net/it/cina/2020/)

[http://www.amice-eu.org.](http://www.amice-eu.org)