

Alla mia famiglia ed ai miei nonni

NEGOZI ONEROSI NEI DIRITTI RELIGIOSI
VISIONE COMPARATA

Dott. Andrea Nuvoli

Scuola di dottorato in *Diritto ed Economia dei Sistemi Produttivi* – Ciclo XXVI

Direttore della Scuola:

Chiar.mo Prof. Michele Comenale Pinto

Tutor e Relatore:

Chiar.mo Prof. Paolo Carbone

“You don’t need a weatherman to know which way the wind blows”

Bob Dylan (Subterranean Homesick Blues, 1965)

NEGOZI ONEROSI NEI DIRITTI RELIGIOSI

VISIONE COMPARATA

INTRODUZIONE

CAPITOLO I

SISTEMATICA E METODOLOGIA DELLA COMPARAZIONE INERENTE AI DIRITTI RELIGIOSI

1. Lo studio dei diritti religiosi: iter proposto p.12
2. Lo spirito dei diritti religiosi p.14
3. La classificazione e la comparazione dei diritti religiosi p.23
4. Diritti religiosi ed EAL (*Economic Analysis of Law*) p.37

CAPITOLO II

NEGOZI ONEROSI NEI MONOTEISMI ABRAMITICI E MODELLI PURI

1. Banca e religione nella tradizione dei monoteismi abramitici:
obiettivi e metodo p.44

| | | |
|-----|---|------|
| 2. | Il prestito feneratizio e l'epica guerra della Chiesa contro le usure | p.44 |
| 3. | Il prestito ad interesse nell'ermeneutica ebraica | p.51 |
| 4. | Sistemi puri ed imperfezioni strutturali | p.56 |
| 4.1 | La parabola discendente dell'influenza religiosa e le moderne proposte | p.56 |
| 4.2 | Separazione e tecnocrazia nel capitalismo occidentale | p.61 |

CAPITOLO III

L'ESPERIENZA DEL DIRITTO ISLAMICO

| | | |
|------|---|------|
| 1. | Fondamenti religiosi e giuridici | p.66 |
| 1.1. | Il divieto di <i>Ribā'</i> | p.76 |
| 1.2. | Preliminari cenni sul divieto di <i>gharār</i> (alea), <i>maysir</i> e <i>qimār</i> | p.79 |
| 2. | Nascita e sviluppo delle banche islamiche | p.81 |
| 2.1. | Il <i>Sunduq at-Tanfīr Affair</i> e i primi fenomeni di islamizzazione | p.81 |
| 2.2. | La banca islamica come fenomeno diffuso | p.86 |
| 3. | Schemi e strumenti adottati dagli enti islamici | p.90 |
| 3.1. | Hylal | p.91 |
| 3.2. | Concezione finalisticamente orientata: bilanciamento | p.95 |
| 3.3. | L'eliminazione dell'interesse: PLS (<i>Profit and Loss Sharing system</i>) | p.97 |
| 4. | <i>Mudāraba</i> y <i>Mušāraka</i> : proposte di riforma del sistema | |

creditizio p.100

CAPITOLO IV

ECONOMIA ETICA E MODELLI CREDITIZI SOLIDALI

1. Religione ed etica: trait d'union metodologico p.107
2. Il concetto di solidarietà come principio giuridico p.109
- 2.1 Sulla solidarietà: tentativi definitivi e distinzioni p.109
- 2.2 La parabola della solidarietà: dalla tradizione costituzionale
continentale occidentale al contesto attuale p.112
3. Tipologie contrattuali della moderna economia etica
ed innovatività p.116
4. Credito solidale ed altri modelli a confronto p.122
- 4.1. Il credito al consumo nella disciplina italiana e spagnola p.122
- 4.2. Microcredito cooperativo e banche etiche p.125
- 4.3. Mutuo di scopo e ruolo del vincolo di destinazione p.130
5. Sull'autonomia tipologica delle fattispecie creditizie solidali p.135

CONCLUSIONI

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

Il presente scritto è volto a sintetizzare l'apparente ossimoro espresso dal titolo, negozi onerosi nei diritti religiosi, e ad affermare la compatibilità dell'aspetto etico e solidaristico con gli elementi essenziali dei negozi onerosi, ricorrendo, a tal fine, alla base concettuale rappresentata dalle esperienze dei diritti religiosi.

In base a quanto affermato, perciò, la trattazione della coesistenza dell'imperativo etico/religioso con la partecipazione al contesto economico, sperimentato nelle realtà islamiche ed ebraiche, rappresenta un consolidato schema il cui utilizzo è finalizzato a saggiare la menzionata sintesi.

Tale indagine, lungi dall'essere condotta in maniera meramente riepilogativa, necessita di una solida consapevolezza della difficoltà sistematica insita nella vicendevole comparazione dei diritti religiosi, *in primis*, nonché della successiva e necessaria opera di armonizzazione dei risultati dell'analisi nell'odierno panorama economico, tuttora generalmente connotato, per dirla alla Dickens, dal convincimento che *“l'unica ragionevole transazione economica”* sia rappresentata dall'acquisto *“al prezzo più basso per poi rivenderla al più alto; essendo stato chiaramente dimostrato dai filosofi che tale principio comprende tutti i doveri dell'uomo”*¹.

Il presente lavoro, perciò, aspirando a non travalicare il necessario rigore accademico, si spinge ben oltre la riproposizione del moderno fermento riguardo alla reciproca comparazione degli ordinamenti religiosi, e ai profili sistematici

¹ DICKENS C., *Tempi Difficili*, Einaudi, 2006, pp.111 e ss.

connessivi, percorrendo la c.d terza via, consistente nell'utilizzare la comune ratio degli ordinamenti citati, per poi confrontarla, come detto, con i paradigmi del mondo economico-finanziario ai fini di saggiarne la generale applicabilità. Attraverso il sentiero qui sommariamente tracciato verrà sondata detta convivenza fra esigenze a prima vista confliggenti, in ossequio alla missione del moderno giurista, consistente nell'orientare la propria opera ermeneutica verso l'obiettivo di dare risposte concrete a problematiche materiali.

La tesi esposta, quindi, ambisce alla proposizione di un inedito modello generale, delineato sulla base di una necessaria visione interdisciplinare, metodo gravido di insidie dottrinali ed innovativo, ma ugualmente percorso in nome dell'ambizioso fine che sottende, raggiungibile attraverso l'impervio cammino, la strada meno battuta, parafrasando il poeta Frost, unica via dal cui percorso germoglia il pregio².

² “I shall be telling with a sigh/somewhere ages and ages hence/two roads diverged in a wood and I/I took the one less travelled by/ and that has made all the difference?” The Road not taken, Robert Frost (FROST R., *Great American Poets*, Clarkson N.Potter, Inc./ Publishers, New York, 1986, pp.34-36).

CAPITOLO I

**SISTEMATICA E METODOLOGIA DELLA COMPARAZIONE
INERENTE AI DIRITTI RELIGIOSI**

1. Lo studio dei diritti religiosi: iter proposto

I recenti fermenti accademici e dottrinali hanno recentemente determinato una maggiore attenzione verso la tematica dei diritti religiosi e del complesso dibattito inerente al rapporto fra gli stessi e i principi regolatori di alcuni settori della vita moderna. In particolare, le ragioni di quella che viene citata come “*la rivincita di Dio*”³ risiedono in una pluralità di fattori, identificati da varie trattazioni dottrinali⁴, le quali sottolineano l’acquisita dimensione pubblicistica dei diritti religiosi e la rinnovata attenzione e studio degli stessi, come naturale conseguenza del pluralismo che la Nostra società attualmente vive⁵.

³ Concezione ben delineata nel volume di KEPEL G., *La rivincita di Dio*, Rizzoli, Milano, 1991.

⁴ FERRARI S. *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, (a cura di S.FERRARI), il Mulino, Bologna, 2008.

⁵ L’opera anteriormente citata esprime in maniera elogiabile il fenomeno che spesso si verifica in relazione all’immigrazione: il pluralismo che investe la Nostra società conduce e priva alcune componenti sociali di una patria territorialmente intesa, elemento che spinge gli interessati ad identificare la propria patria, atterritorialmente intesa, nella religione, i cui precetti si radicano, in alcuni casi, in maniera ancor più significativa che nei paesi d’origine degli stessi. Tale tendenza

Inoltre, le opere menzionate evidenziano come una maggiore conoscenza dei diritti religiosi possa rappresentare un utile strumento per comporre i potenziali conflitti determinati dall'eterogeneità delle componenti sociali⁶. Tuttavia, l'aspetto che pare essere maggiormente significativo ai fini del presente lavoro, è senza dubbio quello rappresentato dalla necessità di adottare un linguaggio comune in alcuni settori che travalicano i confini della territorialità e degli ordinamenti nazionali. È precisamente in questi ambiti che emerge la significatività dell'istanza di paradigmi religiosamente (e pluralmente) compatibili⁷, finalizzata a consentire una diffusa partecipazione nei fenomeni transnazionali, quali quello economico, da parte di più soggetti distanti per tradizione, cultura e religione. In altre parole, perciò, è in questi settori che si staglia la delineazione di modelli generali, frutto di necessarie riflessioni interdisciplinari.

A tal proposito, il settore dei negozi onerosi rappresenta il perfetto strumento di analisi delle istanze succintamente avanzate, poiché assume il ruolo di pratico

può portare, in determinati ambiti, a un vero e proprio conflitto di valori con conseguenze sicuramente rilevanti.

⁶ Ai fini di analizzare organicamente i profili conseguenti alla comparazione dei diritti religiosi, e della rilevanza di tale operazione a livello sociale, vedasi altresì NEUSNER J. E SONN T., *Comparare le religioni attraverso il diritto: islam e ebraismo*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol.1, 2001, p.199.

⁷ In tal senso, come vedremo, l'Islam rappresenta un significativo precedente. Detto profilo, insieme a quello inerente alla necessità di panorami normativi religiosamente compatibili, viene, tra l'altro, sottolineato da Renè Smits nella Prefazione dell'opera di seguito citata, i cui interrogativi tracciano profonde linee di riflessione, alcune delle quali oggetto del presente lavoro: "Should religion-based law be applied across the board to adherents of that particular faith? Is the rise in Islamic finance the most visible sign of a wider phenomenon of a return of religious concepts in law?" (AA.VV. *Islamic Finance and the influence of religion on the law* (a cura di Renè Smits), Eleven International Publishing, the Hague, 2012, p.7).

campo di interazione a livello globale⁸, necessario terreno comune le cui regole e logiche si estendono e si propongono in ambiti legati a differenti civiltà giuridiche. La prospettiva enucleata ci suggerisce, quindi, una riflessione che direi obbligata, inerente, come detto, alla compatibilità fra elementi etico- religiosi, ed elementi economico-negoziati; entrambi destinati a non voler perire gli uni dinanzi agli altri, e la cui vicendevole armonizzazione⁹ diviene questione improcrastinabile.

Ai fini di conferire efficacia all'analisi *de quo*, e limitando il presente lavoro alle religioni monoteiste ed abramitiche, pare altresì adeguato tracciare alcune premesse concettuali funzionali all'analisi del complesso rapporto tra i valori menzionati.

In particolare, occorre preliminarmente evidenziare i tratti caratteristici degli ordinamenti religiosi, nonché i profili che ne delineano la singolarità, per poi poter procedere alla adeguata categorizzazione degli stessi nel panorama dottrinale.

⁸ Tale scelta si presenta come altamente innovativa, anche se oggettivamente gravida di difficoltà, rappresentando la stessa un elemento di novità nel diritto comparato delle religioni, alveo nel quale fioriscono trattazioni di diritto di famiglia. Tale settore ha rappresentato tradizionalmente un punto nevralgico, data la duplice regolamentazione, nazionale/positiva e religiosa, che conferiscono un affascinante bicefalia al sistema dei valori di riferimento.

⁹ Tale percorso viene intuito da José Casanova, che, nel suo *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, il Mulino, 2000, affermava, come riportato in Spirito, p.58, che “[...] le organizzazioni religiose non vogliono più limitarsi alla cura pastorale delle anime individuali e continuano a sollevare questioni sui legami fra moralità pubblica e privata, non ché a sfidare la pretesa dei sottosistemi sociali, in particolare lo stato e il mercato, di essere esenti da considerazioni normative “esterne” ”.

2. Lo spirito dei diritti religiosi

In relazione a quanto anticipato, perciò, ineludibile si presenta la trattazione delle peculiarità dei diritti religiosi¹⁰, intesi come quegli ordinamenti prodotti da comunità religiose.

In primis, il rango giuridico riservato ai menzionati fenomeni religiosi permane controverso, e differisce la conclusione, a seconda della visione che si voglia adottare e della concezione del diritto abbracciata. In tal senso, opportuno appare il richiamo al realismo giuridico e alle concezioni che riservano primaria attenzione, ai fini definitori, all'efficacia della norma e alla coattività del rispetto della stessa.

Con riguardo al primo rilievo avanzato, lo scandinavo Ross¹¹ esaminava la tematica in discorso in base alla concezione della necessità che la norma giuridica, per essere considerata tale, dovesse necessariamente essere percepita come socialmente vincolante dalla maggioranza della popolazione. Tale metodologia, per poter condurre al riconoscimento del rango di diritto ai fenomeni espressi, implica che i valori di una religione debbano necessariamente essere condivisi dalla maggioranza della popolazione. Parrebbe, perciò, necessario aspirare alla tendenziale uniformazione religiosa come strumento per conferire al fenomeno religioso rango ordinamentale. Tale paradossale conclusione sarebbe certamente inadeguata nel contesto comparatistico e alla realtà fattuale¹². Lo stesso Ross,

¹⁰ Per una panoramica inerente al concetto semantico di religione nel mondo giuridico, vedasi PALOMINO LOZANO R., *Religión y derecho comparado*, Iustel, Madrid, 2007.

¹¹ ROSS A., *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971.

¹² Tale concezione potrebbe conseguire l'obiettivo anelato, e resistere all'obiezione esposta in alcuni casi circoscritti, come quello di Israele, ad esempio, o di alcuni paesi islamici, il cui tessuto religioso si presenta come omogeneo. Tuttavia, come vedremo, la concezione realistica colloca il

tracciando personale conclusione al dilemma, tuttavia, inaugura una delle sue opere affermando che il diritto è e può essere solo opera dell'uomo, scartando, quindi, espressamente l'opzione che i comandamenti divini possano essere considerati alla stessa stregua¹³.

Allo stesso esito potrebbe, poi condurre, la concezione formalistica, prendendosi Kelsen come rappresentante, in base alla quale l'accento viene posto sulla coattività, o effettività delle norme¹⁴. Entrambe le concezioni esposte, in realtà, emarginano, ai fini definitivi, il contenuto della norma, evitando, perciò, di dover dibattere e selezionare i contenuti meritevoli di fregiarsi di giuridicità; il che esclude i fenomeni religiosi dalla classificazione giuridica¹⁵.

fulcro della norma nell'attività umana, opponendosi (nel senso di non dotare gli stessi di giuridicità) a tutti i fenomeni che privano l'uomo di tale prerogativa.

¹³ “Cominciamo con lo stabilire la fredda verità che il diritto è opera dell'uomo. Perfino i credenti non pensano più che il diritto consista in comandamenti di Dio e che la sua evoluzione sia governata dalla Provvidenza divina. In un modo o nell'altro noi stessi abbiamo creato il diritto e noi stessi siamo responsabili per il risultato”. Tale citazione, pienamente espressiva della concezione dell'autore della stessa, è riportata in FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, Cristianesimo ed Islam a confronto*, il Mulino, Bologna, 2002, p.15.

¹⁴ Vedasi, per una trattazione generale, BARBERIS M., *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁵ Nell'ambito della dottrina ebraica, si segnala lo sforzo interpretativo del giudice Menachem Elon, volto a ricondurre il diritto ebraico alla logica kelseniana ed azzerare, perciò, il contrasto esposto. In particolare, la norma fondamentale, che conferisce autorità alle fonti del diritto, la kelseniana *Grundnorm*, sarebbe lo stesso comando divino, che conferisce autorità alla Torah e alle istituzioni che promuovono lo sviluppo del diritto. Come ben esposto da B.Jackson (in JACKSON B., *L'Ebraismo come ordinamento giuridico religioso*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, vol.1, 2001, pp.167 e ss.), però, osta all'identificazione avanzata il fatto che il positivismo kelseniano presuppone la contingenza della

Ai fini di contrastare l'assunto sopra riportato, la dottrina ha tradizionalmente approssimato i diritti religiosi all'alveo concettuale del giusnaturalismo¹⁶, che, stante la complessità e le varianti riconducibili a tale concetto, riconosce l'esistenza di una legge che precede l'uomo e a cui l'uomo deve attenersi.¹⁷ Tuttavia, la comune catalogazione non è apparsa di facile realizzazione, vista l'impossibilità ontologica di identificare il diritto naturale con la rivelazione divina, base delle religioni monoteiste abramitiche¹⁸. In particolare, la ragione e coscienza umana appaiono cosa ben diversa dalla trascendenza insita al legislatore divino; conseguentemente, i due fenomeni trovano il rispettivo *trait d'union* nell'allocatione del fulcro delle norme al di là dell'uomo, differendo le matrici, ragione umana (diritto naturale "secolare") e Dio (diritto divino). Tale ragione è stata da più parti considerata non ostativa ai fini dell'approssimazione menzionata, seppur con le dovute cautele¹⁹, e al riconoscimento della giuridicità dei fenomeni in questione^{20 21}.

costituzione, o, perlomeno, la modificabilità e la razionalità della stessa. In realtà, come sottolinea il giudice Shamgar, in contrasto con Elon, il positivismo implica che sia lo Stato laico a fornire la *Grundnorm* affinché gli elementi religiosi ottengano cittadinanza nell'ordinamento israeliano.

¹⁶ FERRARI S. *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, Islam e Induismo*, (a cura di S.FERRARI), Il Mulino, Bologna, 2008, pp.39 e ss.

¹⁷ BARBERIS M., *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011.

¹⁸ La tematica avanzata appare alquanto complessa e maggiormente idonea ad essere trattata copiosamente in ambiti filosofici. Ai fini del presente lavoro mi pare, però, interessante riportare gli snodi della questione, pienamente cosciente del rischio di approssimatività, in quanto la tematica si rapportata concettualmente con la presente indagine, e, in secondo luogo, è rivelatrice delle varie problematiche insite alla comparazione che investe i diritti religiosi.

¹⁹ Oltre agli accorgimenti da adottare, appare rilevante ricordare i tentativi tradizionali di conciliare rivelazione e diritto naturale, premettendo che il concetto di rivelazione differisce

sensibilmente nel diritto canonico, ebraico e islamico. A tal proposito, osserviamo come nell'ordinamento canonico convivano *ius divinum naturale* e *ius divinum positivum*, intuizione riconducibile a Tommaso d'Aquino, abile nel riconciliare due idee anteriormente considerate, in alcuni casi, antinomiche. In base a questi rilievi, perciò, viene affermata l'esistenza di un diritto naturale, indirettamente divino, che Dio ha trasmesso attraverso la creazione a tutti gli uomini e che convive con il diritto divino rivelato (diremmo, perciò, direttamente divino). Illuminante, in questo senso, è il passo di S.Paolo: “*Quando i pagani, che non hanno legge, per natura agiscono secondo la legge [...], essi dimostrano che quanto la legge esige è scritto nei loro cuori ...*” contenuto in Lettere ai Romani 2, 14-16.

Tuttavia, una simile tendenza non è inedita nel panorama ebraico, in cui parte della dottrina, magistralmente fotografata da Suzanne Last Stone (LAST STONE S., *Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law*, Cardozo Law Review, vol.12, 1991, p.1138), sostiene che, prima che Dio desse a Mosè la legge sul Monte Sinai, l'umanità fosse governata dai precetti noachidi (dati da Dio ad Adamo e a Noè). Tale duplicità si mantiene viva, similmente a quanto accade nel diritto canonico, affermando la persistenza dell'applicabilità dei precetti noachidi ai gentili (non ebrei).

Interessanti spunti a riguardo possono essere altresì ritrovati in NOVAK D., *La legge mosaica e il diritto naturale*, DAIMON, Annuario di diritto comparato delle religioni, vol.IV, 2005, pp. 213-225.

²⁰ La conclusione avanzata impone altra riflessione, inerente alla corrispondenza fra il concetto di diritto diffuso nei sistemi occidentali e quello di *halachá* ebraica o *Shari'a* islamica, che spesso racchiudono nel loro ampio contenuto regole che potrebbero classificarsi come politiche, etiche, rituali e che, perciò, secondo il parametro anzidetto, dovrebbero permanere ben distinte dal diritto.

²¹ Tradizionalmente possiamo osservare che in paesi di tradizione cattolica, come l'Italia e la Spagna, dal dibattito esposto è stata espunta la posizione del diritto della Chiesa Cattolica, tracciandosi una certa corrispondenza fra i diritti statali e quello della Chiesa (considerata *societas iuridice perfecta*), considerato ordinamento giuridico primario ed originario, secondo un certo eurocentrismo e il rilievo assunto dal diritto canonico. Tale rilievo, come riportato in AA.VV. *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, Islam e Induismo*, (a cura di S.FERRARI), Il Mulino, Bologna, 2008, è testimoniato dal discorso pronunciato, in sede

In base a quanto esposto, emerge nettamente uno dei caratteri peculiari dei diritti religiosi, che, come abbiamo visto, ne rivela la problematicità nell'analisi: la rivelazione divina, ovvero la correlazione tra norma e volontà creatrice. Tale elemento connota i diritti religiosi e ne caratterizza i precetti, la cui coattività trova diretta giustificazione nella promanazione divina. Il menzionato assunto, inoltre, pone luce sulla caratterizzazione finalistica degli ordinamenti in discorso, i cui dettami sono volti alla salvezza dell'uomo²², apparendo significativa la differenza con la connotazione teleologica che permea i diritti secolari, generalmente tesa a conseguire la pacifica convivenza fra i consociati.

La citata osservazione porta, senza dubbio, a constatare, come fece Max Weber²³, l'impossibilità di una piena razionalizzazione dei diritti religiosi, e la conseguente sterilità di una ricerca della piena razionalità o della logica tecnicamente giustificabile di alcune disposizioni normative. Detto rilievo appare non certo secondario, in un duplice senso: in primis, rende arcigna la comparazione fra

costituente, da Giuseppe Dossetti (*“come giurista non posso dire che oggi, di fronte al diritto e alla coscienza giuridica universale, l'ordinamento storicamente originario degli ebrei sia originario anche in senso tecnico, si ponga cioè con tutta l'esteriorità, la completezza, l'autosufficienza di mezzi e di organizzazione, la consolidazione di una sfera di vigore propria degli ordinamenti giuridici primari e sovrani?”*).

²² Affermava, a tal proposito, Rav Nissim Gherondi, che la Torah e le sue leggi “[...] non hanno come scopo la conservazione della società ma piuttosto la discesa dell'effulgenza divina sopra la nostra nazione e la sua comunione con noi”. (FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.10). Su questo aspetto, vedasi altresì l'interessante disamina di Bernard Jackson (JACKSON B., *L'Ebraismo come ordinamento giuridico religioso*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, vol.1, 2001, pp.175 e ss.).

²³ REHEINSTEIN M., *Max Weber on Law and Society*, Harvard University Press, Cambridge, 1954.

alcuni diritti secolari e diritto religioso²⁴; e, in secondo luogo, come si vedrà nel prosieguo della trattazione, la tendenziale irrazionalità mal si adatta alle necessità insite ai negozi onerosi e alle logiche fondanti degli stessi.

Il fondamento eteronomo delle disposizioni, come anticipato, priva il giurista – legislatore terreno della signoria totale, in quanto a genesi, modifica e interpretazione di alcune disposizioni²⁵; con materiali conseguenze in termini di staticità dell'ordinamento²⁶. L'affermata immutabilità viene identificata come

²⁴ In particolare, frustando il lessico, mi sento di affermare che al comparatista poco avveduto viene tolto il terreno da sotto i piedi, e lo stesso subisce chi è abituato a fermarsi a comparare modelli che condividono il sistema delle fonti, tradizioni e, tendenzialmente, gli istituti. Il presente lavoro, lungi dall'aspirare ad essere esercizio di pura vanità, si propone come possibile risposta a fenomeni attuali e concreti, i quali non solo richiedono, ma obbligano, a mio parere, il giurista ad adottare tale visione ipertestuale.

²⁵ Il medesimo concetto veniva espresso, con grande abilità dialettica, da Pasquale Stanislao Mancini, che, provocatoriamente, affermava durante uno dei suoi discorsi parlamentari; “nessuno può più fare la legge, perchè il legislatore è morto”, esemplificando l'assunto: “... Ora, dopo il Profeta (Maometto), non c'è più Corano, visto che la rivelazione si è fermata; ugualmente non vi è più Sunna, visto che il Profeta è morto”. (Vedasi FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, Cristianesimo ed Islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.111). Tuttavia, come vedremo, a tale interpretazione sfugge il ruolo dell'ermeneuta, dell'interprete, sicuramente non sottovalutabile se si pensa, ad es., al sistema islamico dell'*igṁā* (consenso della comunità) e il *qiyās* (il metodo analogico, che assurge a fonte del *fiqh*). L'opera del giurista, quindi, supplirebbe, entro certi limiti, all'oggettiva impossibilità di novella legislativa, stante la convinzione che il giurista, oltre ad essere pronto ad elaborare una nuova disposizione in relazione a una nuova situazione, dovrebbe saper apprezzare le potenzialità applicative del materiale di cui già dispone.

²⁶ Emblematico in tal senso è, ad esempio, l'iter argomentativo impiegato da Giovanni Paolo II nella lettera apostolica *Ordinatio sacerdotalis* del 22 maggio 1994, in cui viene affermato che la Chiesa non ha facoltà di ammettere le donne al sacerdozio, poiché impossibilitata a modificare un precetto della volontà divina espresso dalla tradizione. Vedasi, a tal fine:

criterio cardine dei diritti religiosi da Weber, prospettiva arricchita da Hart, che riafferma la critica sottolineando l'assenza della c.d. "norma di mutamento", necessaria al costante aggiornamento del diritto²⁷.

Tuttavia, le perentorie conclusioni esposte possono essere parzialmente rifuggite in base ad alcune osservazioni pratiche e all'approfondita analisi del diritto ebraico e islamico, ed in particolare dei sistemi delle fonti, dai quali emerge l'importanza del ruolo svolto dal metodo analogico e dai giuristi, interpretando gli stessi una funzione spesso progressista²⁸. Paiono rafforzativi, a tal proposito, gli esempi del ruolo assunto dal *qiyās* (metodo analogico) nel diritto islamico, considerato come fonte del *fiqh*²⁹, o dal *Midrash*, metodo esegetico dei Rabbini, tendente letteralmente a "chiedere" a un verso biblico quale sia il suo

http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_letters/documents/hf_jp-ii_apl_22051994_ordinatio-sacerdotalis_it.html

²⁷ Offre una panoramica completa di tali affermazioni FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, pp. 151 e ss., e, ai fini di maggiore approfondimento, HART L.A., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, pp. 113-114.

²⁸ In questo senso, ancora una volta, ben dice Ferrari, FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.111, quando afferma che il giurista del diritto religioso molto spesso scopre la norma, non la crea, ovvero sviluppa, in ossequio alle condizioni spazio-temporali, un aspetto posseduto in potenza dal diritto analizzato

²⁹ Al fine di apprezzarne il concetto e il funzionamento vedasi BUSSI E., *Principi di Diritto Musulmano*, Casa Editrice ISPI, Milano, 1943, pp.26 e ss., CAPUTO G., *Introduzione al Diritto Islamico*, Giappichelli, Torino, 1990, pp.77 e ss., CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007, SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, pp.3 e ss., SCHACHT J., *Problems of Modern Islamic Legislation*, Maisonneuve & Larouse, Oxford, 1960, pp.99-129.

significato³⁰, arrivando, in alcuni casi, a discostarsi notevolmente dal senso letterale³¹.

In virtù di quanto affermato, perciò, parrebbe opportuna una parziale correzione della visione tradizionale dei diritti religiosi, per addivenire, mediante la riflessione suggerita, a un concetto di staticità relativa³², in contrapposizione all'idea sopra riportata di un ordinamento caratterizzato da un totale immobilismo, diretta conseguenza dell'autorità della fonte emanante.

³⁰ Di sicuro pregio è, in tal senso, quanto indicato nell'opera RABELLO A.M., *Introduzione al Diritto Ebraico*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 73 y ss. Appare alquanto interessante riportare un'autorevole concezione in base alla quale tutte le interpretazioni della legge divina da parte di autorità halakhica rappresentano un aggiornamento del messaggio sinaitico. In base a tale schema, che ci riporta a Tommaso d'Aquino, anche l'opera di interpretazione e il carattere dinamico è pienamente dotato dell'elemento divino. (HOROWITZ G., *The Spirit of Jewish Law*, Central Book Company, Boston, 1973, p.91-92; RABELLO A.M., *Introduzione al Diritto Ebraico*, Giappichelli, Torino, 2007, p.5)

³¹ In tal senso, si può pensare al prestito ad interesse nel diritto islamico, argomento che verrà approfondito nel prosieguo della trattazione o, altro esempio, è l'interpretazione rabbinica del passo "occhio per occhio" come obbligazione di risarcimento del valore del danno procurato, e perciò sterilizzato della funzione punitiva, ora sfumata in quella risarcitoria.

³² Tuttavia, a parere di L.Friedman, il rilievo esposto, ovvero l'uso massiccio delle tecniche menzionate, non fa che rafforzare l'elemento dell'immutabilità, dinanzi al quale si deve necessariamente ricorrere "pesantemente alla casistica ... ed a un lussureggiante sviluppo del ragionamento per analogia" (FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.152).

Su tale argomento, vedasi l'interessante articolo di DIENI E., *Per linee storte. Finzioni e sotterfugi nei diritti delle religioni del Libro*, DAIMON, Annuario di diritto comparato delle religioni, vol.VI, 2006, pp.5-39.

Tale approccio favorisce la comparazione e rende, perciò, possibile la “discesa” del diritto religioso al mondo secolare, permettendo, quindi, una vera e propria interazione con le problematiche maggiormente attuali.

3. La classificazione e la comparazione dei diritti religiosi

I precedenti paragrafi hanno evidenziato alcune caratteristiche dei diritti religiosi³³, trattando sommariamente gli elementi che ne determinano la singolarità, fattore che conduce il giurista desideroso di studiare gli ordinamenti in questione ad adottare alcune cautele considerate necessarie. La menzionata “discesa” dei diritti religiosi sul terreno dell’attualità, pretesa della presente elaborazione, necessita, quindi, una riflessione sistematica e una certa categorizzazione degli stessi diritti in discorso, pur dovendosi mantener salda, come stabile premessa metodologica, la stretta funzionalità della tassonomia a un esercizio comparatistico di maggior pregio pratico ed efficacia³⁴.

La singolarità dei diritti religiosi, secondo quanto anticipato, ha portato autori come R.G. Renard nel 1938, o, nell’ambito del diritto ebraico, Rav Nassim Gherondi³⁵, ad operare una classificazione *ad excludendum*, per sottolineare l’insanabile diversità degli ordinamenti in discorso dagli ordinamenti secolari e, conseguentemente, giustificare l’impossibilità dell’interazione e comparazione con

³³ Fra le trattazioni che si soffermano sugli esposti caratteri dei diritti religiosi, segnalo altresì l’opera di PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995.

³⁴ La classificazione comparatistica, infatti, deve atteggiarsi a mero mezzo d’indagine, e non a fine della stessa, rifuggendo ogni sterile esercizio classificatorio, e privilegiando l’aspetto teleologico dell’ardua opera sistematica. Vedasi MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, pp.52 e ss.

³⁵ PUZA R., *Comparare le religioni attraverso il loro diritto. Un confronto fra Ebraismo, Cristianesimo e Islam*, DAIMON, vol.V, 2005, pp.139 e ss.

questi ultimi³⁶. Ad una simile conclusione perviene altresì il grande comparatista francese René David, seppur attraverso un'ottica e un iter maggiormente articolato.

In particolare, l'autorevole autore menzionato delinea un'essenziale e storica classificazione di tre famiglie giuridiche, alle quali affianca, come elemento residuale e fortemente disomogeneo, "altre concezioni dell'ordine sociale e del diritto"³⁷, categoria all'interno della quale inserisce il diritto islamico ed ebraico (oltre al diritto cinese ed indù), specificando che essi riflettono un ordine di civiltà differente da quello occidentale³⁸. Acquista, quindi, ruolo scriminante l'idea che nei diritti religiosi il diritto, secondo David, venga percepito in maniera significativamente differente dall'idea occidentale, in cui "un alto grado di adeguamento si è realizzato fra la giustizia e il diritto positivo o i costumi"³⁹. Viene affermato che, nell'ambito islamico ed ebraico, il diritto (inteso come il diritto positivo di derivazione europea) conserva un carattere instabile e marginale

³⁶ Vedasi, a tal proposito, l'introduzione di FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, in cui viene spiegato sommariamente la visione in esame: la singolarità dei diritti religiosi ne determina un irrimediabile isolamento dal dibattito sulla comparazione (secolare). Emblematica, a tal fine, è la linea distintiva fra i due concetti di ordimento: "[...] *gli uni* (i diritti secolari) *legati al tempo dell'uomo, all'al di qua, l'altro* (in questo caso il diritto canonico) *proiettato nel tempo di Dio, verso l'al di là.*", p. 9 opera citata.

³⁷ DAVID R. & JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, Padova, 1994, pp.16-23.

³⁸ Idea espressa nell'opera DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction a l'étude des droits étrangers et a la méthode comparative*, Paris, 1950, pp.226 e ss.

³⁹ DAVID R. & JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, CEDAM, Padova, 1994, pp. 24-25.

dinanzi alla *sharī'a* e alla *halachà*, (ovvero al Diritto, che, se inteso all'occidentale, non riceverebbe siffatta qualifica)⁴⁰.

La visione espressa, da più parti criticata con l'accusa di eurocentrismo⁴¹, implica la possibilità di comparazione nella sola prospettiva *culture-specific*, ovvero fra

⁴⁰ In particolare, l'irrazionalità e la persistenza dell'uso massiccio dell'analogia nei diritti religiosi sono stati il perno concettuale adoperato da diversi autori per sottolineare l'unicità del percorso evolutivo che il panorama occidentale ha sperimentato.

Sulla scia di tale visione, possiamo ricordare Schacht, che, nei suoi studi di diritto islamico, (SCHACHT J., *An introduction to Islamic law*, Oxford University Press, Oxford, 1965), contrappone l'analicità degli ordinamenti di tradizione romanistica (occidentali) ai diritti sacri, ordinamenti considerati analogici, per evidenziare la differenza evolutiva fra i due macrosistemi. Tale tesi si ricollega a quella di Henry Maine (MAINE H.S., *Ancient Law*, Paperback, 2005), come riportata in un recente articolo di B.Jackson (JACKSON B., *Il diritto delle religioni dall'interno e dall'esterno*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2002, pp.263 e ss.), che evidenzia come, nell'ambito dei diritti religiosi, l'analogia rappresenti sostanzialmente un metodo antiquato dal quale i diritti religiosi non si sono ancora emancipati, a differenza di quelli secolari.

Sulla base delle considerazioni esposte, ovvero della concettuale differenza fra lo sviluppo del diritto occidentale e quello ebraico ed islamico, mi pare altresì opportuno segnalare la conclusione di Gregory Kozlowski che, nel saggio segnalato da FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002, p.70, "When the "way" becomes the Law: modern State and the transformation of halalkhab and sharī'a", riconosce che, nonostante la diversità del cammino intrapreso, alcuni fattori storici del XIX secolo (quali il ruolo dell'ebraismo europeo e l'interazione del mondo islamico con i sistemi europei) abbiano determinato una parziale secolarizzazione dei diritti in questione, riducendone quindi l'eccentricità nel panorama comparatistico e favorendo una maggiore interazione.

⁴¹ Le critiche alla pregevole classificazione di David, tappa obbligata per il comparatista, vengono riassunte da VARANO V. – BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, volume I, Giappichelli, Torino, 2010, p.40, e nel volume di GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2009, p. 14.

ordinamenti che condividono, in senso lato, alcune irrinunciabili premesse culturali⁴², all'interno di una cornice metodologica che raffigura la comparazione come finalizzata al miglioramento del proprio sistema.

In virtù di quanto osservato, perciò, il ponte fra diritti secolari, sistemi positivi e diritti religiosi viene significativamente reciso, come accade nelle trattazioni che considerano la peculiarità dei diritti religiosi un elemento distorsivo, o, per così dire, esotico nel mondo della comparazione. In tal modo non viene valorizzata la potenzialità insita in detta singolarità, che, a mio parere, dovrebbe rappresentare uno stimolo a una considerazione della sistematica alla luce dell'aspetto pratico, come pronta risposta a importanti fenomeni in itinere⁴³.

⁴² Perfettamente raffigurativo della tesi in esame, è il brano di David, estratto dal *Traité* in FERRARI S. *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, (a cura di S.FERRARI), Il Mulino, Bologna, 2008, p.24: “[...] *Ciò che contrappone il diritto musulmano al diritto francese non è tanto (e solo) il fatto che l'uno sia un diritto religioso e l'altro un diritto laico quanto il fatto che essi fanno riferimento a ideologie differenti e riflettono due ordini di civiltà; il diritto canonico della chiesa cattolica romana o quello delle chiese luterane o calviniste, benché siano anch'essi diritti religiosi, sono più prossimi al diritto francese, olandese, danese o scozzese, cioè a diritti laici che regolano società politiche, che al diritto musulmano o al diritto indù, diritti religiosi di comunità di fedeli?*”. La teoria della culture-specific riceverà la medesima critica che, come vedremo, viene rivolta alla concezione di Mattei, ovvero quella di basare la classificazione di sistemi giuridici su dati metagiuridici, che dovrebbero attecchire su un mero terreno di preliminare indagine da parte del giurista, ma non certo ad ago della bilancia sistematica.

⁴³ A riprova di quanto detto, basti pensare alla tematica, che verrà ampiamente trattata in questa sede, della banca etica, o della finanza religiosamente compatibile, fenomeni in cui la compenetrazione tra diritto religioso e ordinamento secolare è palese. In questi casi, il precetto religioso influisce sulla regolazione di un dato istituto, imponendo al comparatista l'analisi di detta correlazione.

Come visto, perciò, le trattazioni sistematiche contenute in varie opere, alcune delle quali autorevoli⁴⁴, non si mostrano idonee allo scopo insito al presente lavoro (o si mostrano solo parzialmente idonee), data la staticità delle stesse e la tendenza ad ignorare⁴⁵, in alcuni casi, il fenomeno dei diritti religiosi, o

⁴⁴ Su tutte, ZWEIGERT K. & KÖTZ H. *Introducción al derecho comparado*, Oxford University Press México, Ciudad del México, 2002, 71-82, in cui viene proposta una classificazione sulla base della sintesi di cinque possibili criteri che, combinati fra loro, denotano l'idea stile dell'attività giuridica di un determinato ambito (tali criteri sono: l'evoluzione storica, la mentalità giuridica, la previsione di taluni istituti tipici, il sistema delle fonti adottato e l'ideologia sulla quale si basano i principi giuridici). L'elaborazione di tale macro-criterio appare elogiabile per la pluralità e duttilità che assicura all'opera sistematica, tuttavia, la successiva delineazione, da parte degli autori, delle categorie (1.sistema romanistico 2.germanico 3.nordico 4. common law 5. sistema socialista 6. gli ulteriori sistemi di diritto: estremo oriente-islamico-indù), risultante dall'applicazione del menzionato criterio alla realtà giuridica, conferisce alla pregevole analisi un profilo di staticità che mal si concilia con la finalità del presente scritto. Per una trattazione sintetica di tale visione, armonizzata con l'orizzonte dottrinale, vedasi PIZZORUSSO A., *Corso di diritto comparato*, Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp.162-169 e VARANO V. & BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, volume I, Giappichelli, Torino, 2010, pp.39-41.

⁴⁵ LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici*, Laterza, Roma, 2000; AJANI G.M. – MONATERI P.G., *Casi e materiali di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1997. Inoltre, da segnalare l'opera a cura di ALTAVA LAVALL M.G., *Lecciones de derecho comparado*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003, in cui viene manifestato l'intento (p.37) di migliorare l'opera razionalizzatrice di Arminijon, Nolde e Wolff espandendo il novero delle categorie, senza però soffermarsi sulla ratio della novella sistematica, e conservando, comunque, un certo eurocentrismo.

Ritengo che l'opera di classificazione, nonostante l'inesorabile imperfezione alla quale è condannata qualsiasi cristallizzazione concettuale, debba, comunque, essere guidata da un espresso criterio di fondo, dovendo orientare lo studioso, mentre di dubbia utilità mi pare l'acritico elenco di famiglie giuridiche.

semplicemente, come detto, a confinarlo in una sezione residuale, caratterizzata da una notevole disomogeneità derivata dal carattere sussidiario della categoria⁴⁶.

Come anticipato, appare, perciò, idoneo prediligere quelle concezioni che mirano a conseguire una visione armonica fra i sistemi in questione, come base concettuale per una reciproca interazione⁴⁷.

Tale risultato, a parere di chi scrive, pare percorribile e raggiungibile non certo attraverso la cieca e stretta adesione a una teoria, ma bensì mediante la sintesi e la

⁴⁶ In tal modo, volendo prendere in prestito la terminologia del penalista, la tassonomia perde il carattere della tassatività, medesimo fenomeno che si verifica, appunto, in diritto penale quando una fattispecie codicistica decreta la rilevanza penale di alcune condotte vicendevolmente eterogenee, chiudendo il dettato con espressioni vaghe e generiche (“e altri”), abbandonando l’interprete all’ardua operazione di ricerca contenutistica delle formula normativa.

⁴⁷ Il fine esposto viene velatamente suggerito dalla trattazione di Patrick Glenn in GLENN P., *Legal Traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, attraverso la valorizzazione del concetto di tradizione come base dell’opera di classificazione, stante l’assunto che i diritti nazionali non siano altro che la determinata cristallizzazione di una tradizione giuridica, differendo la modalità e il tempo di tale trasposizione. La concezione in discorso viene sintetizzata nel saggio di B.Jackson, (JACKSON B., *Il diritto delle religioni dall’interno e dall’esterno*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2002, P.259) che ne riporta il nucleo concettuale: “è la comune elaborazione dei processi della tradizione, entro ciascuna tradizione, a fornire le basi per una comparazione”.

In questo modo, si osserva, i diritti secolari e quelli religiosi (considerati storicamente a base consuetudinaria e tradizionale, o, per meglio dire, a tradizione religiosa. Vedasi al riguardo le opinioni di H.Berman, riportate in GALLO P., *Grandi sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1997 e di L.J. Costantinesco nel classico *Traité de droit comparé, III, La science des droit comparés*, Economica, Paris,1983) vengono riportati entrambi sotto il grande ombrello della tradizione, e, allo stesso tempo, differenziati mediante essa, ma essendo pur sempre oggetto di una necessaria visione unitaria. Seppur l’iter non si presenti scevro da possibili critiche, ripeto, ha l’indiscutibile pregio di svincolarsi dalla visione monista (vedasi il riassunto della questione in Spirito, p.22).

dialettica tracciabile fra le visioni dinamiche, presenti in dottrina, che hanno concentrato l'attenzione su alcuni dati idonei a dotare la sistematica (dono degli autori classici) di una certa flessibilità. A tal proposito, seppur presenta qualche pregio il tentativo di Glenn di ergere la tradizione ad elemento unificante fra i diritti secolari e religiosi⁴⁸, ben più significativa appare l'analisi di Jaques Vanderlinden, che si concentra sulla combinazione delle fonti all'interno di ogni ordinamento, dalla cui prevalenza o vicendevole rapporto dipende la connotazione del diritto e la conseguente analisi. Le sei fonti individuate nell'opera dell'autore citato (l'atto, la sentenza, la consuetudine, la dottrina, la legge, e la rivelazione, avendo quest'ultima un peso determinante nel diritto ebraico e islamico⁴⁹), come detto, permettono la caratterizzazione del diritto attraverso lo strumento dinamico dell'osservazione del concreto "dosaggio" delle fonti al proprio interno⁵⁰. Ritengo che tale visione sia suscettibile di accostamento con quella proposta da R.Sacco sui formanti⁵¹, elementi strutturali differenti e presenti nei sistemi giuridici, che permettono al comparatista, parafrasando

⁴⁸ Vedasi nota 46.

⁴⁹ Una panoramica delle tesi di Vanderlinden è offerta da HUXLEY A. in *Religion, Law and Tradition: comparative studies in religious law*, Routledge, London, 2002.

⁵⁰ Nel volume citato nella nota precedente Huxley, considerando le tesi di Vanderlinden, afferma che quest'ultimo riesce ad emanciparsi dai comparatisti classici (R.David e Zweigert), non tanto per l'importanza che egli conferisce alle fonti, ma soprattutto per la combinazione fra l'enfasi riposta sulla differenziazione delle stesse e la visione "radicalmente pluralista" della comparazione. Una concezione simile a quella di Vanderlinden è quella proposta da L.Pegoraro e A.Rinella (PEGORARO L. – RINELLA A., *Le fonti del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, , 2000, pp.4-16), in quali individuano cinque tipologie di fonti giuridiche (politiche, religiose, giurisprudenziali, consuetudinarie, convenzionali) che interagiscono e si sovrappongono in maniera differente all'interno dei distinti ordinamenti.

⁵¹ GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, UTET, Torino, 2009, pp.3-19.

l'autore citato, di "inventariare" i dati stabili, misurarne la vicendevole distanza e realizzare un ritratto dei connotati dell'ordinamento preso in esame⁵². Conseguentemente, tale ottica aiuta, perciò, a "costruire una galleria di ritratti attraverso un cosciente accostamento o una ponderata distanza⁵³" e, quindi, a carpire il fenomeno della circolazione dei modelli⁵⁴, e ambisce al fornire un espresso supporto alla dialettica fra diritti religiosi e secolari.

L'autore, infatti, osserva concretamente l'importanza che la legittimazione ha avuto come formante nel diritto ebraico e islamico, similmente a ciò che accadeva

⁵² Volendo usare le parole dell'autore: "*Se il comparatista inventaria i dati meno instabili di un dato sistema, egli redige una specie di ritratto dei connotati propri e caratterizzanti dell'ordinamento preso in esame.*". (GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2009, p.12). Nello stesso periodo riportato, inoltre, Sacco riconosce di aver tratto prezioso insegnamento dall'opera di R.David, il quale conserva il merito di aver selezionato consapevolmente i caratteri meno transeunti di ogni ordinamento studiato, anche se poi tale analisi sfocia nella menzionata (e importante) classificazione statica.

⁵³ Indicativo è l'esempio citato a pag. 11 dell'opera di R.Sacco citata: "[...] *il diritto cinese e quello norvegese non hanno grandi punti in comune. Il comparatista dispone delle tecniche che occorrono per misurare queste piccole e grandi differenze.*" L'autore prosegue la trattazione ammonendo lo studioso a tenere continuamente sotto esame i formanti e la loro evoluzione, affinché la citata tecnica di "misurazione delle distanze" fra ordinamenti porti sempre a risultati attuali e dall'immediato risolto pratico, p.12.

⁵⁴ AJANI G.M., *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, (con contributi di ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E., PASA B.), Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2010, pp.36-40. In tale opera si evidenziano i pregi della costruzione dottrinale in esame, come strumento funzionale all'analisi dell'interazione e della circolazione dei modelli. Si specifica, inoltre, che uno dei maggiori pregi della tesi in discorso è l'aver abbandonato la tassonomia intesa come una "planimetria geografica", citandosi a riguardo David, Zweigert e Kötz (p.37-39 opera citata), e quello di fomentare l'attenzione per il dato empirico, saldandosi tale visione con quella statunitense del legal process.

negli ordinamenti socialisti storici, aprendo, come detto, una breccia nell'orizzonte dottrinale attraverso la visione dei formanti e della loro influenza come base per la ricerca comparatistica. L'aspetto pratico e scientificamente valido di tale concezione viene esaltato dallo stesso Sacco, che fa notare la fruttuosità insita nell'osservare come, in alcuni casi, determinati ordinamenti ambiscano ad ottenere il medesimo risultato mediante l'utilizzo di formanti ben distinti⁵⁵.

Nell'alveo concettuale disegnato dall'autore in questione e sopra riportato, e ai fini della presente analisi, mi pare utile rimarcare che il formante dottrinale nel diritto islamico (*ijtihad*) è stato il vero e proprio motore della (parziale) sterilizzazione, in alcuni ambiti, del divieto di *ribā'*, nel tentativo di stabilire un equilibrio fra esigenze etico-religiose e materiali, quali la partecipazione delle entità finanziarie islamiche ai fenomeni economici mondiali. Detto processo trova la sua parziale corrispondenza nel moderno dibattito inerente all'elemento solidaristico di alcuni negozi onerosi in realtà europee, ambiti in cui il bilanciamento espresso mira a frenare la speculazione distorsiva, attraverso l'inserimento dell'elemento etico nella struttura dei negozi in discorso. In questi ambiti l'esigenza equilibratrice può essere raggiunta attraverso il formante normativo (arricchendo il dettato legislativo sulla fattispecie dell'elemento solidaristico) o giurisprudenziale (valorizzandosi gli eventuali doveri solidaristici mediante un'interpretazione concreta e teleologicamente orientata⁵⁶).

⁵⁵ AJANI G.M., *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, (con contributi di ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E., PASA B.), Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2010, p.39.

⁵⁶ Vedasi, a tal proposito, il dibattito inerente al mutuo di scopo, sul quale si è concentrata persino la Cassazione, argomento sul quale torneremo più avanti.

Fermo il ripudio dell'eurocentrismo e l'esigenza di dotare il comparatista di uno strumento agile, dinamico e coerente con i rapidi mutamenti storico-giuridici, la dottrina contempla varie voci interpretative, fra le quali occorre sicuramente citare Ugo Mattei, a proporre schemi alternativi ai modelli anteriormente presentati⁵⁷.

Anche la concezione di quest'ultimo, che menziona in vari punti l'opera di Sacco⁵⁸, infatti, ci permette di collocare i diritti religiosi, cogliendone lo stato evolutivo, in un quadro integrato coi sistemi secolari. In base alla teoria di Mattei⁵⁹, infatti, i sistemi giuridici vengono classificati in base alla tripartizione del modello di controllo sociale che in essi prevale, diritto, politica o tradizione; stante la consapevolezza che il rapporto tra gli elementi citati è spesso dialettico⁶⁰, e suscettibile di mutamento. In particolare, osservando la rappresentazione grafica triangolare della teoria di Mattei, si possono apprezzare i movimenti "migratori" di un sistema verso altro punto cardinale, fenomeno che ha interessato, in passato, alcuni ordinamenti europei che si sono allontanati dalla tradizione per collocare il proprio nucleo verso altro vertice del triangolo

⁵⁷ In MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, pp.55 e ss. L'autore ricostruisce l'iter attraverso il quale egli perviene alla conclusione sull'esigenza di rinnovare le concezioni di David, Zweigert, Kötz, Arminion-Nolde-Wolff e Costantinesco, ovvero la "rincorsa" del comparatista all'evoluzione storica in itinere.

⁵⁸ Vedasi in particolare MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997 pp. 30-44, oltre ai numerosi riferimenti sparsi in tutta l'opera.

⁵⁹ Vedasi MATTEI U., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 45, No. 1. (Winter), 1997, pp. 5-44.

⁶⁰ MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, p.57.

matteiano⁶¹, in un processo simile a ciò che sperimentano oggi i diritti religiosi. Si pensi, a tal proposito, alle pressioni che vari settori sociali esercitano in Israele affinché il diritto positivo incorpori, sul modello del diritto di famiglia israeliano, interi campi del diritto ebraico⁶² (e perciò un ulteriore avvicinamento al polo della tradizione), o, come detto, le disposizioni statali di alcuni paesi a base islamica che recepiscono ed integrano il divieto religioso di percepire interessi con la settoriale regolazione bancaria⁶³ (tendenziale riduzione della distanza fra tradizione e diritto).

Rimanendo fedeli alla premessa tracciata, perciò, l'affannarsi per determinare l'esatta e definitiva collocazione di un sistema o di un ordinamento in un reticolato predeterminato, appare un'operazione dotata di poche possibilità di riuscita (vista la strutturale approssimatività di ogni opera classificatoria di

⁶¹ Si pensi, a tal proposito, al caso della Spagna, e alla parabola sperimentata con l'emancipazione dalla legislazione d'influenza tradizionale-cattolica a quella attuale.

⁶² In argomento, pare opportuno citare l'idea di Mattei (p. 69 opera citata) in base alla quale il sistema israeliano sia un sistema basato sul diritto poiché le disposizioni di diritto ebraico soccombono dinanzi a quelle secolari nel sistema delle fonti. Tale conclusione mi pare da moderare, o correggere, poiché occorre interrogarsi sul "grado" di secolarità di un diritto positivo e statale che recepisce, attraverso un acritico rinvio, le disposizioni di un diritto sacro in un settore nevralgico, quale quello del diritto di famiglia. Mi sentirei, quindi, usando gli strumenti che lo stesso Mattei mi fornisce, di collocare Israele a metà fra diritto e tradizione.

In tale prospettiva, è opportuno citare la Section 1.a della Israel's Basic Law: Human Dignity and Liberty states: "*The purpose of this Basic Law is to protect human dignity and liberty, in order to anchor in a Basic Law the values of the State of Israel as a Jewish and democratic State*".

⁶³ Spesso, inoltre, non solo la premessa è permeata di elementi religiosi (divieto di ribā'), ma lo stesso rimedio positivamente adottato rispecchia il rispetto per l'elemento tradizionale (si pensi, infatti, alla soluzione compromissoria in tema di interessi, permessi solo se riutilizzati a praticare e conseguire altro bene di medesimo rango coranico).

fenomeni dinamici e in divenire); mentre mi pare sicuramente importante elevare a *leit motiv* della presente riflessione l'aspetto teleologico e pragmatico insito nella metodologia: la necessaria capacità di integrare i sistemi in trattazioni che ne carpiscano i mutamenti e i reciproci campi d'intersezione. In questo modo, il giurista si mette a disposizione, con i propri mezzi e strumenti, della realtà, nel tentativo di "afferrare" i fenomeni nella maniera più pronta possibile, e non a doverli stringere e forzare dentro stretti contenitori dottrinali.

Le ultime teorie esposte, seppur bersaglio di varie critiche⁶⁴, hanno il merito di contribuire direttamente o indirettamente a una riscoperta⁶⁵ dei diritti religiosi, nella loro attualità e problematicità, che può essere pienamente colta solo ed esclusivamente se ricorriamo a strumenti ermeneutici dotati di flessibilità e ispirazione pluralista. In virtù di quanto premesso, perciò, con i riconosciuti

⁶⁴ In tal senso si può citare la critica che lo stesso Sacco muove a Mattei, sostenendo che i punti cardinale del triangolo matteiano sono altamente disomogenei, e evocano concetti metagiuridici, la cui adattabilità mal si adatta ai sistemi non puramente laici. (GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2009, p. 14). Fra le critiche a Mattei possiamo segnalare anche Ajani (AJANI G.M., *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, con contributi di ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E., PASA B., Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, 2010, pp. 33-36), che definisce la tripartizione matteiana "tautologica" (ancora Ajani G.M., p.35 opera citata), poiché si ferma a raggruppare dei macrodati, mentre il comparatista dovrebbe condurre un'analisi di dettaglio, dimostrando una certa predilezione per la teoria di Sacco, il quale, nel suo manuale, a pag. 12, invita appunto il comparatista a "*ragionare in base a regole giuridiche di dettaglio*" (emancipandosi dai generici macroconcetti che possono solo "diluire" lo sforzo ermeneutico).

⁶⁵ Uso questo termine non casualmente, riferendomi all'entusiasmo manifestato da alcuni comparatisti francesi negli anni '50 riguardo ai diritti religiosi.

limiti, è possibile accordare piena cittadinanza ai diritti sacri⁶⁶ nella rinnovata comparatistica integrata⁶⁷, da intendersi come definitivamente emancipata, in tema di diritti religiosi, dalla tradizionale alternativa rappresentata dalla conversione positivista di alcuni di essi⁶⁸, criticabile al pari della mera

⁶⁶ Mi preme sottolineare, a questo punto, che i diritti religiosi considerati, anche se classificati in un sistema generale, presentano al proprio interno delle sostanziali differenze, che non vanno mai sminuite. A tal proposito segnalo l'articolo precedentemente citato, ben redatto da Neusner e Sonn, i autori che evidenziano alcuni punti comuni dei monoteismi abramitici, pur ammonendo il comparatista a non ergere tale assunto a conclusione, dovendosi sì studiare la convergenza fra Islam ed Ebraismo, considerate affini sotto alcuni punti di vista (quali la caratterizzazione come fenomeno religioso-politico-sociale, a differenza del cristianesimo), ma, allo stesso tempo, tenere ben presente l'asimmetria fra le stesse. Viene, quindi, emblematicamente segnalato che, ad esempio, non si può trovare nell'Islam un concetto assimilabile a quello di "terra di Israele" per gli ebrei, come non possiamo avere un corrispondente ebraico al concetto islamico di jihad. In conclusione: l'inserimento in un sistema generale non deve farci perdere di vista questi solchi invalicabili.

⁶⁷ Tal assunto, come detto, porta al ripudio delle teorie statiche, comprese quelle che, con un certo sforzo, riconoscevano l'importanza dei diritti religiosi. Basti citare Sola Cañizares: (SOLA CAÑIZARES F., *Iniciación al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado. Estudios sobre el Drecho Comparado, Serie A, N.2. Barcelona, 1954, pp. 169-181) che proponeva una tripartizione (sistemi occidentali- sovietici- religiosi) in cui i diritti religiosi venivano identificati come quelli in cui le regole giuridiche derivano, si sviluppano ed interpretano in base ai principii di una religione " *las reglas jurídicas derivan, se desarrollan e interpretan a base de los principios de una religión*" (p.170).

⁶⁸ Si pensi, come detto, a tutte quelle trattazioni che considerano il diritto di paesi come l'Arabia Saudita un diritto secolare influenzato dalla tradizione islamica e lo considerano alla stregua di un mero diritto positivo. In tali casi, mi pare, che la premessa sia errata: il diritto islamico (religioso) riceve un (dovuto) riconoscimento formale da parte di una struttura infinitamente meno rilevante di quella religiosa, perciò il diritto è solo strumentalmente o formalmente statale, ma sostanzialmente religioso.

comparazione strumentale e limitata ad ordinamenti con le stesse caratteristiche (il classico esempio del diritto islamico studiato solo attraverso lo “specchio” del diritto canonico)⁶⁹.

La proposta metodologica indicata, perciò, ci permette di analizzare comparativamente il sistema finanziario islamico, e la rispettiva disciplina dei future e delle options, in relazione a quella francese o statunitense, cogliendo in pieno le peculiarità di ciascun modello.

Tale ambizioso sentiero e l'importanza del percorso dello stesso viene colto e percepito da G.Caputo, che nel suo *Introduzione al diritto islamico*, oltre a esaltare l'importanza dello studio dei diritti islamico ed ebraico, delinea la necessità della c.d. doppia comparazione tra diritti a base religiosa e comparazione dei diritti a base religiosa con i diritti a base secolare (pp. 2-4). Il solco tracciato dall'autore citato, come detto, implica un notevole sforzo ermeneutico, da esercitarsi, in primis, nella vicendevole comparazione fra i diritti religiosi, attraverso la piena consapevolezza della varietà di scuole presenti all'interno dei monoteismi in discorso, nonché della c.d. asimmetria fra gli stessi, intendendosi con tal espressione la non totale sovrapponibilità dei diritti sacri⁷⁰. Tale operazione si rivela propedeutica alla comparazione con i diritti secolari, conclusione che è stata in questa sede dotata del necessario e preliminare supporto metodologico, ma che

⁶⁹ Prospettiva avanzata da R.David, che, effettivamente, considerava il diritto islamico come utile alla comparazione con il diritto canonico. In generale, tuttavia, i diritti delle religioni venivano dallo stesso autore vagamente trattati solo in relazione all'influenza che essi potevano esercitare sui diritti statali. Vedasi, a tal proposito POZZO B., *Metodo e metodi della moderna comparatistica*, DAIMON, , Annuario di diritto comparato delle religioni, vol.V, 2005, p. 159.

⁷⁰ Vedasi nota 66.

non rappresenta, ancora, un punto di approdo nel percorso anelato per chi scrive.

Infatti, dopo aver trattato l'incontro/scontro con la sistematica, il presente iter argomentativo è finalizzato a spingere la presente analisi verso confini poco esplorati, dovendo i prossimi paragrafi concentrarsi, appunto, sulla discesa al "secondo cerchio", rappresentato dalla considerazione dei campi concreti di applicazione delle premesse tracciate, alla luce dell'analisi economica del diritto.

4. Diritti religiosi ed EAL (*Economic Analysis of Law*)

Le espresse caratteristiche dei diritti religiosi, ed il problematico rapporto delle stesse con la sistematica, non esauriscono, infatti, il novero delle questioni sistematiche rilevanti ai fini del presente lavoro, evidenziandosi la necessità di confrontare le caratteristiche degli ordinamenti religiosi con il paradigma dottrinale rappresentato dall'*Economic Analysis of Law* (EAL)⁷¹.

Come sappiamo, infatti, tale disciplina, a partire dagli anni sessanta e dal fermento prodotto dagli studi delle scuole statunitensi, ha rappresentato un importante arricchimento per l'interprete, e una tappa obbligata nel percorso del moderno comparatista. La ricerca, insita al filone dottrinale in esame, della tendenziale convergenza fra criteri economici di efficienza, per definizione a vocazione

⁷¹ Vedasi, fra la vastissima letteratura in argomento, POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998. CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975; COASE R., *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economic*, 3, 1960, COOTER R., *Law and Economics*, 6th edition, Pearson series in Economics, AA.VV., *Il mercato delle regole: analisi economica del Diritto Civile*, Il Mulino, Bologna, 2006; SHAVELL S., *Analisi Economica del Diritto*, Giappichelli, Torino, 2007; PARDOLESI R., *Analisi Economica del Diritto*, in *Enciclopedia Giuridica*, II, Treccani, Roma, 1988; PARDOLESI R., *Analisi Economica del Diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, I, UTET, Torino, 1987, pp.310 e ss. .

transnazionale, e attività normativa, denotata da tradizionale territorialità⁷², impone la trattazione di alcuni profili considerati rilevanti ai fini della presente analisi.

I dettami dell'analisi economica del diritto, basati sulla piena razionalità degli attori considerati⁷³, si basano su alcuni concetti-chiave, quali la massimizzazione del profitto, la ricerca del perfetto equilibrio fra gli operatori nel mercato e la costante ricerca dell'efficienza. L'ottenimento dei risultati anzi detti, nelle trattazioni degli autori considerati, passa attraverso il processo di eliminazione delle cause di *market failure*, ovvero le varie esternalità negative.

Tali rilievi, pur nella stringatezza della citazione, paiono stridere se rapportati con le caratteristiche strutturali degli ordinamenti religiosi.

A tal proposito, rappresenta un aspetto assai controverso la possibilità che nello schema normativo professato dall'EAL, rispondente ai canoni sopra citati, possa ritagliarsi un ruolo l'elemento morale, o, ancor di più, una stabile collocazione all'interno delle logiche citate.

In particolare, pare alquanto difficoltoso contemplare, ai fini dell'EAL, un aspetto operativo o comportamentale, conseguenza dell'imperativo etico-religioso, ispiratore delle azioni e capace di influire sulla politica normativa tendente all'efficienza. Le logiche morali, come quelle religiose e solidaristiche, infatti, in alcuni casi, possono implicare scelte contrarie all'imperativo dell'efficienza e della massimizzazione del profitto, rispondendo a canoni differenti, come visto nei

⁷² AA.VV. (COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T.), *Il mercato delle regole: analisi economica del Diritto Civile*, Il Mulino, Bologna, 2006, pp.10 e ss.

⁷³ Di tale premessa ne fa un requisito addirittura propedeutico alla propria trattazione Shavell, il quale afferma che “*Per rispondere alle domande di carattere descrittivo, si considera generalmente che gli attori siano previdenti e “razionali”. Una volta definito il comportamento degli individui come razionale, si può studiare l'influenza delle norme giuridiche [...]*”.

paragrafi precedenti. Volendo adottare una visione rigoristica, potremmo astrattamente considerare alcuni spunti ispiratori dei diritti religiosi alla stregua delle esternalità negative, nella misura in cui contribuiscono ad influire negativamente sull'equilibrio nel mercato e determinare fenomeni di *market failure*.

Secondo vari autori, tuttavia, la crisi finanziaria globale ha palesato come una rigida applicazione dei principi in esame, oltre a sostanzarsi in una sorta di egualitarismo meramente formale, conduca a distorsioni in contrasto con i propositi della stessa teoria di base.

Innanzitutto, da più parti viene criticata la degenerazione dell'EAL, per dirla alla maniera di alcuni autori statunitensi, in una sorta di "*consequentialism*", che avrebbe permesso agli attori del mercato (soprattutto di quello finanziario) la totale libertà operativa in nome della ricerca del benessere⁷⁴, come risultato finale delle libertà concesse e dell'assenza di meccanismi di controllo e freno, sulla base della cieca fiducia nell'autoregolamentazione del mercato.

In tal modo, secondo tale visione, l'aspetto morale, oltre ad essere considerato accessorio, andrebbe ad assumere addirittura un ruolo distorsore, di vera e propria esternalità negativa, in quanto idoneo a influire negativamente sull'equilibrio e, perciò, sull'efficienza.

I rilievi sopra riportati hanno condotto varie voci dottrinali ad un ripensamento sistematico dell'EAL, volto a correggere il *consequentialism* in base, come detto,

⁷⁴ "While the first objection is that consequentialism demands too much, the second is that it allows too much. It imposes no restrictions on attaining the best outcomes, thus legitimizing, and even requiring, harming people, lying, and promise breaking as means to achieve desirable results" in EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, *Law, Morality and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, California Law Review, vol. 96, n. 2, 2008, pp. 330 e ss. .

all'inserimento dell'elemento morale, schema che abbraccia la tematica dei diritti religiosi, secondo l'ispirazione eticizzante degli stessi.

A tal proposito, occorre menzionare che i diritti religiosi, nel passato, sono stati oggetto di combinato studio con l'EAL, già nelle trattazioni di Posner⁷⁵ e Calabresi⁷⁶. Tali trattazioni hanno implicato una riflessione sui risultati economici dell'attività normativa favorevole e promotrice della libertà religiosa, e si sono concentrati sulla tematica della responsabilità extracontrattuale derivata dalla violazione di tale diritto e sul finanziamento degli istituti scolastici religiosi⁷⁷. Com'è facile notare, tali tematiche ineriscono e si concentrano sui meri elementi patrimonialmente percepibili, come indirette conseguenze del fenomeno religioso, e, in altre parole, non analizzano il nucleo sostanziale del fenomeno giuridico religioso, ma prediligono condurre l'analisi nell'alveo dei confini classici dell'EAL.

Al contrario, l'intento del presente iter argomentativo è quello di agire su detto nucleo e rapportarlo con la teoria dell'EAL, d'accordo con vari fermenti dottrinali⁷⁸, al fine di inserire nell'impianto sistematico considerato la vertente meta-tecnica.

⁷⁵ POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998, pp. 665-680; MCCONNELL M.W. & POSNER R., *An Economic Approach to Issues of Religious Freedom*, University of Chicago Law Review, 56, I, 1989, pp. 1-60.

⁷⁶ CALABRESI G., *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano, 1996

⁷⁷ Vedasi il Capitolo I del volume DIENI E., *Diritto & Religione vs. "nuovi" paradigmi. Sondaggi per una teoria postclassica del diritto ecclesiastico civile*, Giuffrè Editore, Milano, 2008

⁷⁸ Indicativo, in tal senso, appare il volume ADLER M.D. & POSNER E. A., *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 2006

A tal fine, a parere di chi scrive, il fattore religioso, in tal ambito, andrebbe considerato alla luce della sua valenza solidaristica e moralizzante, fattore che lo accomuna alle caratteristiche del c.d. business ethics.

In virtù di quanto affermato, perciò, occorre dar conto dell'imperversante dialettica sussistente nella dottrina americana fra i sostenitori dell'EAL classica (bollata come "*consequentialist*") e coloro che ne prospettano l'arricchimento mediante la *moderate deontology*.

All'interno di tale corrente, viene teorizzata la possibilità che le azioni normative, finalisticamente proiettate alla ricerca dell'efficienza, possano essere armonicamente guidate da dettami (etici) comportamentali, in modo da giovare alla stessa efficienza ed ai relativi standards, dotando, così, il sistema di un'inedita solidità. In particolare, sarebbe tale arricchimento, secondo le linee anzi dette, a fondare e consolidare la e stabilità sostanziale dei modelli⁷⁹.

Tale accorgimento porterebbe ad evitare le degenerazioni operative, intraprese, nel recente passato, alla luce dell'ottenimento dell'anelata efficienza, e a proporre uno standard meta-tecnico all'interno della struttura negoziale consolidata.

Tale dibattito, tutt'ora vigente, ha portato a proporre, perciò, seppur non univocamente, la competitività di tali modelli, sulla base dell'affermazione della maggior solidità derivata dall'ispirazione etica, la quale dovrebbe comportare la correzione mediante l'adozione di un'ottica propendente verso la fissazione di

⁷⁹ Occorre specificare che gli autori contrari alla moral deontology ne hanno evidenziato alcuni difetti, curiosamente coincidenti con le critiche che i comparatisti classici muovevano ai fini dell'esclusione dei diritti religiosi dal panorama comparatistico: irrazionalità ed arbitrarietà su tutte.

Tale rilievo dimostra, ulteriormente, che le sfide che l'economia etica affronta si collocano, in alcuni casi, nel solco tracciato nella sistematica dai diritti religiosi, spesso ripercorrendone gli schemi concettuali.

standard di efficienza moralmente sostenibile, dotata, come anticipato, della solidità rappresentata dalla c.d. deontologia comportamentale. Tale rilievo, la cui fondatezza verrà saggiata dall'esperienza, sembra essere assai importante, come detto, alla luce della compatibilizzazione fra strumenti tecnici e meta-tecnici.

Tali spunti non fanno altro che spingere il dibattito e l'analisi oggetto del presente lavoro verso ulteriori approfondimenti, dovendosi studiare, una volta che sono stati presentati alcuni profili sistematici classico ed innovativi, l'esperienza e i modelli adottati all'interno dei vari ambiti religiosi, durante alcune rilevanti tappe storiche.

CAPITOLO II

NEGOZI ONEROSI NEI MONOTEISMI ABRAMITICI E MODELLI TENDENZIALMENTE PURI

1. Banca e religione nella tradizione dei monoteismi abramitici: obiettivi e metodo

In armonia con quanto prospettato in apertura del presente lavoro, occorre pertanto ribadire la storica influenza che i diritti religiosi hanno esercitato in settori materialmente apprezzabili, quali quello economico, degno di primaria considerazione. La menzionata espressione “La rivincita di Dio” appare, infatti, di particolare impatto ed evoca l’analisi di contesti storici nei quali le disposizioni religiose sono state capaci di condizionare significativamente i materiali tratti del tessuto economico.

A tal fine, appare interessante condurre un breve excursus che riassume alcune tappe significative del rapporto fra aspirazioni lucrative ed esigenze conseguenti al rispetto dell’ortodossia religiosa.

Tali influenti precedenti rappresentano, quindi, un’adeguata base concettuale ed argomentativa, utile ai fini dell’analisi dei c.d. sistemi puri, intendendosi come tali i modelli che hanno comportato la prevalenza di uno dei due elementi citati, religioso e lucrativo, sull’altro.

A tal riguardo, perciò, oltre ad alcuni schemi tendenti a una latente teocrazia, verranno tracciati, come termine utile all’interno della dialettica in discorso, brevi cenni sui sistemi c.d. tecnocratici.

Il risultato di tale operazione ci permetterà di valutare la strutturale incompletezza e debolezza di una scelta, per così dire, assolutistica fra i valori in discorso, la

quale comporta l'adesione verso modelli negoziali, come detto, tendenti alla risoluzione del conflitto menzionato mediante la prevalenza di uno dei due termini.

2. Il prestito feneratizio e l'epica guerra della Chiesa contro le usure

Figura sicuramente emblematica e ideale “campo di battaglia” delle varie visioni che verranno analizzate, appare sicuramente la fattispecie feneratizia, come schema-fulcro e nucleo storico dell'attività bancaria. A tal riguardo, fiumi d'inchiostro sono stati versati ai fini di rappresentare l'articolarsi delle differenti visioni storiche nel susseguirsi dei secoli sul punto menzionato, giovando, nella presente analisi, ricordare che tali fermenti verranno strumentalmente considerati da un punto di vista tecnico-giuridico, come indicativi dell'epocale dialettica imperversante.

In particolare, si evidenzia che la liceità del prestito ad interesse nelle transazioni commerciali-finanziarie⁸⁰ è stata universalmente messa in dubbio nell'ambito dei

⁸⁰ La tematica considerata, fra l'altro, rappresenta la riproposizione della classica questione delle *usurae* in diritto romano, i cui riferimenti principali e generali possono essere appresi, all'interno della vastissima letteratura prodotta in argomento, dalla lettura della voce “*usura*” in AAVV, *Enciclopedia del Diritto*, Milano, vol. XLV, p.1992. Su tale argomento, e, in particolare, sull'inammissibilità dell'usura, percepita come contraria alla legge naturale, ricordiamo altresì memorabili trattazioni di Cicerone e Plutarco.

monoteismi abramitici, avendo altresì tale tematica mosso la c.d. “epica guerra della Chiesa contro le usurae”⁸¹.

Tale storico atteggiamento sanzionatorio prende le mosse dai precetti inerenti al divieto del prestito ad interesse contenuto significativamente nei passi dell’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: “*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*”; 25:36: “*Non prendere da lui interessi né utili; ma temi il tuo Dio e fa vivere il tuo fratello presso di te*”; 25:37: “*Non gli presterai denaro a interesse, né gli darai il vitto a usura*”) e nel Deuteronomio (23:20: “*Non farai al tuo fratello prestiti ad interesse, né di denaro né di viveri, né di qualunque cosa che si presta ad interesse.*”)⁸² e, per quanto riguarda il Nuovo Testamento, appare di fondamentale importanza il precetto, contenuto nel Vangelo di Luca di *mutuum date nihil inde sperantes* (Lc, VI, 34: (6:34): “*E se prestate a quelli dai quali sperate ricevere, qual grazia ne avete? Anche i peccatori prestano ai peccatori per riceverne altrettanto.*”, (6:35): “*Ma voi, amate i vostri nemici, e fate bene, e prestate, non isperandone nulla; e il vostro premio*

⁸¹ Espressione mutuata dall’interessante articolo di PORZIO M., *I frutti del denaro. La disciplina degli interessi dalle dodici tavole al testo unico bancario ed oltre*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2008, pp. 163 e ss. . L’autore, a pagina 164 dell’opera citata, descrive la sconfitta sofferta dalla Chiesa, impegnata, nei secoli, a promuovere l’eliminazione del prestito ad interesse dal panorama delle fattispecie lecite

⁸² Vedasi altresì, seppur meno citati, Salmi 14,5: “*non presta il suo denaro a usura e non accetta doni contro l’innocente. Colui che agisce in questo modo resterà saldo per sempre*”; Proverbi 28,8: “*Chi accresce il patrimonio con l’usura e l’interesse, lo accumula per chi ha pietà dei miseri*”; Ezechiele: 18,8: “*se non presta a usura e non esige interesse, desiste dall’iniquità e pronunzia retto giudizio fra un uomo e un altro*”; 18,17: “*desiste dall’iniquità, non presta a usura né a interesse, osserva i miei decreti, cammina secondo le mie leggi, costui non morirà per l’iniquità di suo padre, ma certo vivrà.*”

sarà grande, e sarete i figliuoli dell'Altissimo; poiché egli è benigno inverso gl'ingrati, e malvagi?").

In virtù di quanto brevemente accennato, perciò, l'usura viene storicamente condannata dalla dottrina canonistica, divenendo lo stesso termine carico di valenza negativa sotto il profilo etico, e sostanzialmente coincidente con ogni forma di prestito ad interesse.

In epoche come l'Alto Medioevo, perciò, la religione esercita la propria immanenza nel settore socio-politico e, conseguentemente, in quello giuridico (determinando la liceità di alcune condotte). In tal modo, la Bibbia interpreta il ruolo di paradigma regolatore dei fenomeni protobancari e generalmente economici, necessariamente plasmata in virtù del divieto in discorso che, dopo un iniziale percezione inerente all'operatività dello stesso unicamente nei rapporti fra ecclesiastici, viene, fin dal tredicesimo secolo, ad essere considerato divieto di portata generale. Quanto precedentemente affermato si presenta come un'evoluzione che vede, come tappe assai rilevanti, quelle dei Concili Lateranensi II e III (rispettivamente, 1139 e 1179), di Lione (1180) e il IV Concilio Lateranense, quali atti propedeutici al rigetto assoluto espresso nelle Decretali di Gregorio IX (1234)⁸³.

Tale divieto, recepito in ambito, per così dire, civilistico-temporale, come testimoniato precocemente dalle *Admonitio Generalis* di Carlo Magno (789) e dai vari statuti municipali italiani del XII-XIII secolo, poggiava le proprie base concettuali sulla concezione scolastica.

⁸³ Per un quadro completo delle tappe storiche inerenti alla problematica in esame, alla luce degli sviluppi moderni, vedasi VISMARA P., *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito ad interesse*, Rubbettino, Catanzaro, 2004.

La sterilità del denaro, sintetizzata dal detto “*nummus non parit nummum*”, affermata autorevolmente da Aristotele, è oggetto di vari passi di Tommaso d’Aquino nelle opere *Etica* e *Politica*, in cui viene affermata la natura infruttifera de denaro, percepito come bene di scambio⁸⁴. In base a quanto affermato, perciò, il prestito ad interesse viene considerato come contrario al diritto naturale, e come esercizio di violenza, poiché implica la confusione fra uso e consumo del bene denaro⁸⁵ e , perciò, una forma di arricchimento su cosa altrui, fattispecie che si delineava quando il denaro prestato passava in proprietà del debitore e il creditore ne percepiva i frutti⁸⁶ .

⁸⁴ Vedasi, a tal fine, *Politica* 1258b, come riportato da Berthoud in un recente articolo: “Lo que detesta la razón es la práctica del préstamo a interés, porque la ganancia que se obtiene proviene de la moneda misma y no responde al fin que ha presidido su creación. Pues la moneda ha sido inventada para el intercambio, mientras que el interés multiplica la cantidad misma de moneda. Es incluso el origen del termino interés tokos: pues los seres engendrados se parecen a sus padres, y el interés es una moneda nacida de una moneda” BERTHOUD A., in *Empresa y Humanismo*, 2011, vol. XIV/II, Univesidad de Navarra, Pamplona, 2011.

⁸⁵ S. TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologica*, II-II Qu. 78 art. 1, in *La Somma Teologica*, Mondadori, Milano, 1984.

⁸⁶ È chiarificatore, in tal senso, l’articolo di JIMÉNEZ MUÑOZ F.J., *El Tratamiento de los Intereses en el Derecho Canónico y en el Derecho Islámico*, UNED, *Revista de Derecho UNED*, 3, 2008, pp. 78 e ss., opera nella quale vengono citati vari passi aristotelici che trattano l’argomento. In particolare, l’autore cita l’*Etica Nicomachea* (IV, 1, 37) ed alcuni frammenti dell’opera *Politica*: “*muy razonablemente aburrída es la usura, porque, en ella, la ganancia procede del mismo dinero, y no de aquello para lo que éste se inventó. Pues se hizo para el cambio; y el interés, al contrario, por sí solo produce más dinero. De ahí que haya recibido ese nombre, pues lo engendrado es de la misma naturaleza que sus generadores, y el interés es dinero de dinero, de modo que de todos los negocios éste es el más antinatural*”, e ancora: “*recibir interés por un préstamo monetario es injusto en sí mismo, porque implica la venta de lo que no existe... el uso propio y principal del dinero es su consumo y su inversión, por lo que... con el interés se produce una desigualdad que es contraria a la justicia*”.

Tale visione, insieme a quella del *iustum pretium*, propendeva per una sorta di tendenziale sussistenza di sinallagmaticità nei rapporti economico-negoziati⁸⁷, considerando, il lavoro, in senso figurato il biblico “sudore della fronte”, come unico criterio giustificativo del giusto arricchimento e della proporzione dello stesso⁸⁸.

Tuttavia, la concezione inerente ai problemi etici della giustizia commutativa, prosperata nella cornice di un’economia statica, vive una profonda crisi durante il Basso Medioevo, in cui si consuma lo scontro con l’ascesa dell’emergente classe borghese, portatrice di istanze e necessità commerciali considerate incompatibili con alcune delle logiche citate dell’ortodossia religiosa. I principi del neonato *ius mercatorum*, fra i quali ricordiamo la rapida circolazione monetaria e il vitale accesso al credito, si pongono, inevitabilmente, in rapporto antitetico con l’ermeneutica menzionata, pur non potendola formalmente soverchiare.

In tal senso, si registrano, in ottica tendente all’armonizzazione, i tentativi della Seconda Scolastica di tradurre il pensiero tomistico in un contesto segnato da pronunciati mutamenti economici, collegando funzionalmente l’autonomia privata, e delineandone i confini, al fondamento ontologico del bene comune in ottica cristiana⁸⁹.

⁸⁷ Di particolare interesse è la comparazione fra la visione tomistica e l’ermeneutica talmudica, descritta in WEINGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, pp. 7-8.

⁸⁸ Vedasi LANGHOLM O., *L’economia in Tommaso d’Aquino*, Vita e Pensieri, Milano, 1996, pp. 72-90

⁸⁹ Tale tentativo è riassunto nell’espressione “autonomia dei privati per il bene pubblico”, che fotografa il pensiero di un teologo del calibro di Francisco de Vitoria. A Proposito vedasi l’attenta disanima contenuta in AMBROSETTI G., *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno, Incontri di Studio*, Giuffrè, Milano, 1972.

All'interno di tale alveo concettuale, si collocano, perciò, le teorie volte ad ammettere la liceità della fattispecie fenerativa, qualora l'indennizzo che il prestatore riceveva fosse a titolo di *lucrum cessans*, *damnum emergens* o *periculum sortis*. In base al primo di tali concetti, quindi, la controprestazione monetaria in caso di fattispecie creditizie rappresentava la compensazione per il mancato guadagno che si sarebbe ottenuto nel caso in cui si fosse mantenuta la disponibilità del denaro (*lucrum cessans*), preservandosi, perciò, almeno formalmente, il tendenziale rispetto per l'equilibrio e la proporzionalità al criterio-lavoro nelle transazioni commerciali.

Nella medesima opera, (pp. 27 e ss.): *“E invero è proprio il terzo periodo, quello che noi abbiamo dinanzi, che vede una singolare e forte fioritura di riflessioni sull'economia con quel carattere di elaborazione stretta e solidale, di scuola nel senso più elevato e costruttivo, cui abbiamo accennato parlando in generale della Seconda Scolastica. Occorre innanzi tutto che noi qui diamo conto, sia pur brevemente, delle ragioni di questo particolare sviluppo. Queste sono da ricercarsi - il riferimento potrebbe essere fin troppo ovvio - nelle condizioni oggettive storiche che si erano create con la scoperta del Nuovo Mondo, la subitanea crescita del commercio oltre mare, il riversarsi del metallo prezioso in Spagna e il duro confronto - che allora iniziava - tra l'economia agricola medioevale e quella commerciale e anche imprenditrice. Tuttavia - si presenta qui un elemento sostanziale che si dispone sulla linea della mia proposta interpretativa - dobbiamo dire che il motivo della nuova attenzione all'economia non era solo l'adeguarsi all'imperioso richiamo esterno delle mutate circostanze storiche, richiamo che certamente fu potente, ma anche l'esigenza di uno sviluppo interno della dottrina economica scolastica, che si trovò ad affinare gli strumenti concettuali, talvolta anche a rinnovarli criticamente, nulla tuttavia abbandonando dei suoi presupposti tradizionali, ma cercando anche in questo campo la riconferma delle certezze metafisiche.”*

Come pregevolmente affermato da Vismara, tale movimento, detto umanesimo cattolico avrebbe favorito la coniugazione fra spirito capitalistico ed etica cristiana. Tale conclusione andrebbe storicamente e filosoficamente armonizzata con alcune fondamentali trattazioni in argomento, prima fra tutte quelle, alquanto autorevoli, di Weber e Novak, sulle quali si tornerà nel seguito del presente lavoro. (WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Biblioteca Universale Sansoni, Sansoni Editore, Firenze, 1987; NOVAK M., *Lo spirito nel capitalismo democratico e il cristianesimo*, Studium, Roma, 1987.

Il medesimo criterio viene considerato casisticamente rispettato nel caso della corresponsione come conseguenza del danno che subiva il concedente a causa del prestito effettuato (*damnum emergens*), dovendosi rispettare la stretta causalità fra condotta-credito ed evento, oltre alla necessaria effettività del nocumento, oltre che nei casi di indennizzo del rischio patito dal finanziatore (*periculum sortis*)

In realtà, la Chiesa, durante tale tappa storica mantenne un atteggiamento, per così dire, bicefalo: se da un lato, proclamava posizioni rigide a difesa del divieto di usura, come ribadito nel IV Concilio Lateranense (1515) e condannava dottrine quali quella calvinista; dall'altro, veniva sempre maggiormente percepita l'erosione della precettività di tale divieto e l'inesorabile sconfitta dinanzi alle esigenze commerciali, acuite da eventi quali il commercio con il Nuovo Mondo e i traffici fra le potenze marittime.

Di tal "bicefalia" sono intrisi alcuni significativi atti, quali la Bolla papale di Leone X *Inter Multiplices* (4 maggio 1515), che si scaglia contro ogni forma di prestito ad interesse, ma giustifica e legittima l'istituzione e l'attività dei Monti di Pietà, definiti dal medesimo pontefice "liciti, pii atque meritorii", in contrasto con alcuni moralisti che li considerano esercenti l'usura⁹⁰.

Il rispetto formale del divieto, ed il menzionato dibattito sui confini dello stesso, oltre alla stretta commistione fra sfera normativa secolare e dogmatica religiosa, portò nel Basso Medioevo, al proliferare di una serie di fattispecie creditizie⁹¹,

⁹⁰ VISMARA P., *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito ad interesse*, Rubbettino, Catanzaro, 2004, p.118.

⁹¹ Per una panoramica sulla questione vedasi SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998, pp.162 e ss.;

sorrette sulla base degli elementi scriminanti anteriormente enunciati e che permettevano la liceità della dinamica negoziale nei casi concreti⁹².

Il dibattito in oggetto non risulta sopito nemmeno nelle successive tappe, quali le encicliche *Vix pervenit* (1745), ed il Codex iuris canonici del 1917 e del 1983, le quali, in base ad alcune autorevoli critiche⁹³, non mirano a tracciare un effettivo quadro armonico fra capitalismo e cristianesimo.

3. Prestito ad interesse ed ermeneutica ebraica

Alcuni dei fermenti esposti nel paragrafo precedente trovano, seppur le sostanziali divergenze di seguito menzionate, una tendenziale simmetria concettuale riguardo al panorama dottrinale ebraico, all'interno del quale il dibattito inerente alla fattispecie feneratizia ha rappresentato una tematica oggetto di notevole attenzione.

In particolare, la dogmatica in esame⁹⁴ ha costruito una teoria del prestito ebraico a base soggettiva, la quale trova il proprio fondamento nell'analisi di alcuni *dinìm*

⁹² Tale atteggiamento ermeneutico, come anticipato, appare come tipico e connaturato ai diritti religiosi, e figlio dell'asserita mancanza di norma di mutamento, che porta, quindi, ad un uso smisurato dell'analogia. Come anticipato nel Capitolo I del presente lavoro, tale fattore determina che il mero rispetto formale dell'ortodossia svuoti il messaggio implicito alla stessa della fondamentale componente materiale e finalistica.

⁹³ NOVAK M., *Lo spirito nel capitalismo democratico e il cristianesimo*, Studium, Roma, 1987.

⁹⁴ Per una breve iniziazione sul punto vedasi: WEINGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979, nella quale si analizzano le radici, la storia e lo sviluppo del prestito nel diritto ebraico, così come significativa è la voce "*Usury*" di Haim H. Cohn, contenuta nella trattazione di ELON M., *The Principles of Jewish Law*, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S)/London (UK), 1975 (ed.2007), pp. 500-506. Nel

della Torah, coincidenti con alcuni passi biblici anteriormente citati in relazione alla teoria canonistica. Poggiando le base concettuali sui passi del Levitico 25 (35-38: “e se un tuo fratello impoverirà e le sue forze vacilleranno presso di te, tu dovrai sostenerlo, sia esso anche un forestiero [*gher*] un avventizio [*toshàv*], sicchè possa vivere presso di te: il tuo denaro non dargli a interesse [*be-nèshekh*], né con incremento [*be-marbit*] gli darai il tuo cibo: io sono il Signore vostro D. che vi ha fatto uscire dalla terra d’Egitto per darvi la terra di Canaan, per esservi D.”), del Deuteronomio⁹⁵ (23:20: “Non prestare interesse a tuo fratello, sia un interesse in denaro come un interesse in viveri o in qualsiasi altra cosa”; 23:21: “Allo straniero darai interesse: dagli l’interesse che hai pattuito con lui, e non tradirlo”), pertanto, viene considerato interesse (*ribbit*) ogni incremento patrimonialmente valutabile nella restituzione del capitale alla quale è obbligato il sovenuto nella fattispecie creditizia, schema enfaticamente accostato, nello storico commento di Rav Rashì, ad un morso di serpente⁹⁶.

Tuttavia, come anticipato, l’uso, nei precetti citati, dei termini *fratello* e *straniero*, ermeneuticamente contrapposti, porta la dottrina ebraica a considerare proibito

medesimo volume, vedasi altresì la voce “*Loan*”, a pagina 289 e seguenti, lettura che si consiglia di combinare con quella del capitolo “*Legality of Object*” di Rabbi HERZOG I., *The Main Institutions of Jewish Law, the Law of Obligations*, Soncino Press, London-New York, Vol.II, 1967, pp. 130-139.

⁹⁵ Vengono intenzionalmente letteralmente citati i passi riprodotti nella Mishnà, Bavà Metzì’à (Capitolo V *Mishnà Bavà Metzì’à*, nella versione commentata da RABELLO A.M., *Mishnà Massèkhet Bavà Metzì’à*, 2011, ARI, Roma, pp.85 e ss).

⁹⁶ Nella fondamentale opera di Rav Rashì viene accostato il termine *nèshekh*, interesse al *neshikhà*, morso, tracciando un parallelo fra chi deve pagare l’interesse e chi viene morso da un serpente, avvertendo una piccola e lieve ferita che, con il tempo, si diffonde per tutto il corpo sino al capo. (Mishnà I, Capitolo V, Capitolo V della *Mishnà Bavà Metzì’à*, nella versione commentata da RABELLO A.M., *Mishnà Massèkhet Bavà Metzì’à*, 2011, ARI, Roma, p.85).

l'interesse unicamente fra *fratelli* (essendo tale l'ebreo, *gher tzèdeq*, il soggetto convertito all'ebraismo, *gher toshàv*, e lo straniero residente presso la popolazione ebraica) ed ammettere, al contrario, la liceità nei confronti dei non-ebrei⁹⁷. Detto elemento marca una visibile differenza rispetto alla visione canonistica, connotata dall'efficacia erga omnes del divieto in esame, così come rafforzato dal precetto, contenuto nel Vangelo di Luca, *muttum date nihil inde sperantes* (6:34: "E se prestate a quelli dai quali sperate ricevere, qual grazia ne avete? Anche i peccatori prestano ai peccatori per riceverne altrettanto.", (6:35): "Ma voi, amate i vostri nemici, e

⁹⁷ Storicamente vari interpreti, fra i quali il Luzzato, considerano fondata la liceità del prestito ad interesse solo nei confronti dei gentili, fra le varie ragioni, sull'iniziale debolezza del popolo d'Israele, errante e bisognoso di coesione sotto le norme della Torah, oltre che per far fronte alle continue aggressioni esterne.

Inoltre, nel commento alla Mishnà del Professor Rabello, la liceità del prestito ad interesse nei confronti dei non ebrei, viene paragonata alla situazione di una società in cui i soci hanno determinati accordi fra di loro, e non applicano l'interesse nei rapporti fra di essi, mentre del tutto normale appare la contraria logica feneratizia applicata, per così dire, all'esterno, vero i terzi. Tuttavia, occorre sottolineare che l'ermeneutica ebraica, in particolare, secondo la ricostruzione di Rav Ovadià Sforno, interpreta il precetto in maniera simmetrica, ammettendo ed invitando l'ebreo a pagare l'interesse al non ebreo, fondando tale obbligo nello stesso passo del Deuteronomio anteriormente citato.

In argomento, pare, inoltre, imprescindibile la consultazione del volume di Weingort, nel quale si legge sulla questione: "*Le fait que, selon le droit hébraïque, l'interdiction du contrat de prêt a intérêt ne s'applique qu'à un contrat entre juif semblerait démontrer que, dans ration du délai n'est pas contraire a la loi naturelle et que l'interdiction relève du droit positif, car il exige quel es membres de la communauté juive établissent entre deux une relation de type spécial*" (WEINGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979 p.32). nella medesima opera, inoltre, appare un'interessante paragone tracciato fra le teoria tomistiche, della Seconda Scolastica e l'ermeneutica ebraica, per quanto riguarda la concezione dell'interesse, in determinati casi, come "*prix du temps*" (WEINGORT, op.citata, p.34)

fate bene, e prestate, non isperandone nulla; e il vostro premio sarà grande, e sarete i figliuoli dell'Altissimo; poiché egli è benigno inverso gl'ingrati, e malvagi").

Da quanto preliminarmente presentato, perciò, si può osservare una certa tensione solidaristica che caratterizza l'etica religiosa ebraica e la millenaria immanenza del messaggio divino⁹⁸, la quale si traduce nella corrispondente forza moralizzante che la stessa tende ad imprimere sui fenomeni materiali. Tale fattore appare insito nelle severe sanzioni comminate al fedele che partecipa, in qualsiasi veste, nella fattispecie feneratizia con il *fratello* (venendo colpiti e considerati responsabili, secondo la Mishnà XI della Mishnà Bavà Metzì'à, tanto il mutuante, come il mutuatario, il garante, i testimoni e lo scriba⁹⁹), in quanto reo della violazione di una serie di fondamentali precetti applicabili alla globale condotta dell'*homo economicus*, per il quale risulta cogente, non solo il divieto di *ribbit*, ma l'adozione negli affari di una condotta leale e volta a non porre "*davanti al cieco [...] un inciampo*" (Levitico 19:14).

Effettuata una breve parentesi sui contorni concettuali del prestito ad interesse nel diritto ebraico, pare opportuno, ai fini della presente analisi, procedere ad analizzare la complessa dialettica inerente all'armonizzazione fra valori e, soprattutto, osservare come i precetti religiosi, anche in questo ambito, abbiano contribuito, in alcuni momenti, a delineare i tratti del panorama economico.

⁹⁸ Fattore emblematicamente ribadito, in maniera aneddótica, dal Shabat 31^a del Talmud Babilonese, che narra che, il giorno del giudizio, la prima domanda che Dio rivolgerà all'uomo sarà: "*Hai condotto i tuoi affari in maniera onesta ed integra?*"

⁹⁹ *Mishnà Bavà Metzì'à*, nella versione commentata da RABELLO A.M., *Mishnà Massèket Bavà Metzì'à*, 2011, ARI, Roma, p.101

Procedendo con l'opera annunciata risulta, inoltre, ineludibile specificare che, durante la guerra della Chiesa contro le usure (i cui primordi vanno riportati al IV secolo), gli anatemi ecclesiastici erano rivolti unicamente ai cristiani, essendo considerati gli ebrei "extra ecclesiam", fattore che, secondo le tesi tradizionali (pensiamo, ad esempio, a voci quali Neumann)¹⁰⁰, portò gli ebrei ad un'alta specializzazione nell'attività feneratizia, di cui divennero primari interpreti, anche in virtù del graduale clima di diffidenza e avversione nei loro confronti, almeno fino alla rivoluzione francese, promotrice della parificazione civile.

Pertanto, la vicendevole interazione fra le costruzioni dottrinali religiose, cristiana ed ebraica, favorì nettamente, secondo vari interpreti, il prestito ebraico (Endemann e Schub), posto in tale posizione, e allo stesso tempo avversato con mezzi indiretti dalle gerarchie ecclesiastiche, anche come conseguenza, secondo quanto avanzato da Cassuto e Luzzato, del fenomeno economico che portò gli ebrei a rifugiarsi nell'usura come reazione all'ascesa del ceto mercantile, in virtù

¹⁰⁰ Se, da più parti, pare difficilmente contestabile che il divieto canonico favorì la proliferazione dell'attività feneratizia ebraica, occorre, d'altra parte, evidenziare che non vi è uniformità sull'assolutezza di tale punto. In particolare, è interessante la ricostruzione di COLORNI V., in *Prestito Ebraico e Comunità Ebraiche nell'Italia Centrale e Settentrionale*, Rivista di Storia del Diritto Italiano, VIII, 1935, pp. 407-457, il quale mitiga la tesi tradizionale, evidenziando il ruolo di indiretto controllore dell'attività creditizia remunerata, che la Chiesa e le autorità secolari parevano esercitare autorizzando lo stabilimento di creditori ebrei e regolandone, perciò, la presenza nei territori municipali. A tal fine, viene citata la supplica che Francesco Gonzaga, signore di Mantova, diresse a Bonifacio IX, nel 1401, richiedendo l'autorizzazione di tollerare e mantenere nel proprio territorio attività erogative remunerate e esercitate da ebrei, evitando, allo stesso tempo, sanzioni spirituali.

della notevole concorrenza in un campo in cui erano secolarmente presenti¹⁰¹. Riguardo a tal punto, infatti, vennero a coniugarsi il sorgere delle corporazioni artigiane e un'impellente necessità di accesso al credito, che presto trasformò gli ebrei in monopolisti di tale canale.

Come anticipato, perciò, a partire dal XII secolo e sino alla fine del XIV, il prestito ebraico ebbe un florido sviluppo, che portò i principi dei territori italiani a stringere patti di stabilimento coi prestatori, unici detentori di quei capitali impellenti per lo sviluppo di territori spesso oppressi da guerre e carestie. Di fronte a tale fenomeno, la Chiesa, tendente alla conduzione dei precetti secolari verso la recezione di quelli divini, condannò aspramente, in un primo momento, le autorità che avevano permesso tali operazioni, per poi, durante il papato di Bonifacio IX, aumentare le concessioni, riconoscendo l'impossibilità di sconfiggere il fenomeno e l'inefficacia dei mezzi sanzionatori nei confronti dei prestatori ebrei.

In virtù di quanto premesso, perciò, non essendo questa la sede per un'approfondita disamina storico-giuridica, occorre evidenziare un punto utile ai fini della presente analisi: il ruolo del fattore religioso in ambiti quali quelli menzionati.

4. Sistemi puri ed imperfezioni strutturali

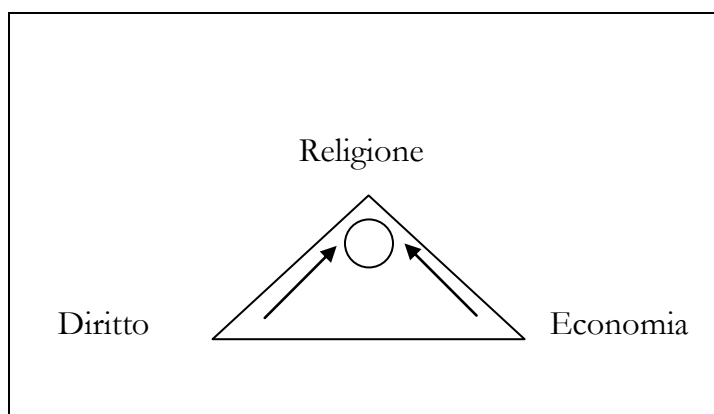
4.1 La parabola discendente dell'influenza religiosa e le moderne proposte

¹⁰¹ Per un'efficace disamina degli snodi essenziali e delle varie teorie vedasi ancora COLORNI V., in *Prestito Ebraico e Comunità Ebraiche nell'Italia Centrale e Settentrionale*, Rivista di Storia del Diritto Italiano, VIII, 1935, pp. 407-457.

In virtù dell'iter argomentativo oggetto dei precedenti paragrafi, perciò, notiamo come storicamente la morfologia del sistema economico abbia subito, in alcuni periodi, l'influenza della religione, secondo diversi gradi, passando, come osservato, dall'immanenza preponderante alla conformità formal-nominalistica, in cui i dogmi risultavano inevitabilmente erosi dalle necessità economico-finanziarie.

Uno dei punti sui quali ritengo ci si debba soffermare sia la collocazione, nelle tappe storiche considerate, della religione a criterio guida dell'attività materiale, movimento che potrebbe graficamente essere rappresentato da un triangolo di matteiana memoria (fig.1) ¹⁰², che racchiuda i punti cardine delle dinamiche menzionate.

Figura 1



¹⁰² MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997, p.79.

Come osservato, i precetti normativi, nel Basso medioevo, contribuirono in maniera preponderante alla concreta definizione del quadro socio-economico, fornendo le basi concettuali, ad esempio, per il concreto delinarsi dei rapporti fra prestatori ebrei e Monti di Pietà. Tuttavia, la parabola discendente del movimento in esame passa per la progressiva erosione della purezza del divieto di usura, come detto, in virtù dell'evoluzione del commercio, ed il conseguente svuotamento sostanziale del concetto, con il risultato di preservare l'ortodossia solo formalmente, fattore che decreta il fallimento di tale visione assolutistica.

Tali fermenti vengono percepiti da più parti, essendo, in primis, l'Autorevole aquinate, nonostante l'eredità aristotelica inerente alla sterilità del denaro, a promuovere una convergenza finalistica fra attività economica ed etica cristiana.

Il ruolo guida della religione, anche fra gli interpreti moderni, perciò, viene ridiscusso, abbandonandosi le velleità di ergere i precetti sacri a disciplina dettagliata di regolamentazione, e propendendosi per la facoltà dell'etica religiosa di permeare, in ottica orientatrice ed ispiratrice, l'attività finanziaria.

La logica in discorso, come anticipato, compartita dalla recente enciclica *Caritas in veritate* di Benedetto XVI¹⁰³, la quale implica la convergenza fra etica ed economia

¹⁰³http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/encyclicals/documents/hf_benxvi_enc_20_090629_caritas-in-veritate_it.html, par. 45, ove si legge: «L'economia infatti ha bisogno dell'etica per il suo corretto funzionamento; non di un'etica qualsiasi, bensì di un'etica amica della persona. Oggi si parla molto di etica in campo economico, finanziario, aziendale. Nascono Centri di studio e percorsi formativi di business ethics; si diffonde nel mondo sviluppato il sistema delle certificazioni etiche, sulla scia del movimento di idee nato intorno alla responsabilità sociale dell'impresa. Le banche propongono conti e fondi di investimento cosiddetti "etici". Si sviluppa una «finanza etica», soprattutto mediante il microcredito e, più in generale, la microfinanza. Questi processi suscitano apprezzamento e meritano un ampio sostegno. I loro effetti positivi si fanno sentire anche nelle aree meno sviluppate della terra», e par. 46: «Considerando le tematiche relative al rapporto tra impresa ed etica, nonché l'evoluzione che il sistema produttivo sta

ai fini della realizzazione dei valori cristiani, viene riproposta altresì nell'importante opera *The Spirit of Democratic Capitalism* di M. Novak, nella quale viene auspicata l'influenza della *caritas* cristiana sul sistema capitalista occidentale democratico¹⁰⁴.

compiendo, sembra che la distinzione finora invalsa tra imprese finalizzate al profitto (*profit*) e organizzazioni non finalizzate al profitto (*non profit*) non sia più in grado di dar conto completo della realtà, né di orientare efficacemente il futuro. In questi ultimi decenni è andata emergendo un'ampia area intermedia tra le due tipologie di imprese. Essa è costituita da imprese tradizionali, che però sottoscrivono dei patti di aiuto ai Paesi arretrati; da fondazioni che sono espressione di singole imprese; da gruppi di imprese aventi scopi di utilità sociale; dal variegato mondo dei soggetti della cosiddetta economia civile e di comunione. Non si tratta solo di un « terzo settore », ma di una nuova ampia realtà composita, che coinvolge il privato e il pubblico e che non esclude il profitto, ma lo considera strumento per realizzare finalità umane e sociali. Il fatto che queste imprese distribuiscano o meno gli utili oppure che assumano l'una o l'altra delle configurazioni previste dalle norme giuridiche diventa secondario rispetto alla loro disponibilità a concepire il profitto come uno strumento per raggiungere finalità di umanizzazione del mercato e della società. È auspicabile che queste nuove forme di impresa trovino in tutti i Paesi anche adeguata configurazione giuridica e fiscale. Esse, senza nulla togliere all'importanza e all'utilità economica e sociale delle forme tradizionali di impresa, fanno evolvere il sistema verso una più chiara e compiuta assunzione dei doveri da parte dei soggetti economici. Non solo. È *la stessa pluralità delle forme istituzionali di impresa a generare un mercato più civile e al tempo stesso più competitivo*”.

¹⁰⁴ L'opera di Novak (consultata nella versione italiana NOVAK M., *Lo spirito nel capitalismo democratico e il cristianesimo*, Roma, 1987), a proposito del punto menzionato, afferma, infatti, che “*un sistema di economia politica imita la caritas, se estende, crea, inventa, produce e distribuisce ricchezza, accrescendo la base materiale del bene comune; se, inoltre, si fonda sul realismo, se rispetta gli individui in quanto persone, se rende la vita comune più attiva, intensa, varia e libera. La mèta più alta dell'economia politica del capitalismo democratico è quella di essere pervaso dalla caritas*” (p. 483 op.citata).

Nel panorama dottrinale troviamo altresì la pregevole analisi di Gheula Canarutto¹⁰⁵, che nella propria opera propone una costruzione basata sull'etica ebraica applicata all'economia, mediante il recupero e la valorizzazione dei precetti biblici. Tale visione, volta ad esercitare finalità correttive delle distorsioni che hanno influenzato il sistema finanziario, ritiene l'assoluta idoneità di alcuni passi del Deuteronomio e del Levitico (19:14-15: “*Non disprezzerai il sordo, né metterai inciampo davanti al cieco, ma temerai il tuo Dio. Io sono il Signore*”; 19:35: “*Non commetterete ingiustizie nei giudizi, nelle misure di lunghezza, nei pesi o nelle misure di capacità*”) ad interpretare il ruolo di clausole generale applicabili nei settori economico-finanziari¹⁰⁶.

Seguendo l'iter argomentativo in discorso, perciò, si ripropone il ruolo dell'ortodossia in veste di dormiente guardiano del sistema, e, in base a ciò, ad esempio, la figura talmudica del *ghenevat da'at* (letteralmente “furto di ragione”), utilizzata in diritto ebraico, diviene un paradigma di correttezza e trasparenza

¹⁰⁵ CANARUTTO G., *Responsabilità Sociale ed Etica Ebraica*, Pontificia Università Lateranense, EGEA, Milano, 2006.

¹⁰⁶ La concezione dell'autrice in discorso, nel dettaglio, interpreta alcuni passi come un paradigma, una clausola generale, la cui ratio dovrebbe guidare l'attività normativa settoriale.

A parere di chi scrive, il pregio principale della trattazione di Canarutto è quello di aver evidenziato l'improcrastinabilità del necessario coinvolgimento dell'elemento meta-tecnico nella logica negoziale, nonché quello di aver affrontato il problema della coesistenza delle istanze anziché citate sul piano concreto.

L'oggetto del presente contributo, in un certo qual modo, estende la ricerca di Canarutto, non concentrandosi sulla dimostrazione dell'efficienza di un modello etico-religioso applicato, ma ambendo a tracciare un sistema misto esportabile a contesti laici, come detto, contrassegnati dal pluralismo. Come si vedrà in seguito, in un sistema secolare e pluralista la proposta maggiormente idonea sarà quella di restituire ai precedetti solidaristici contenuti nella Costituzione e nei principi generali dell'ordinamento il relativo contenuto materiale.

nelle transazioni, impedendo le ipotesi di condotta negoziale omissiva o fraudolenta, divenendo, quindi, il “sordo” e il “cieco” da non ingannare nel precetto levitico, il cliente inesperto dinanzi al professionista¹⁰⁷.

Le concezioni in discorso, perciò, promuovendo una visione differente da quella storica, tendente a una latente teocrazia, decretano implicitamente l’inadeguatezza del sistema c.d. puro, in cui la religione assume il ruolo di invadente vertice e fattore intrusivo nelle dinamiche negoziali, ottica che ottiene il risultato, come ampiamente ripetuto, di svilire lo stesso messaggio religioso mediante il mero rispetto formale dello stesso, in virtù dell’impossibilità di una sintesi fra i valori in discorso.

4.2 Separazione e tecnocrazia nel capitalismo occidentale

In virtù di quanto precedentemente affermato e ribadito, la dogmatica religiosa si scontra, nel Basso Medioevo, con l’affermazione dello *ius mercatorum* e delle esigenze sottese allo stesso. Tale processo storico culmina, senza dubbio, con l’elaborazione delle teorie del *laissez faire* e di quelle che promulgano la netta separazione fra sfera etica e materiale.

¹⁰⁷ Secondo la medesima visione, poi, il divieto di applicare l’ingiustizia nei pesi e nelle misure (Levitico, 19:35) si convertirebbe in un freno per la proliferazione di prodotti come i derivati finanziari di seconda generazione, in un’ottica di tutela dell’equilibrio contrattuale, ai fini di evitare la selvaggia sopraffazione e lo sfruttamento del debole, in armonia con le regole talmudiche CANARUTTO G., *Responsabilità Sociale ed Etica Ebraica*, Pontificia Università Lateranense, EGEA, Milano, 2006, pp. 107-116). Detto ciò, mi pare opportuno rimarcare che nell’ordinamento sono presenti meccanismi dai quali potrebbero scaturire effetti sostanzialmente comparabili con quelli illustrati, ma, probabilmente, nella visione di Canarutto, la considerazione in chiave precettiva della fonte biblica rappresenta la breccia abile a inserire significativamente l’etica nei meccanismi delle transazioni finanziarie.

In relazione alla tematica del prestito feneratizio, significativa tappa della visione menzionata appare quella espressa dall'impianto del *Code Napoleon* del 1803¹⁰⁸, considerato il codice che maggiormente ha espresso le necessità del ceto borghese. All'interno di tale *corpus*, infatti, il prestito ad interesse riceve la caratterizzazione di negozio giuridico naturalmente gratuito, ammettendosi, però, allo stesso tempo, la possibilità dell'onerosità dello stesso (Articolo 1905: *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières*), che fa sì che, quest'ultimo si converta, in breve tempo, nello schema socialmente tipico. Inoltre, l'articolo 1907 del *Code* prevede, oltre all'interesse convenzionale, anche quello legale, e una differente disciplina in ambito civile e commerciale, dotando il commercio di un utile strumento, e secondo un *modus operandi* totalmente emancipato dall'influenza dei dettami etico-religiosi del passato.

La medesima logica di fondo è condivisa, nel XVII e XIX secolo, nel seno dell'utilitarismo, ed espressa mediante le opere di Adam Smith, Bentham y Malthus, le quali sostenevano che il pregevole risultato del benessere generale andasse perseguito ed ottenuto attraverso la ricerca egoistica. Da un punto di vista tecnico, tale approccio si traduce nella professione della massima libertà negoziale, manifestazione della propensione individualistica del singolo, secondo l'emblematica massima di Smith, in base alla quale colui che è desideroso di mangiare carne, meglio farebbe a confidare nell'egoismo e nella bramosia di

¹⁰⁸ Anche in tal caso, la brevità della trattazione non permette un'analisi approfondita delle tappe intermedie che hanno determinato gli snodi storicamente rilevanti.

guadagno che anima il macellaio, piuttosto che nell'attitudine solidaristica di quest'ultimo¹⁰⁹.

Il tessuto concettuale della visione utilitarista, e l'evoluzione dello stesso, diviene l'alveo all'interno del quale si sviluppa il neoliberismo e l'EAL. In relazione a quest'ultima costruzione ermeneutica, nel Capitolo I del presente lavoro è stato brevemente analizzato il nucleo comune presente nelle opere di Calabresi, Posner y Coase¹¹⁰ ed, ai fini della presente disamina, occorre ribadire che l'EAL eleva l'efficienza economica a criterio finalistico, emarginando ulteriormente, in maniera significativa, l'elemento metafisico dal dibattito tecnico- negoziale. Tale concezione mira alla ricerca della massimizzazione del profitto, attraverso i criteri dell'equilibrio e dell'efficienza, riversandosi tradizionalmente nella difesa del *minimal State* e nelle concezioni della *invisible hand*¹¹¹.

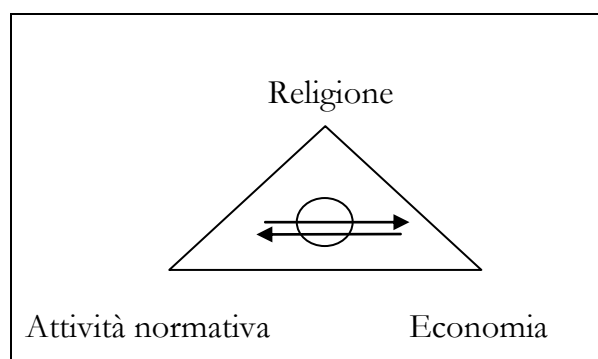
Volendo ricorrere alla rappresentazione grafica delle teorie studiate mediante la medesima figura triangolare impiegata poc'anzi, in relazione alle visioni in discorso dovremmo senz'altro collocare il centro di gravità alla base, in virtù del meccanismo osmotico che interessa il fenomeno economico e quello normativo, mentre il lato etico-religioso verrebbe totalmente trascurato e, come detto, espunto dal dibattito materiale.

Figura 2

¹⁰⁹ Per un'agile panoramica del pensiero smithiano e dei legami concettuali dello stesso, vedasi VINER, *The Intellectual History of Laissez Faire*, in *Journal of Law and Economics*, Oxford, 1960, p.45.

¹¹⁰ Per una vasta bibliografia in materia, vedasi l'ultimo paragrafo del precedente Capitolo.

¹¹¹ Vedasi, ancora una volta, il Capitolo I del presente lavoro ai fini di analizzare il dilemma che attraversa la "dogmatica" dell'EAL, fra applicazione classica e aperture alla *moral deontology*.



Seguendo i medesimi passi ermeneutici compiuti in relazione alle concezioni teocratiche, appare opportuno analizzare i punti controversi che emergono dallo studio del modello puro c.d. tecnocratico.

In particolare, la condivisione di tale approccio viene, da più parti, considerato causa concorrente della crisi finanziaria globale, dovendosi sottolineare che la cieca fede nei meccanismi autoregolatori del mercato economico ha prodotto distorsioni e mancanza di argini a livello operativo. Tale risultato, inoltre, è stato il frutto, secondo varie voci dottrinali, dell'emarginazione dell'elemento etico, considerato esotico nella logica negoziale e nello svilimento di rilevanti principi ispiratori costituzionalmente rilevanti in gran parte delle realtà normative occidentali. In particolare, tali disposizioni sono state percepite, a livello generale, come meri elementi programmatici, inadeguati ad influire concretamente in schemi quali quelli creditizi, tipicamente privatistici ed inerenti all'autonomia privata.

La rapida osservazione di due modelli c.d. puri, vicendevolmente contrapposti, porta la presente analisi ad avanzare una preliminare nota critica inerente

all'inadeguatezza dei suddetti sistemi, entrambi viziati dal medesimo difetto di fondo: pretendere di escludere in maniera aprioristica uno dei due fattori dialettici, etico e lucrativo, dalla tematica socio-economica, ottenendo, così, risultati non funzionali quali la tendenziale rigidità e la difficoltosa adattabilità alle logiche imprenditoriali, nel primo caso studiato, e l'apriorismo economico del secondo.

D'accordo con varie istanze dottrinali¹¹², la crisi finanziaria globalmente diffusasi ha evidenziato l'esigenza di ristrutturazione e ricostruzione, la quale, a parere di chi scrive, potrebbe passare attraverso la rinnovata percezione dell'elemento meta-tecnico in chiave finalistica o inibitoria di fenomeni eccessivi speculativi.

Il cammino tracciato implica necessariamente il tentativo di armonizzazione fra istanze etiche e logica lucrativa, dovendosi risolvere tale operazione non tanto in una mera diluizione di entrambi gli elementi ai fini di assicurarne la convivenza, ma, bensì, nell'enucleazione di una materiale sintesi fra valori.

Una volta delineato astrattamente l'obiettivo del presente scritto, occorre sondare la concreta realizzazione del menzionato intento, mediante l'analisi di un modello, quale quello islamico, connotato da un saldo legame fra la sfera religiosa e quella temporale, all'interno del quale sono state applicate soluzioni tendenti al risultato di sintesi suddetto. In tal senso, l'esperienza islamica rappresenta un rilevante precedente sistematico e un primo test di resistenza delle tesi in oggetto.

¹¹² La percezione della crisi come un'opportunità, si ritrova nell'enciclica *Caritas in veritate*, opinione convergente con quanto affermato dai leaders del G-20, nello Statement of Pittsburgh del 2009, ("the economic crisis demonstrates the importance of ushering in a new era of sustainable global economic activity grounded in responsibility") (*Leader's Statement, The Pittsburgh Summit, September 24-25- 2009; Annex, 1* in: http://www.treasury.gov/resource-center/international/g7-g20/Documents/pittsburgh_summit_leaders_statement_250909.pdf).

CAPITOLO III

L'ESPERIENZA ISLAMICA

Come anticipato in apertura del presente capitolo, il mondo islamico presenta interessanti profili di analisi, connessi all'intima commistione sussistente, nelle realtà che di seguito verranno esposte, fra istanze etiche e sviluppo economico. Tale profilo consente lo studio dell'esperienza islamica come rilevante ed attuale precedente, dotato di significatività in quanto afferente alla ricerca dell'armonizzazione fra gli elementi menzionati.

Tale rilievo è alla base del vivace dibattito sulla finanza religiosamente sostenibile, tuttora imperversante in ambito islamico, di cui occorre dar conto nel presente capitolo. In tal senso, è altresì opportuno sottolineare che tale inquietudine, come segnalato in dottrina¹¹³, ha anticipato i moderni dibattiti imperversanti in occidente ed inerenti alle cosiddette banche etiche.

1. Fondamenti religiosi e giuridici

Preliminarmente a qualsiasi analisi che abbia ad oggetto particolari profili del mondo islamico, appare assolutamente necessario evocare la difficoltà e l'impossibilità di totale generalizzazione ed indiscriminata estensione di profili e

¹¹³ G.M., “*Banche islamiche in contesto non Islamico. Materiali e strumenti giuridici*”, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Roma, 1996, pp. 12 e ss., nonché NUVOLI A., Capitolo “La recuperación de la ética como base para nuevas formas de hacer banca: la experiencia de la banca islámica”, in *Instrumentos Solidarios en tiempos de crisis*, (volume a cura di PARRA C., RUIZ C.), pubblicazione del Banco Santander, Universitat Abat Oliba CEU, Bosch Editorial, Barcelona, 2012, pp. 191-225.

discipline all'interno di un panorama, quale quello musulmano, caratterizzato da grande disomogeneità. Tale fattore è determinato, *in primis*, dalle radicali differenze esistenti fra le realtà ordinamentali dei vari Paesi che presentano influenze islamiche¹¹⁴, nonché dalle diverse sfere d'intensità della penetrazione del messaggio maomettano nei singoli ambiti secolari considerati (profilo connesso alle molteplici tipologie di relazione fra attività legislativa positiva e paradigmi religiosi), elemento al quale si è recentemente sommato il fenomeno della c.d. "primavera araba", i cui esiti e le conseguenze appaiono tuttora di difficile previsione¹¹⁵.

Come ulteriore premessa, utile alla comprensione e alla contestualizzazione degli elementi di seguito esposti, occorre concentrarsi sul concetto di *Sharī'a* e sulla

¹¹⁴ Si pensi, ad esempio, alle profonde differenze, strutturali, politiche ed economiche, presenti fra Stati che elevano l'Islam a religione di Stato. Fra questi ultimi si annoverano: Algeria (art.2 della Costituzione del 1963), Egitto (art. 2 della Costituzione provvisoria proclamata in data 30 marzo 2011), Giordania (art.2 della Costituzione del 1952), Kuwait (art.2 della Costituzione del 1962), Libia (art. 1 della bozza di Costituzione transitoria, dell'agosto del 2011), Mauritania (art.5 della Costituzione del 1991), Marocco (art.6 della Costituzione del 1996), Pakistan (art.2 della Costituzione del 1973), Qatar (art.1 della Costituzione del 2003), Arabia Saudita (art.1 della Legge Fondamentale del 1992), Somalia (art.1.3 della Costituzione del 1960), Tunisia (art.1 della Costituzione del 1959), Emirati Arabi Uniti (art.7 della Costituzione del 1971), Yemen (art.2 della Costituzione del 1994), Iran (art.12 della Costituzione del 1979), Iraq (art.2 della Costituzione del 2005).

Ad esasperare detta frammentarietà contribuisce altresì il diverso livello di influenza europea, e la corrispondente ricezione di modelli codicistici occidentali (si pensi, ad es., alla *Mağalla* tunisina del 1906 e all'influenza francese sulla stessa) nell'ambito islamico.

¹¹⁵ In particolare, un profilo di particolare interesse è rappresentato dalla dialettica fra i movimenti di tendenza laicista e quelli favorevoli ad un massiccio inserimento del messaggio islamico nelle rinnovate fonti normative.

corrispondente valenza tendenzialmente totalizzante nei confronti dei fenomeni morali e materiali.

Il concetto in discorso rappresenta, infatti, la “*Via diritta rivelata dal Signore*” per raggiungere la salvezza, rivelata attraverso il Profeta Maometto¹¹⁶, che regola espressamente o implicitamente ogni condotta umana, sia essa riconducibile al foro interno o esterno. Tale carattere, che permette di accomunare la *Sharʿa* alla *Halachà* ebraica, sancisce l’inseparabilità fra sfera temporale e divina, denotando l’impossibilità della considerazione del concetto in questione come mera legge religiosa, o come fenomeno prettamente giuridico, accostabile al concetto romanistico di diritto¹¹⁷.

Connesso a tale rilievo è senza dubbio la considerazione dell’Islam come ideologia complessa e articolata, che presenta come naturale corollario il saldo

¹¹⁶ Ai fini di un’analisi approfondita del concetto in esame vedasi: D’EMILIA A., *Scritti di Diritto Islamico*, Istituto per l’Oriente “C.A.Nallino”, Roma, 1976, pagg. 45-46. CASTRO F., “*Il modello islamico*”, Giappichelli, Torino, 2007, pp.69-73; CASTRO F., *Diritto musulmano e dei paesi islamici*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. VI, Utet, Torino, 1990; VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002; WAEL B. HALLAQ, *Sharʿia. Theory, Practice Transformations*, Cambridge University Press, 2009;

¹¹⁷ Esprimono emblematicamente quanto affermato le parole di Javaid Rehman (AA.VV. *Islamic Finance and the influence of religion on the law* (a cura di Renè Smits), Eleven International Publishing, the Hague, 2012, pp. 20-21: “The *Sharʿa*, unlike Canon law or *Kirchenrecht*, is not confined to religious law. In addition to laws relating to religious practice, moral and ethical behaviour, the *Sharʿa* also covers a wide range of issues usually regulated by secular laws and ordinances. Islam (in the embodiment of the *Sharʿa*) proclaims itself not merely as a religion but a complete code of life, defining and refining, ethics, morality and all aspects of public and private life [...]. This concept visualises Islam as both religion and civilisation.”

legame tra fede e azione del credente, essenza del principio di *tawhid* (unicità di Dio) e dell'armonizzazione della *umma* (la comunità islamica)¹¹⁸.

All'interno di tale panorama, perciò, non è possibile rilevare, fra le relative disposizioni cardine, una direttiva analoga alla massima evangelica (Matteo, 22, 15-21) del “*Dare a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio*”, il che determina, in ogni settore della vita, la necessità, da parte dei giuristi islamici, della ricerca della conformità sciaraitica nell'elaborazione ed interpretazione dei precetti temporali¹¹⁹.

La descritta immanenza dell'elemento religioso in settori materiali, quale quello economico, ha influito profondamente, come vedremo, nella morfologia strutturale degli stessi¹²⁰, dovendosi sottolineare pertanto la necessaria

¹¹⁸ A tal fine appare chiarificatore il pensiero di Campanini, come riferito da Atzori, in base al quale l'Islam s'identifica con una concezione del mondo onnicomprensiva, essendo, a tal proposito, la definizione “occidentale” di religione assai limitativa. In particolare, si legge: “[...] “Religione” è un vocabolo “occidentale”, e in quanto tale caricato di valenze eminentemente culturali, vorremmo dire “ecclesiastiche”. Nell'Islam, invece, *din* significa, in senso molto ampio, non solo il culto e il dogma, ma anche il vivere associato e le sue regole, in una parola l'*ideologia*.”, in CAMPANINI M., *Islam e Politica*, Il Mulino, Bologna, 2003, p.28, passo riportato, fra l'altro, in ATZORI D., *Fede E Mercato: Verso Una Via Islamica Al Capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010, p.17. In quest'ultima opera, inoltre, si afferma che “teorizzare un Islam inteso come semplice devozione privata, slegato dalla sua tensione ideologica e morale, significa, per molti musulmani, negare le conseguenze implicite del concetto di *tawhid*”.

¹¹⁹ La conformità sciaraitica rappresenta altresì il criterio alla base della quintuplice classificazione delle azioni agli occhi del giurista islamico: obbligatorie (*farā*), raccomandabili (*mansūb*), proibite (*barām*), sconsigliate (*makrū*), permesse (*balāl*) (JUYNBOLL T.W., *Manuale di Diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita*, Vallardi, Milano, 1916, p.130).

¹²⁰ L'iter argomentativo alla base di tale assunto viene pregevolmente riassunto da Piccinelli, il quale afferma che “sotto il profilo ideologico, il sorgere di un sistema islamico dell'economia è stato sostenuto anche da una vasta corrente religioso-filosofica con l'intento di riscoprire e

rispondenza di questi ultimi all'etica musulmana¹²¹. Oltre a tale rilevante profilo, inoltre, la valenza morale delle disposizioni inerenti all'attività economica dev'essere coniugata con la necessaria funzionalità e idoneità a consentire la partecipazione degli operatori islamici in fenomeni globalizzati.

La commistione fra tali elementi, come detto, rappresenta una considerevole peculiarità delle costruzioni in esame, la cui piena comprensione passa

approfondire la necessaria e continua integrazione tra fede e azione del musulmano: il tawhid divino, dell'unicità di Dio [...] porta necessariamente i suoi effetti anche nel campo economico ispirando i singoli atti economici e fornendo la base per la verifica della loro conformità” (PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Roma, 1996, p.64)

¹²¹ Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, perciò, la *Shari'a* occuperebbe formalmente il vertice di tale sistema, mentre il diritto c.d. laico avrebbe il carattere di normazione secondaria. Tale conclusione va, comunque, attenuata, se si considera il ruolo da sempre esercitato dagli esegeti islamici, ovvero quello di “estrarre” dalle radici del messaggio divino, spesso ermetico, il contenuto dei precetti.

Detta opera, alla base della scienza giuridica musulmana (*fiqh*), consente, attraverso lo sforzo interpretativo e di adattamento (*ijtihad, tafsir*), la ricerca della costante aderenza del corpus normativo islamico alle esigenze imposte dalla modernità, operazione, come anticipato, condotta mediante una sorta di mediazione fra lex divina ed elementi contemporanei, che ha portato, in alcuni casi, a risultati di grande rilevanza funzionale. A rafforzare tale quadro, armonicamente al ruolo affidato al giurista, occorre ricordare che l'analogia (*qiyas*) rappresenta, oltre che un'importante freccia nell'arco dell'interprete, una fonte del diritto islamico.

Lo stesso tipo di riflessione ha dato adito ad un fervente dibattito in ambito pubblicistico, inerente al rapporto fra la *Shari'a* e le Costituzioni di alcuni Paesi, alla luce, soprattutto, della diffusione e globalizzazione dei diritti umani. Vedasi ANSELMO D., *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2007; BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in COSTA P. & ZOLO D. (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milano, 20002; PAPA M., *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006.

necessariamente per l'analisi dettagliata dei precetti sciaraitici che influenzano l'attività materiale.

1.1. Il divieto di *Ribā'*

Concentrandoci, ora, sui precetti alla base del sistema islamico, vediamo, come anticipato, che i tre monoteismi abramitici appaiono accomunati dalla vigenza del tradizionale divieto delle usure, il che ha comportato, anche per i giuristi islamici, la necessità di affrontare la questione sulla liceità del prestito ad interesse.

Il divieto in esame incontra la base teorica nel concetto coranico di *ribā'*, letteralmente, dal termine “*rabā'*”, accrescimento, espansione, intendendosi, nell'accezione sciaraitica, l'incremento del capitale corrisposto al concedente dal sovvenuto in sede di restituzione della somma di denaro, come condizione del prestito, o in cambio della dilazione temporale della stessa restituzione¹²².

¹²² Per una solida analisi dell'istituto in esame, si consiglia: ALGABID H., *Les Banques islamiques*, Economica, Paris, 1990, pp.32 y ss.; BOUSQUET G.H., *Le Droit musulman*, Collection Armand Colin, n.373, Section de Droit, Paris, 1963, p.145; CASTRO F., *Il Modello Islamico*, Giappicchelli Editore, Torino 2007, pp.15 e ss.; NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Tomo II, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2011, pp.831 y ss.; ORTIZ J.L., *Derecho musulmán*, Editorial Labor S.A., Barcelona, p.197; PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Roma,1996, pp. 17 e ss.; SALEH N. A., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic Law: riba, gharar and Islamic Banking*, Kluwer Law International, the Hague, 1992, pp. 11 y ss.; SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, pp. 60 e ss.; SAEED ABDULLAH, *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, E. J. Brill, , Leiden, 1999, pp.35 y ss.; SCHACHT J., *Introduzione al*

Il Corano delinea detto divieto, attraverso vari versetti, alcuni dotati di particolare solennità ed enfasi, dedicati alla figura in esame, rivelando una maggior asprezza nelle rivelazioni medinesi¹²³, rispetto a quelle meccane¹²⁴.

Fra le prime ricordiamo, per il pronunciato vigore, il dettato della Sura II, 275:

Diritto Islamico, Giappichelli, Torino, 1995, pp. 154 e ss.; HAYES S.L. & VOGEL F. E., *The Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return*, Kluwer Law International, the Hague-London-Boston, 1998.

¹²³ Ai fini di una maggior completezza, elenchiamo i passi coranici che trattano in maniera significativa l'argomento in esame:

Sura IV, 161: *“Perché praticano l'usura – cosa che era loro vietata – e divorano i beni altrui. A quelli di loro che sono miscredenti abbiamo preparato un castigo atroce.”* .

Sura II, 275: *“Color che praticano l'usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto ‘la compravendita è come l'usura’. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura. E colui cui arrivi questo avvertimento e desista da questo peccato, gli sarà condonato quel ch'è passato, e la sua causa sarà giudicata da Dio; coloro però che tornano a praticar l'usura saran dannati al fuoco, nel quale rimarranno in eterno...O voi che credete! Temete Dio e lasciate ogni resto d'usura, se siete credenti.”* .

Sura II, 276: *“Allah vanifica l'usura e fa decuplicare l'elemosina...”* .

Sura II, 278: *“O voi che credete, temete Allah e rinunciate ai profitti dell'usura se siete credenti?”*.

Sura II, 279: *“Se non lo farete vi è dichiarata guerra da parte di Allah e del Suo Messaggero; se vi pentirete, conserverete il vostro patrimonio. Non fate torto e non subirete torto.”* .

Sura II, 280: *“Chi è nelle difficoltà, abbia una dilazione fino a che si risollevi. Ma è meglio per voi se rimetterete il debito, se solo lo sapete?”*.

Sura III, 130: *“O voi che credete non cibatevi dell'usura, che aumenta di doppio in doppio. E temete Allah, affinché possiate prosperare.”* .

¹²⁴ Sura XXX, 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.”*

“Color che praticano l’usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto ‘la compravendita è come l’usura’. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l’usura. E colui cui arrivi questo avvertimento e desista da questo peccato, gli sarà condonato quel ch’è passato, e la sua causa sarà giudicata da Dio; coloro però che tornano a praticar l’usura saran dannati al fuoco, nel quale rimarranno in eterno...O voi che credete! Temete Dio e lasciate ogni resto d’usura, se siete credenti.”.

Tale pratica, seguita nell’Arabia preislamica¹²⁵, integra un ipotesi di ingiustificato arricchimento (*fadl māl bi-lā ‘ivad*), che si configura come illecito e come peccato

¹²⁵ Nella realtà preislamica si registrano vari fenomeni di lucro sul capitale, in un contesto segnato dalla mancanza di liquidità e dalla detenzione del denaro presso oligarchie, il che determinava il proliferare di fenomeni di usura, i quali comportavano, per gli inadempienti, non solo la perdita dei beni ma anche la riduzione in schiavitù dei propri familiari.

Contro tali pratiche, diffuse nelle realtà capitalistiche della Mecca e Medina, si scaglia l’Islam, essendo assolutamente indicativo il passo coranico della Sura III, 30 (“O voi che credete, non cibatevi dell’usura che aumenta di doppio in doppio”), che testimonia la diffusione di un sistema che gravava in maniera sproporzionata il debitore.

In particolare, quando il sovvvenuto richiedeva una dilazione al creditore, il primo era tenuto a restituire il doppio della somma prestata alla scadenza del termine annuale di dilazione del pagamento, e, in caso di richiesta di ulteriore dilazione, alla nuova scadenza, l’entità dell’importo in questione aumentava nuovamente, rispetto all’incremento precedente. In tal modo, il debitore si trovava obbligato al pagamento di una somma ben superiore a quella originariamente stanziata dal creditore, sistema che, fra l’altro, in virtù del meccanismo citato, era caratterizzato da una certa ambiguità e imprevedibilità, rendendo il rischio in capo al soggetto finanziato elevatissimo. A tal fine, è sicuramente pertinente riportare la qualificazione di assicurazione sociale per i ceti poveri, che Scheinkman e Glaeser hanno riservato al messaggio maomettano favorevole al prestito gratuito. (vedasi PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l’Oriente “C.A. Nallino”, Roma, 1996, p.20; HAMAUI R. & MAURI M., *Economia e finanza islamica*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 32-33; e gli spunti dottrinali,

capitale¹²⁶, e determina l'invalidità del contratto (*fasid*) a fondamento dell'operazione¹²⁷, ponendosi alla base di tale concezione il rifiuto verso ogni ipotesi di profitto non generato dalla corresponsione di adeguato controvalore.

In particolare, la generale predilezione verso un tendenziale equilibrio contrattuale accomuna altresì le differenti concezioni dottrinali del termine *ribā'*, nelle vertenti del *ribā' al nasi'ab*¹²⁸ e del *ribā' al-fadl*. Nella prima accezione citata, il concetto di *ribā'* s'identifica con la dilazione concessa al debitore, in cambio di un incremento sulla somma prestata da restituire, intendendosi per incremento qualsiasi eccedenza, qualitativa o quantitativa, o la prestazione di servizi ulteriori,

facenti capo a M. ABU AL-SAUD e E.L. GLAESER - J. SCHEINKMAN, pregevolmente riportati in NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Roma, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Edizioni scientifiche italiane, Tomo II, 2011, p.841)

¹²⁶ Ai fini di chiarire la gravità della disobbedienza, Juynboll segnala l'accostamento fra colui che sfrutta indebitamente il povero all'idolatra e all'omicida (JUYNBOLL T.W., *Manuale di Diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita*, Vallardi, Milano, 1916, p.171).

Nella medesima direzione, occorre riportare quanto segnalato da Algarid H. (riportato in NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Roma, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Edizioni scientifiche italiane, Tomo II, 2011, pp.839) riguardo al rigore del divieto. Affermare la liceità del prestito ad interesse, infatti, costituirebbe un illecito accostabile all'apostasia.

¹²⁷ Per una panoramica sulle interpretazioni delle Scuole sugli *Abādīth* in argomento, e, perciò, sulla differente considerazione dei negozi usurari (*ribāwīyyah*) vedasi SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, pp. 189 e ss. .

¹²⁸ M. ABDEL-HAQ, *Islamic Banking. Theory, Practice and Challenges*, 1996, Karachi, London, Atlantic Highlands, p.8.

come condizione del medesimo prestito¹²⁹. In tal modo, vengono ad essere colpite tutte le ipotesi di fissazione anticipata di controprestazione eccedente il capitale.

Il divieto di *ribā' al-fadl*, invece, non si limita a censurare solo il prestito feneratizio, giungendo, invece, a sanzionare ogni squilibrio fra le prestazioni contrattuali e disponendo, in ossequio a vari *Abādīth* (“*Scambiate oro per oro, argento per argento, grano per grano, orzo per orzo, datteri per datteri, sale per sale, misura per misura e di mano in mano. Se i beni sono di genere differente, allora scambiateli senza alcun limite, purché ciò sia effettuato tramite una transazione di mano in mano*”) la correttezza e l’equilibrio negli scambi.

Da tali disposizioni si evince il *favor* riservato alle transazioni contrattuali dotate d’immediatezza (imposta nei casi di beni di genere differente), corrispondenza, istantaneità e che implicino lo scambio di beni del medesimo genere.

In tal senso, tale visione rappresenta un completamento e una norma di chiusura rispetto a quella precedentemente esposta riguardo al *ribā' al nasi'ab*, poiché tende ad eliminare ogni forma di indebito sfruttamento ed iniquità nelle transazioni¹³⁰.

¹²⁹ Tale dato veniva segnalato da Santillana, il quale riportava l’idea in base alla quale si dovessero considerare *ribā'* non solo i frutti e gli interessi del capitale prestato, ma altresì qualsiasi differenza qualitativa, includendosi la qualità migliore di quella dovuta, e comprendendosi il rimborso anticipato al creditore. (SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafīta*, vol.II, Istituto per l’Oriente, Roma, 1938, p.61).

¹³⁰ Tale classificazione e distinzione appare particolarmente utile ai fini del presente lavoro. Tuttavia, ai fini di assicurare una certa completezza, occorre riferire dei vari criteri distintivi presenti in dottrina intorno al concetto di *ribā'*, ispirati da altri elementi scriminanti. Fra essi, occorre ricordare la distinzione fra *ribā' al-qarud*, inerente all’usura nei prestiti monetari, e *ribā' al-buyu*, che si riferisce all’usura nel commercio e la differenziazione, in base alla fonte, presente, in varie trattazioni, fra *ribā' al nasi'ab* e *ribā' al-fadl*, diretta derivazione dagli *Abādīth* del Profeta, e

In virtù di quanto premesso, perciò, il divieto in discorso si incentra su: (i) qualsiasi eccedenza quantitativa o differenza qualitativa rispetto a quanto originariamente pattuito dalle parti; (ii) i servizi e le prestazioni ulteriori non pattuite, e realizzate dal debitore; (iii) qualsiasi ritardo o modificazione nella fase esecutiva della prestazione, ivi compreso il luogo dell'adempimento.

Analizzando il tenore letterale dei passi coranici, inoltre, balza agli occhi una netta contrapposizione fra la compravendita (*tiğāra*), lecita¹³¹, e punto di vista privilegiato ai fini di osservare il concreto atteggiarsi del divieto in parola, e l'usura (*ribā*), proibita (*haram*), contrapposta altresì, in varie occasioni, con il dovere, in capo al *mukallaf*, dell'elemosina (*ṣakat*)¹³².

Tale punto appare rilevante, inoltre, poiché la contrapposizione evidenzia la possibilità di esercitare l'attività commerciale senza incorrere nel divieto esposto, sottendendo tale ragionamento la possibile armonizzazione e la proponibilità di un sistema emancipato dalla logica dell'interesse, consentendo all'operatore ossequioso dei dettami sciaraitici, prendendo in prestito le parole di un celebre *Abāḍīth*, di “*sedere all'ombra del trono di Dio*”¹³³.

ribā'al Jabiliyyah, di matrice coranica. (Vedasi NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Roma, Istituto per l'Oriente “C.A. Nallino”, Edizioni scientifiche italiane, Tomo II, 2011, pp.840 y ss.).

¹³¹ Sura II, 275: “*Color che praticano l'usura, il dì della Resurrezione sorgeran dai sepolcri come chi è reso epilettico dal contatto di Satana. Questo perché essi hanno detto 'la compravendita è come l'usura'. Ma Dio ha permesso la compravendita e ha proibito l'usura [...]*”.

¹³² Sura II, 276: “*Allah vanifica l'usura e fa decuplicare l'elemosina... “.*

Sura XXX, 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.*”

¹³³ Espressione citata da LEWIS B., *The Arabs in the History*, Hutchinson, Londra, 1964. Nella medesima direzione, a parte alcuni passi coranici (“*O voi che credete, non consumate fra voi i vostri beni*

vanamente, ma piuttosto vi sia un traffico di comune accordo fra voi”, Corano IV, 29), si possono citare altri *Abādhīth*: “Il mercante sincero e onesto sarà tra i profeti, i giusti e i martiri” (RODINSON M., *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968, p.36), e “Quale forma di guadagno è la migliore? Il profeta rispose, il lavoro dell’uomo con le sue mani e ogni vendita legittima” (citato in VOGEL F.E. *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, Tübingen, 2006,12).

La visione sottesa a tale riflessione propende, come punto di vista privilegiato, la generale liceità e libertà dell’attività commerciale, limitata dalle prescrizioni in esame, assai preferibile, secondo quanto suggerito da Saeed A. (SAEED ABDULLAH, *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, E. J. Brill, , Leiden, 1999, p. 140), a quello, concettualmente opposto, inerente alla ricerca dei limiti estensivi del divieto di *ribā*’ ai fini di delineare i confini dell’operatività commerciale (prospettiva abbracciata dalla lettura della dottrina francese, espressa brevemente nel commento all’opera di Comair Obeid in FILLION DUFOULEUR B., *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 48, n.III, Persee Revues Scientifiques, Paris, 1996. pp. 712-713, in cui leggiamo:”*Il s’agit de montrer comment la morale de l’Islam a pu limiter la liberté contractuelle, en prohibant certains objets ou en interdisant des clauses qui, dans un système de contrats nommés, risquaient de remettre en cause la justice contractuelle*”).

Inoltre, parallelamente a quanto affermato, varie trattazioni tradizionali esaltano la funzione di fattore di coesione e diffusione del messaggio islamico attraverso l’attività commerciale, la cui conduzione armonica coi precetti musulmani rappresenterebbe il personale *gibād*, sforzo per migliorare sé stessi (DONINI V.M., *Cenni sul Diritto Islamico dei Contratti*, Iura Orientalia, VI, 2010, pp.260-282, consultabile da: www.iuraorientalia.net)

Tuttavia, appare controversa la qualifica del commercio nell’Islam, essendo la dottrina assai discorde sulla valenza della stessa. Si possono citare, infatti, vari passaggi del Corano in cui il commercio viene considerato come un’attività potenzialmente idonea a distrarre il credente dai propri doveri (“*Quel che v’è presso Dio è migliore del divertimento e del commercio, ché Dio, dei provvedimenti è il migliore*” Sura LXII, 11, “*Uomini, che né commerci né vendite distolgano dalla menzione di Dio, dal compier la Preghiera, dal pagare la Decima [...]*”, Sura XXIV, 37).

In base a tale rilievo, infatti, appare la reale valenza del divieto di *ribā'*, come principio equilibratore dei fattori economico-sociali, volto a promuovere un'idea di giustizia sociale, e di equa distribuzione della ricchezza¹³⁴.

Mediante l'immanenza dell'elemento etico, perciò, i valori della cooperazione e della solidarietà imprimono una direzione alla funzione del capitale, messo a servizio della società, e volto a cimentare la coesione all'interno della comunità¹³⁵.

La valenza sistematica affidata al divieto di *ribā'*, e la centralità assunta dallo stesso nel sistema islamico, comporta significative conseguenze inerenti all'interpretazione dello stesso¹³⁶ e alla relativa definizione dei confini operativi in relazione con altri istituti del diritto musulmano.

Riguardo al primo profilo segnalato, assume una certa rilevanza la riflessione inerente alla distinzione fra *ribā' di produzione* e *ribā' di consumo*, intendendosi, con

¹³⁴ Nel medesimo senso, occorre citare Santillana, che, a proposito della questione del *ribā'*, parla di un programma etico-religioso argine (ben fragile, nelle parole dell'autore) a proteggere le classi più bisognose dagli abusi della plutocrazia (SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938, p.62).

Per quanto riguarda, invece, il pensiero dei *fuqabā'* classici, e la necessità di un'ottica solidaristica applicata alla funzione del capitale, ai fini di rifuggire le derive distruttive dell'impiego dello stesso, vedasi PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1996, pp.66-67, in cui viene altresì citato il pensiero di Ziaul Haque, che considera il divieto in esame come "*An attempt to bring all economic activity under social and moral control*". Nella medesima direzione, COMAIR-OBEID N., *Les Contractes en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, 1995, p.56.

¹³⁵ Per le connotazioni economiche del concetto di comunità islamica (*Ūmma*) vedasi PACE E., *Sociologia dell'Islam*, Carocci, Roma, 2004, pp. 47-49.

¹³⁶ La suddetta importanza sistematica implica il dovere di astenersi dal *ribah*, intendendosi con tale espressione l'insieme di tutte le operazioni sospette, dovendosi notare la somiglianza semantica, implicante la prossimità concettuale fra gli elementi citati.

quest'ultima espressione, le fattispecie integranti ipotesi di sfruttamento dei soggetti meno abbienti ad opera dei capitalisti.

In relazione al primo concetto menzionato, invece, ci si riferisce alle ipotesi di finanziamento dei colossi imprenditoriali ad opera dei piccoli risparmiatori. In tal caso, seguendo la linea tracciata da alcuni interpreti, la logica dell'interesse appare uno strumento idoneo a rendere fruttiferi i risparmi del soggetto economicamente debole, oltre che mezzo di conservazione del potere di acquisto del denaro, cosicché la censura del negozio in discorso parrebbe contraria alla ratio protettrice alla base del divieto di *ribā'*.

Contrariamente a tale visione, invece, diversi giuristi moralisti ribadiscono l'assolutezza del divieto, senza eccezioni, all'interno di un dibattito degno di menzione nella presente sede¹³⁷.

1.2 Preliminari cenni sul divieto di *gharār* (alea), *maysir* e *qimūr*

La *ratio* alla base della disciplina del *ribā'* viene, come anticipato, altresì invocata nell'ambito della censura dei negozi aleatori, attuata mediante il divieto di *gharār* (alea), intendendosi ogni forma di incertezza, che, sostanzialmente, rende impossibile determinare al momento della conclusione del contratto se ci sarà una perdita o un profitto per una delle parti o per entrambe, in quanto tale dato viene ad essere determinato da un evento incerto.

¹³⁷ Per una panoramica sulle autorevoli opinioni di interpreti quali Saeed, Comair-Obeid e Chapra, vedasi NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Roma, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Edizioni scientifiche italiane, Tomo II, 2011, pp.861 e ss. .

A differenza del *ribā'*, tali schemi non sono oggetto di svariati passi coranici e ricevono generica menzione in alcune *sura* (Sura II, 219: “*Ti domanderanno ancora del vino e del maysir (speculazione). Rispondi: c'è peccato grave e ci sono vantaggi per gli uomini in ambo le cose: ma il peccato è più grande del vantaggio*”), così come le forme di gioco d'azzardo (*qimār*), bollate come “*abominio, opera di Satana*” (Sura V, 92-93), fonti di odio e inimicizia, che distolgono il fedele dalla preghiera.

Tali figure, integranti forme di ingiustificato arricchimento, e assai diffuse nelle realtà preislamiche¹³⁸, vennero proibite e combattute dal Profeta Muhammad, come detto, sotto la spinta rinnovatrice dell'idea di giustizia economico-sociale anteriormente espressa¹³⁹.

Con il fine di azzerare l'avversa speculazione, e preservare l'equilibrio contrattuale, perciò, il diritto islamico mira all'eliminazione dell'elemento aleatorio, richiedendo, conseguentemente, che l'oggetto del contratto sia determinato (*ma'lūm*), tanto nella sostanza (*'ayn*), quanto nella quantità (*qadr*), e nella qualità (*sifah*)¹⁴⁰.

Come vedremo nel prosieguo del presente lavoro, tali elementi creano un'apparente confliggenza con alcuni diffusi meccanismi contrattuali, quali quello assicurativo e, non ultimo, la disciplina dei derivati finanziari, in cui il fattore

¹³⁸ Dall'analisi delle fonti, comprese quelle letterarie, si desume una diffusione smisurata del gioco d'azzardo nei contesti preislamici, sotto le svariate forme della scommessa, il gioco dei dadi, la divinazione mediante le frecce, il tiro a sorte, ricorrenti in varie circostanze della vita privata e pubblica, per scrutare l'avvenire, per decidere una spedizione di guerra, per dividere una proprietà comune, per concludere un contratto; operazioni che spesso sfociavano in sanguinose vendette

¹³⁹ COMAIR-OBEID N., *Les Contractes en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, 1995, p.56.

¹⁴⁰ BUSSI E., *Principi di Diritto Musulmano*, Casa Editrice ISPI, Milano, 1943, p.136 e ss. .

aleatorio assume un peso significativo. A tal fine, appaiono particolarmente interessanti i meccanismi adottati dai giuristi islamici al fine di armonizzare gli esposti termini della dialettica in esame.

2. Nascita e sviluppo delle banche islamiche

2.1. Il *Sunduq at-Tawfir Affair* e i primi fenomeni di islamizzazione

Gettate le basi concettuali riguardanti i principi cardine del sistema islamico in ambito economico, occorre ora concentrarsi sullo sforzo compiuto dagli operatori islamici, come anticipato, al fine di coniugare il rispetto dell'ortodossia con la necessaria partecipazione competitiva nei contesti economico-finanziari, tematica che implica l'obbligato approfondimento inerente ai profili tecnici adottati al fine menzionato.

A tal fine, è opportuno ribadire che la percezione assolutistica del divieto, a partire dal *leading case* egiziano del 1903-04, oggetto di prossimo approfondimento in questa sede, ha dato un ulteriore spunto nella direzione dell'improcrastinabilità della ricerca di una sintesi, volta ad assicurare la tendenziale convergenza, o compatibilità, fra l'*homo economicus* e il *mu'min* (credente), logica conseguenza dell'esigenza di valori espressa dal citato carattere totalizzante della *Shar'ā*¹⁴¹.

¹⁴¹ Notevolmente chiarificatrici, in tal senso, appaiono le parole spese da Piccinelli al riguardo, che, per la precisione e pertinenza, riporto testualmente:

“Alla base del sistema bancario islamico, quindi, vi è un'*esigenza di valori* (corsivo del testo originale) che si riflette sul sistema economico, con le sue leggi e la sua rigida tecnicità, che a livello mondiale e nella maggior parte dei contesti nazionali non sembra aver risolto o anche solo contribuito a risolvere i grandi e piuttosto gravi problemi di sviluppo dell'umanità. Diviene, piuttosto, sempre più insopprimibile l'esigenza di ricollocare l'uomo al centro di un sistema ove

Il c.d. *Sundug at-Tanfîr Affair* egiziano (1904) fu, infatti, un caso originato dall'istituzione, ad opera dell'Amministrazione egiziana delle Poste e autorizzata da un decreto khediviale (1904), di una Cassa di Risparmio (*Sundug at-Tanfîr*), la quale assicurava ai depositanti/risparmiatori una remunerazione sul capitale oggetto di deposito, sotto forma di un interesse a tasso prefissato. In tale occasione, i risparmiatori firmavano una procura per autorizzare l'impiego dei capitali in iniziative permesse dai precetti sciaraitici, escludendo, a priori, qualsiasi fenomeno usurario¹⁴².

In seguito a tale azione, oltre tremila sottoscrittori si rifiutarono di percepire l'interesse loro spettante, poiché in contrasto col delineato paradigma religioso, investendo, perciò, tramite una richiesta dell'Autorità governativa, il Gran Mufti del compito di mettere un parere (*fatwâ*) sulla liceità dell'operazione.

Il celebre Muhammad Abduh (Gran Mufti dal 1899 al 1905) qualificò la fattispecie in esame come illecita, in quanto integrante una chiara ipotesi di *ribâ'*, delineando, comunque, nella parte motivazionale della famosa in esame, una distinzione netta fra l'usura e la partecipazione agli utili di un affare legittimo (*halal*). Tali rilievi furono ripresi nell'iter argomentativo per la successiva decisione, favorevole alla liceità, pronunciata dal Consiglio degli Ulama, in cui veniva esaltato il profilo cooperativo.

ormai il "capitale" ha assunto il ruolo di fine ultimo. La ricerca di un profitto necessario non può sovvenire la base di solidarietà e cooperazione sulla quale, soltanto, è possibile la costruzione e il raggiungimento di un sufficiente livello di sviluppo di ogni uomo e per ogni popolo." (PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1996, pp.13-14.).

¹⁴² PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1996, pp. 27 e ss. .

Il caso in esame, come si vede, ha rappresentato un esemplare banco di prova delle argomentazioni inerenti alla sintesi dei valori espressi in apertura del presente paragrafo. In particolare, tale precedente traccia un importante solco interpretativo nel panorama islamico, dovendosi ergere ad elemento scriminante il contributo e la partecipazione dei soggetti in un progetto volto al conseguimento di obiettivi con risvolto sociale, quali il finanziamento di settori pubblici, con benefici idonei a propagarsi su scala generale. La qualifica di dividendo, perciò, sottende tale ragionamento di fondo, e tende ad affermare il rispetto per la proporzione fra lavoro e guadagno, analogo principio evocato dal biblico “sudore della fronte”.

Sulla base di tale ottica, volta a conciliare i precetti sciaraitici con le istanze progressiste, alcuni discepoli di Muhammad Adbuh, in particolare Rašīd Ridā e Mahmūd Šaltūt, hanno approfondito tale linea ermeneutica, giustificando l'applicazione dell'interesse e connettendovi il raggiungimento di obiettivi e valori, colonne della *Sharḥa*, quali la fratellanza e la solidarietà.

Riguardo a tale punto, Šaltūt, a partire dal 1957, qualifica espressamente come profitto lecito quello che rappresenta la contropartita dell'impiego, da parte della banca, del denaro del depositante in operazioni commerciali, in quanto, come detto, sintomo di cooperazione sociale espressa dall'impiego di tali fondi in iniziative volte ad incrementare lo sviluppo generale¹⁴³.

¹⁴³ La *fatmà* del celebre teorico, pronunciata alla radio il 18 ottobre del 1957, viene fedelmente riportata nella pregevole trattazione di Piccinelli, in cui leggiamo le parole di Šaltūt: “Tale profitto non è conseguenza né dell'interesse su un debito tale da essere considerato *ribā*’, né dalla rendita di un prestito tale da essere legalmente proibito. Esso è un incoraggiamento al risparmio e alla cooperazione accolti dalla *Sharḥa*”. PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In*

Come visto, pertanto, l'Egitto ha rappresentato un vivace centro nel quale si è sviluppato in maniera rilevante il dibattito in relazione alla c.d. *islamic moral economy*. A conferma di tale assunto, si può citare quello che vari interpreti considerano il primo tentativo di sviluppo di un modello finanziario islamico, con l'istituzione, nell'anno 1963, ad opera di Ahmad al-Najjar, della Cassa Rurale di Risparmio di Mit Ghamar, piccolo villaggio egiziano situato sul delta del Nilo¹⁴⁴. Sulla base della ricerca della sintesi fra i valori precedentemente menzionati, il fondatore del suddetto ente, formatosi nella Germania Ovest, al fine di favorire la partecipazione ai contesti economico-finanziari da parte dei fedeli, propose un modello che, richiamando quello delle casse di risparmio tedesche, permettesse ai piccoli risparmiatori, soprattutto nel settore agricolo, di esercitare funzioni erogative. La compatibilità sciaraitica veniva, in questo caso, assicurata dall'applicazione di un sistema di condivisione di profitti e perdite, da un consiglio di supervisione religioso e da una parallela gestione della *zakat*, elemosina rituale da investire in opere pie.

Tuttavia, seppur elogiabile negli intenti, l'iniziativa in discorso non proliferò, a causa di un pronunciato ostruzionismo governativo, coniugato, secondo diversi autori, con motivi di ordine tecnico-finanziario.

In ossequio a vari orientamenti ermeneutici, occorre sottolineare che il tentativo di Ahmad al-Najjar, rilevante ai presenti fini per dimostrare l'ascesa delle istanze in discorso, trova una certa convergenza in altre realtà territoriali in cui la forte

Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1996, pp. 28 e ss. .

¹⁴⁴ Per un'approfondita analisi vedasi: ATZORI D., *Fede E Mercato: Verso Una Via Islamica Al Capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 46 e ss. e HAMAUI R. & MAURI M., *Economia e finanza islamica*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 51-52.

presenza islamica reclama maggior attenzione verso la riscoperta dei valori fondamentali dell'Islam.

In riferimento a quanto anticipato, pertanto, oltre all'istituzione in Malaysia della Muslim Pilgrims' Saving Corporation nel 1963, poi evolutasi (nel 1969) nel Pilgrims Management and Fund Board, meglio noto come Tabung Haij¹⁴⁵; appare di necessaria menzione il pensiero di di Abu'l-Ala al-Mawdudi (1903-1979), da collocarsi all'interno del dibattito inerente all'indipendenza dell'India dall'egemonia inglese e alla conseguente tematica della fondazione di uno Stato musulmano nell'area citata. All'interno di tale cornice concettuale, Mawdudi, al fine di recidere il rapporto di dipendenza economica dei musulmani dai capitali hindu e fomentare il legame fra i primi, promosse un rilevante fenomeno di riscoperta dei principi cardine dell'Islam, includendovi quelli di stampo

¹⁴⁵ Il Muslim Pilgrims' Saving Corporation nasce come entità volta a favorire il risparmio in vista del pellegrinaggio alla Mecca, e, come detto, si evolve in vera e propria società finanziaria. Nel caso malese, parallelamente a quanto, come vedremo, accade in Pakistan, il risveglio dell'Islam presenta, fra le ragioni alla base dello stesso, una forte connotazione etnica e sociale. In seguito all'indipendenza del 1957, i *bumiputra*, malesi di fede musulmana, erano in netta minoranza rispetto al resto della popolazione di origine cinese. La rivolta del 1959 pose la questione islamica al centro dell'attenzione politica e, in seguito a vari avvenimenti, fra i quali ricordiamo le violente ribellioni contadine del 1974, tali eventi favorirono un fenomeno di islamizzazione, o re-islamizzazione, del sistema economico-finanziario, percepito come motore di crescita e modernizzazione da studiosi del calibro di Ibrahim Warde (WARDE I., *Islamic Finance in the Global Economy*, Endinburgh University Press, 2000, p.125).

Tale fenomeno raggiunge il culmine con l'approvazione, nel 1982, dell'Islamic Bank Act, che consentiva la nascita della Bank Islam Malaysia Berhad (Bimb), soggetto che operava rispettando i dettami dell'ortodossia religiosa. (ATZORI D., *Fede E Mercato: Verso Una Via Islamica Al Capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 77-83).

economico, in primis il divieto di prestito ad interesse, in ossequio al principio, anticipatamente menzionato, della *Sharī'a* come fenomeno totalizzante.

2.2. La banca islamica come fenomeno diffuso

Come visto in precedenza, i vari strumenti adottati al fine di dotare gli schemi finanziari di compatibilità sciaraitica, in un primo momento, appaiono privi di reciproca armonizzazione e connotati da notevole diversità sul piano della ratio ispiratrice, avendone osservato, a seconda dei casi, la radice ideologica, etnica, politica o sociale.

Tuttavia, furono, fra gli altri fattori, la c.d. guerra dei sei giorni contro Israele (1967) e la successiva crisi petrolifera a dare una certa spinta verso una maggiore cooperazione ed interazione fra gli Stati caratterizzati da influenza islamica in un rinnovato panislamismo¹⁴⁶.

Decisivi, a tali fini, furono sicuramente il congresso di Jeddah dell'Organizzazione della Conferenza Islamica (OCI) del 1970, in cui vennero gettate le basi per un'intensificazione dei rapporti economici, e il successivo Congresso del Cairo (1972), in cui tale cooperazione ricevette maggior determinatezza, identificandosi nella volontà di creare una prassi economico-finanziaria islamica mediante la graduale eliminazione della logica dell'interesse nelle varie realtà nazionali coinvolte, poiché ripudiata dal credente.

La prima applicazione compiuta di tali intenti, dopo gli embrionali tentativi egiziani del 1963, viene considerata l'istituzione, nel 1974, dell'Islamic

¹⁴⁶ Come vedremo nel prosieguo della trattazione, tuttavia, il panarabismo (e il panislamismo) imperversante negli intenti degli anni Settanta, non è stato in grado di produrre un fenomeno di convergenza perfetta (secondo vari interpreti, tantomeno concettuale), tale da dotare il panorama islamico di una certa omogeneità.

Development Bank, volta a favorire la parziale redistribuzione della rendita petrolifera fra le comunità islamiche¹⁴⁷.

Successive manifestazioni di detto fenomeno furono, nel 1975, l'istituzione della Islamic Bank of Dubai, e, negli anni successivi, il fermento in discorso portò alla fondazione, in Egitto, della Fysal Islamic Bank, seguita, nel 1978, del Kuwait Finance House e della Jordan Islamic Bank for Finance and Investment, e, nel Regno di Bahrain, dall'istituzione della Bahrain Islamic Bank (1979)¹⁴⁸.

Successivamente a tale ondata, osserviamo che alcune realtà nazionali, fin dai primi anni Ottanta, hanno applicato una strategica apertura verso la neonata finanza islamica, volta a consentire la contemporanea operatività di banche convenzionali e istituti islamici e di creare, pertanto, un sistema misto.

Tale è stato, appunto, il caso della Malaysia, attuale sede dell'Islamic Financial Service Boards, in cui l'Islamic Bank Act del 1983 estese alle banche islamiche il medesimo regime di sorveglianza della Banca Centrale e, nel 1992, il Government Investment Act consentì al Governo di emettere strumenti di raccolta *Shar'ā compliant*. Tale attenzione ricevette ulteriore potenziamento con il *Skim Perbankan Tanpa Faedah* (Interest-free Banking Scheme) del 1993, con il quale le banche

¹⁴⁷ Vedasi KEPEL G., *Jihad. Ascesa e Declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004

¹⁴⁸ In tale ambito territoriale il settore in discorso ha registrato una forte crescita, che ha portato alla moltiplicazione delle entità finanziarie islamiche (circa una trentina attualmente), coadiuvate dal fondamentale ruolo della Central Bank of Bahrain e degli organismi internazionali per lo sviluppo della finanza islamica, che hanno sede nel Regno, quali l'AAOIFI, per la promozione dell'armonizzazione dei principi contabili e di governance dei soggetti finanziari islamici, e il Liquidity Management Centre (Lmc), operante nella promozione di un mercato interbancario islamico e l'IIFM, in ambito di mercato di capitali.

convenzionali venivano autorizzate ad inaugurare islamic windows, la cui conformità religiosa veniva saggiata dallo Shar'īa Advisory Council of Bank Negara Malaysia.

Sicuramente significativo appare, nello stesso senso, il tentativo avanzato nelle Filippine, con il decreto 542/1974, di convertire la PAB (Philippine Amanah Bank) in banca tout court islamica. Nonostante quanto premesso nello statuto della stessa banca, tuttavia, la PAB continua ad avere unicamente sportelli islamici, a fianco a quelli basati su schemi negoziali che implicano l'applicazione dell'interesse.

Oltre agli schemi volti a favorire l'armonizzazione fra banca convenzionale e islamic finance, occorre in questa sede riportare, al fine di fornire un quadro generale di alcune modalità attuative presenti, i tentativi di provvedere a una completa opera (o tendenzialmente completa) di islamizzazione del settore bancario avvenuta in alcuni ambiti.

In tale direzione, si deve citare l'esempio dell'Iran, in cui, a seguito della proclamazione della Repubblica Islamica sotto la spinta propulsiva della rivoluzione dell'ayatollah Khomeini nel 1979, si procedette alla nazionalizzazione del sistema bancario e, mediante la Law for Usury-free banking operations (1984), all'eliminazione della logica feneratizia, sostituita, perlomeno formalmente, dal metodo partecipativo.

In Pakistan, in seguito al colpo di stato del 1977, il generale Zia ul-Haq intraprese un'opera di ristabilimento del *nizam-e-mustapha*, il regime del Profeta, che aveva, come fulcro, l'azione riformatrice in ambito economico. In tale settore il processo di riforma ebbe il culmine negli anni 1981-1985, con l'eliminazione del *ribā'* (1981) e la conseguente dichiarazione di illegalità dello stesso (1985).

Successivamente, nel 1994, venne istituita la Meezan Bank Limited e, fra le misure per risanare il settore bancario, assume una certa importanza ai nostri fini, l'Essential of islamic mode of financing.

In virtù dei brevi cenni sopra riportati, perciò, si evidenzia la mancanza di uno sviluppo armonico della c.d. islamic finance e dell'assenza di un predominante disegno organico di sviluppo.

Il quadro appare assai più frammentato se si considera, inoltre, l'attuale fermento intorno alle richieste di prodotti sciaraiticamente compatibili, da parte di molti musulmani in Europa, il che ha favorito la riflessione inerente alle islamic windows nelle banche occidentali e la conseguente considerazione della pressante richiesta di schemi tecnici che non sviliscano l'ambizione etico-religiosa dei singoli.

In tal senso, sicuramente significativi sono stati gli elementi che hanno portato alla concessione della licenza ad operare alla Islamic Bank of Britain (2004) e a cinque banche d'investimento nel Regno Unito: European Islamic Investment Bank (2006), Global Securities House (2007), European Finance House (2008) e Gatehouse Bank (2008).

L'esempio inglese è interessante, fra le altre cose, poiché, dinanzi all'annoso interrogativo relativo alla qualificazione di tali soggetti, il legislatore rifugge il problema scegliendo la via della neutralità. In altre parole, gli istituti finanziari in discorso non ricevono una qualifica che ne denota l'ispirazione religiosa, ma, al contrario, la legislazione settoriale (in particolare, il Finance Act del 2003 e del 2005), ampliando il novero di schemi tradizionalmente adottati in ambito bancario, introduce le nozioni di "alternative finance return" e "profit share return", conferendo agli schemi contrattuali partecipativi il beneficio della deducibilità fiscale degli interessi passivi delle banche convenzionali.

In tal modo, viene riconosciuta l'eccentricità del modello rispetto a quello convenzionale, e, allo stesso tempo, evitando la qualifica di istituto "religioso", si promuove l'armonizzazione nel medesimo sistema di moduli tecnici di differente ispirazione.

Dopo aver accennato alla nascita e allo sviluppo degli enti islamici in alcune significative realtà, e ai modelli di commistione con gli schemi convenzionali, occorre approfondire gli aspetti tecnici e negoziali del modello islamico, al fine di carpirne la reale peculiarità.

3. Schemi e strumenti adottati dagli enti islamici

Parallelamente a quanto esplicitato in apertura del presente capitolo, nell'analisi degli strumenti tecnici adottati al fine di assicurare uno sviluppo della finanza in armonia coi dettami scaraitici, appare assai ardua una generalizzazione. Lo studio della suddetta questione, anche in questo caso, non può prescindere, quindi, dalla consapevolezza della capillarità delle opzioni adottate e, conseguentemente, dall'approssimazione dell'opera di categorizzazione, utile, soprattutto in termini ordinatori.

In relazione a quanto premesso, inoltre, occorre rimarcare che la nozione di banca islamica, approvata dall'Organizzazione della Conferenza islamica, contenuta nell'art. 5 dello Statuto dell'Associazione Internazionale delle Banche Islamiche, si limita a definire una banca islamica come "un istituto finanziario le cui leggi, statuti e regolamenti stabiliscono espressamente sia l'impegno a operare secondo i principi della *Shar'īa*, sia l'eliminazione degli interessi, ricevuti o pagati,

in qualunque sua operazione¹⁴⁹”, specificandone il generico obiettivo (eliminare la logica dell’interesse e operare in ossequio ai dettami religiosi), ma apparendo carente nelle delimitazione e conformazione della vertente operativa, non menzionando alcuno strumento o modalità idonea al raggiungimento del suddetto obiettivo.

Delineate le citate premesse sistematiche, l’osservazione delle opzioni adottate nelle differenti realtà permette di classificare i sistemi in esame secondo tre macro-categorie interpretative, che, occorre premettere, rappresentano una tendenziale categorizzazione, di tipo meramente riepilogativo e volta unicamente a riordinare una complessa e frastagliata casistica. Tale intento convive con quello di numerosi autori, volto a proporre diversi tipi di classificazione, fra i quali, senza dubbio, occorre citare quelle di Piccinelli¹⁵⁰, il quale differenzia il trattamento dell’usura secondo tre modelli: i sistema formalmente puri (codificati come l’Iran e il Pakistan, e parzialmente codificati, come l’Arabia Saudita), quelli europei (intendendosi quelli che hanno recepito i modelli europei, ad esempio, il modello tunisino, influenzato dall’opera francese) e quelli integrati (volti a combinare le esigenze religiose e quelle lucrative).

Da parte di chi scrive, riconoscendosi la difficoltà insita nello sforzo classificatorio, pare importante concentrare la sistematizzazione sul grado di sostanziale compatibilità sciaraitica, meta raggiunta, nei tre modelli, mediante la scelta di cammini dottrinali alquanto differenti.

3.1 Hiylal

¹⁴⁹ PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l’Oriente “C.A. Nallino”, Roma, 1996, pp. 69-70.

¹⁵⁰ PICCINELLI G.M., (opera sopra citata), pp. 38 e ss. .

Un primo gruppo di realtà territoriali adotta una serie di stratagemmi tecnici, veri e propri sotterfugi legali (*hijlal*), con il risultato di mantenere solo formalmente vigente il divieto di *ribā'*, il quale viene, in tal modo, svuotato del contenuto sostanziale, in vita solo in quella che è la valenza formale dello stesso.

Passando a una più approfondita analisi dei movimenti precedentemente illustrati, con l'espressione *hijlal* vengono definiti, in maniera tendenzialmente onnicomprensiva, la pluralità di sotterfugi legali adottati per assicurare la convergenza, come detto, meramente formale e nominalistica, fra l'*homo economicus* e il *mu'min* (credente)¹⁵¹. All'interno di tale visione vengono ricomprese le molteplici concezioni dottrinali elaborate in alcuni Paesi, fra quelli considerati maggiormente puri nel rispetto dell'ortodossia islamica.

A tal fine, occorre riportare la tesi, seguita da parte della giurisprudenza degli Emirati Arabi Uniti, secondo la quale il divieto di *ribā'* non si estenderebbe alle persone giuridiche, in quanto considerate incapaci moralmente¹⁵², e, conseguentemente, impossibilitate a compiere azioni religiosamente riprovevoli¹⁵³.

¹⁵¹ PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico*, Istituto per l'Oriente, Roma, 1996, p.30.

¹⁵² Tale visione, in un certo senso, potrebbe essere accostata a quella alla base della tradizionale massima *societas delinquere non potest*, principio con il quale il penalista si è trovato a confrontarsi, in virtù dell'evoluzione sociale e, conseguentemente, penalistica.

¹⁵³ Tale argomento è stato invocato, insieme alla dottrina della *darūra*, nella famosa sentenza della Corte Suprema Federale degli Emirati Arabi Uniti, *Baroda Bank v. Abu Dhabi Electronic Trading Co.* (1983). L'asserita applicazione su base soggettiva del divieto in discorso è considerata il fondamento concettuale della dicotomia, presente in vari ambiti islamici, fra codice civile

Sulla stessa lunghezza d'onda, occorre altresì menzionare la dottrina saudita, di chiara ispirazione hanbalita¹⁵⁴, che ha rifiutato l'uso del termine “*interest*”, sostituendolo con “*charge*” o “*commission*”. All'interno di tale sistema economico, fortemente caratterizzato dal fattore della remuneratività del capitale, si è altresì diffusa la teoria della *darūra*, in base alla quale viene mantenuta l'astratta illiceità della fattispecie in discorso, casisticamente derogabile in caso di necessità¹⁵⁵. Tali ipotesi, inizialmente percepite come tassative ed eccezionali, e, pertanto, suscettibili unicamente di circostanziata applicazione, in tali ambiti territoriali hanno assunto una portata assai ampia, che ha portato rilevanti voci dottrinali a considerare *ex ante* ed indiscriminatamente come scriminante l'esigenza degli operatori di partecipare al moderno contesto finanziario internazionale¹⁵⁶.

(diritto delle persone fisiche, che proibisce il prestito oneroso) e codice commerciale (diritto delle persone giuridiche, che, spesso, prevede e disciplina il prestito ad interesse). Vedasi, ad esempio, il panorama normativo del Kuwait, con la previsione proibitiva contenuta nell'art.305 del codice civile, in rapporto con l'art.102 del codice di commercio, che lo permette e disciplina.

¹⁵⁴ Ricordiamo che, in tale ambito normativo, il Corano rappresenta tuttora il vertice della gerarchia normativa.

¹⁵⁵ Il medesimo concetto è una colonna nell'iter motivazionale della famosa sentenza Janata della Corte Suprema degli Emirati Arabi Uniti (1981), decisione ispirata all'art.43 del codice delle obbligazioni e alla necessità come scriminante in casi di azioni vietate dai precetti religiosi. (SCHACHT J., *Introduzione al Diritto Islamico*, Torino, 1995, pp. 88-89.)

¹⁵⁶ Come anticipato, il canone di necessità, più che mitigare i precetti sciaraitici, in tal caso, contribuisce a derogarli completamente. Tuttavia, nelle trattazioni dei giuristi classici, occorre ribadire che la *darūra* è, ovviamente, percepita come strumento eccezionale, il che rende criticabile un uso indiscriminato dello strumento stesso e un'estensione concettuale volta ad abbracciare indiscriminatamente ed acriticamente interi settori.

Tale rilievo rappresenta, quindi, un ulteriore argomento che porta l'interprete a rifuggire le concezioni classificatorie statiche, come ribadito nel Capitolo I del presente scritto. Il ricorso a

Nella medesima direzione, si collocano le opinioni dottrinali volte a dotare di inedita prevalenza gerarchica, nel rapporto fra cliente ed entità finanziaria, il principio coranico (V, I) *pacta sunt servanda*.

Di controversa qualificazione appaiono, invece, altre figure negoziali, quali il *'ubda*. Tale fattispecie, in uso nella regione di Hadramawt (Yemen), prevede l'obbligo di custodia della proprietà (di solito un fondo agricolo), che il soggetto sovvenuto concede, attraverso la vendita, al finanziatore, oltre alla somma prestata, in cambio dell'erogazione. Allo stesso tempo, in un determinato lasso temporale, il venditore-sovvenuto potrà riacquisire la proprietà del bene, pagando una somma uguale a quella prestata. Secondo alcune costruzioni dottrinali, quindi, non vi sarebbe, nel modello esposto, traccia di interesse.

In realtà, altre voci sottolineano che, seppur il riacquisto avviene per l'importo corrispondente a quello prestato, il trasferimento della proprietà, sostanzialmente, a garanzia della restituzione di un prestito, nasconde l'interesse, identificato nei frutti che l'erogatore-acquirente trae dal bene oggetto del negozio¹⁵⁷.

categorie statiche e dotate di nominalistica rigidità, portano il giurista alla necessità di esercitare l'opera di adattamento del corpus normativo alla modernità attraverso mezzi interpretativi, quali l'analogia, previsti al fine di adempiere a ben altre funzioni. In tal modo, tali strumenti vengono snaturati e, conseguentemente, sviliti.

¹⁵⁷ Per un'approfondita trattazione delle fattispecie vedasi BOXBERGER L., *Avoiding ribā': credit and custodianship in nineteenth – and early – twentieth Century Hadramawt*, in 5 *Islamic Law and Society* 196 (1998), altresì citato da NONNE L., (opera menzionata).

In particolare, occorre rilevare che la dottrina islamica si è espressa, da più parti, in maniera favorevole rispetto al modello in esame, considerato in armonia con la morale islamica. Tuttavia, alcune voci dottrinali hanno obiettato che il *'ubda* potrebbe rappresentare un pericoloso strumento

3.2 Concezione finalisticamente orientata: bilanciamento

Il secondo modello adottato è quello risultante da una sorta di bilanciamento fra beni ed esigenze del medesimo rango (coranico), che ha portato, come vedremo, a una casistica e circostanziata applicazione dell'interesse, funzionalmente connesso al raggiungimento di superiori obiettivi di benessere generale.

Come sopra anticipato, tale ottica affonda le proprie radici argomentativo-concettuali su alcuni fermenti dottrinali evidenziatisi in occasione della menzione del *Sunduq at-Tanfīr Affair* (1904), e della celebre *fatwà* emessa da Muhammad Abduh, mediante i quali l'interesse riceve una riqualificazione come dividendo.

Come anticipato, la destinazione dei proventi feneratizi al conseguimento di obiettivi socialmente utili e volti ad incrementare il benessere generale, quali il finanziamento di linee di trasporto e scuole, comporta la prevalenza di tale esigenza (sciaraitica) su quella, pariordinata, espressa dal divieto coranico. Sulla base di tale ottica, volta a conciliare i precetti sciaraitici con le istanze progressiste, alcuni discepoli di Muhammad Abduh, in particolare Rašīd Ridā e Mahmūd Šaltūt, hanno approfondito tale linea ermeneutica espressa, delineando un sistema generale di ammissione dell'interesse e connettendovi il raggiungimento di obiettivi e valori, colonne della *Sharʿa*, quali la fratellanza e la solidarietà¹⁵⁸.

Seguendo tale linea ermeneutica, la menzionata destinazione solidaristica, perciò, permea di liceità la fattispecie, che, fra l'altro, appare non di esclusiva

in mano ai grandi possidenti, che potrebbero destinarlo a spogliare i piccoli proprietari terrieri in cerca di micro-finanziamento.

¹⁵⁸ Mediante tale punto di vista viene giustificata, per esempio, l'emissione di titoli di debito pubblico, e la remunerazione degli stessi in ottica feneratizia, poiché lo Stato, attraverso tali modalità, può adempiere al messaggio islamico di fratellanza e diffusione del benessere.

percorribilità da parte di soggetti pubblici, essendo, invece, strumento adottabile da soggetti privati. In tal modo, imprese e banche, agendo in tale cornice c.d. finalisticamente orientata, contribuiscono *de facto* alla realizzazione di compiti di stampo latamente pubblicistico¹⁵⁹.

Il bilanciamento fra beni in discorso, inoltre, ha rappresentato una metodologia adottata da vari giuristi islamici in sede di qualificazione di fattispecie quali il microcredito. In base alla costruzione concettuale proposta dal Professore M. Yunus, la fattispecie citata si attegga a meccanismo direttamente lucrativo e remunerativo, che, però, si rivolge a categorie di soggetti che sarebbero esclusi dal circuito creditizio, in quanto impossibilitati a fornire idonee garanzie, in base a criteri convenzionali.

L'applicazione di tale strumento, perciò, su larga scala, nell'immaginario dell'ideatore dello stesso, rappresenterebbe un fondamentale mezzo di lotta contro la povertà, producendo rilevanti benefici per la società, e contribuendo all'emancipazione, al tempo stesso, di alcuni settori sociali.

Tale schema nasce in Bangladesh e, da più parti, viene teorizzata una certa influenza islamica sullo stesso, essendo quest'ultimo un elemento assai dibattuto in dottrina, dovendosi citare, ai fini di dotare il lettore della visione più ampia possibile, alcune obiezioni che gli ambienti islamici maggiormente tradizionalisti oppongono al modello in discorso. In primis, viene aspramente criticata la struttura della fattispecie, qualificabile come usura, fermamente contrapposta alla

¹⁵⁹ A tal proposito, occorre menzionare la posizione dei giuristi islamici classici, contrari a tali aperture interpretative, sulla base, fra l'altro, della tradizionale caratterizzazione del *qard* (prestito) come fattispecie scevra da connotazioni solidaristiche o, comunque, di tipo sociale.

zakat (l'elemosina)¹⁶⁰, idoneo strumento per adempiere ai doveri solidaristici, ed, inoltre, è oggetto di censura, in alcune ricostruzioni, il ruolo della donna, protagonista nelle applicazioni di microcredito.

Ai fini della presente analisi pare degno di nota, al di là della presa di posizione, il contesto fortemente moralizzante in cui si è sviluppato, vero nucleo del discorso in esame e dell'accostamento suggerito fra ambito religioso ed applicazioni in contesti laici.

3.3. L'eliminazione dell'interesse: PLS (*Profit and Loss Sharing system*)

La terza categoria evidenziata, che di seguito verrà trattata, è quella del PLS (*Profit and Loss Sharing System*), caratterizzata da una carta volontà riformatrice della logica capitalistica fondata sui negozi feneratizi.

L'obiettivo ricercato dalle concezioni in esame, perciò, appare quello di sostituire in toto la logica meramente remunerativa, mediante la cooperatività operativa insita ai negozi partecipativi e, indirettamente, preservando la purezza sciaraitica del sistema economico-finanziario. In tal modo, l'effetto del miglioramento degli standards di efficacia, coniugato con la conformità religiosa degli schemi adottati a tal fine, nell'ottica in esame, passa attraverso un rinnovamento dell'architettura negoziale di alcune fattispecie creditizie, mediante l'adozione della logica partecipativa, consistente in una stretta convergenza operativa, nella condivisione

¹⁶⁰ Alcune delle accuse mosse al modello trovano nello stesso Yunus uno strenuo difensore, in base al rilievo secondo il quale i clienti della Grameen Bank sono altresì soci della stessa, di modo che gli interessi appartengono a loro stessi, il che impedisce la qualifica come usura del microcredito

del rischio, e nella compartecipazione di entrambe le parti di una fattispecie erogativa, in percentuale, nelle perdite e negli utili¹⁶¹.

Detta visione si impone verso la fine degli anni '70, con il recupero, da una parte, degli schemi bancari islamici classici e, dall'altra, con l' "islamizzazione" delle pratiche bancarie occidentali. In questi anni, in un'ottica, precedentemente menzionata, di rinnovato panarabismo, nascono i primi istituti finanziari che si professano rispettosi dell'ortodossia e accomunati dall'eliminazione della logica dell'interesse.

Citando come rilevanti precedenti quello iraniano e quello pakistano¹⁶², il metodo partecipativo, negli ultimi anni, ha riscosso un certo interesse in occidente, come detto, nel novero delle possibili alternative da adottare al fine di scongiurare la devastante crisi finanziaria e limitarne i tuttora visibili effetti¹⁶³. Gli spunti

¹⁶¹ SAAL ABDUL SATTAR AL-HARAN, *Islamic Finance: partnership financing*, Selangor, Pelanduk Publications, 1993, pp. 55-73; MUHAMMAD NEJATULLAH SIDDIQI, *Issues in Islamic Banking*, 1983, The Islamic foundation, Leicester, London, U.K., Capitolo "Economics of Profit Sharing".

¹⁶² Vedasi i paragrafi del presente Capitolo inerenti alla nascita e alla diffusione della banca islamica.

¹⁶³ In relazione alle realtà citate, vedasi i paragrafi inerenti alla nascita e alla diffusione della banca islamica inseriti nel presente Capitolo.

A tal proposito, pare doveroso accennare al fatto che il fenomeno della circolazione del modello islamico è, per così dire, doppio: per un verso, infatti, la banca islamica ha proliferato, ovviamente, in territori a forte presenza musulmana, soppiantando, in alcuni casi, il sistema occidentale. Inoltre, dato degno di interesse è altresì il fatto che le banche islamiche abbiano ampliato il proprio raggio d'azione e, da tempo, si siano diffuse in occidente, per soddisfare le esigenze di varie persone, desiderose, come detto, di partecipare alle dinamiche bancarie con prodotti bancari *halal*.

concettuali che vengono considerati idonei a tal fine sono, senza dubbio, la condivisione del rischio, contrapposta alla logica della mera trasmissione, il sistema dei controlli preventivi all'erogazione, oltre all'imprescindibile compatibilità etica degli investimenti.

Tali dettami si applicano, nel panorama islamico, all'attività di captazione del risparmio, con i depositi partecipativi¹⁶⁴, *bisābāt al-mušāraka*, e i contratti di conto corrente di investimento, *bisābāt al-istitmār*¹⁶⁵.

Tali strumenti si presentano come depositi vincolati, accompagnati dal mandato che il cliente conferisce alla banca affinché quest'ultima investa i citati fondi in iniziative *halal*. La banca, alla scadenza prefissata, rimborsa il capitale del deposito, remunerato in maniera proporzionale al successo dell'investimento, e non in base ad un interesse predeterminato. Da evidenziarsi, inoltre, che spesso la banca, fermo restando l'assioma etico della compatibilità sciaraitica dell'impiego del capitale stesso (essendo proibite, ad esempio, attività quali il gioco d'azzardo, la prostituzione, o iniziative inerenti a prodotti vietati, quali la carne di maiale) impiega il capitale raccolto in fondi comuni di *mušāraka* o di *mudāraba*, riferimenti essenziali del PLS, sui quali di seguito ci soffermiamo.

Legata a tale elemento è, senza dubbio, la necessità per le banche occidentali di fornire risposte alle medesime esigenze, essendo indicative le recenti riflessioni di vari enti bancari occidentali a tal riguardo.

¹⁶⁴ Numerose banche islamiche, oltre ai menzionati depositi partecipativi, prevedono depositi totalmente gratuiti.

¹⁶⁵ Per una panoramica di tali strumenti, vedasi KHAN M. F., *Guarenteeing Investment Deposits in Islamic Banking System*, Islamic Economics, 2003, vol.16 n.1, pp. 84-135.

Esempi concreti ed operativi di tali schemi possono essere consultati fra i modelli della Islamic Development Bank (www.isbd.org) e del Kuwait Finance House (www.kfh.com/en).

4. *Mudāraba* y *Mušāraka*: proposte di riforma del sistema creditizio

La morfologia del *profit and loss sharing system* assume una conformazione particolarmente interessante in ambito erogativo creditizio, attraverso le opzioni applicative dei contratti di *mudāraba* y *mušāraka*, schemi che rappresentano il frutto del rinnovamento di modelli presenti nell'Arabia pre-islamica del 7 a.C., in cui l'economia era basata sull'autofinanziamento e la diretta erogazione del capitalista al commerciante¹⁶⁶ e che, grazie all'elaborazione moderna, vengono dotati di una certa plasticità e flessibilità, che li rende particolarmente funzionali nel moderno contesto.

La *mudāraba*, nella prassi bancaria, rappresenta un contratto associativo, misto di capitale e lavoro, mediante il quale l'entità finanziatrice (*rabb al-māl*) concede al cliente-sovvenuto (*mudārib*) una somma al fine di realizzare un determinato progetto imprenditoriale. Il cliente, secondo tale schema (vedasi figura 1), è obbligato alla restituzione del capitale maggiorato di una percentuale determinata degli utili che il progetto imprenditoriale sarà in grado di generare¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Tali modelli presentano caratteri che li rendono agevolmente comparabili con l'*iska*, modello negoziale di diritto ebraico, configurabile come contratto misto di credito e garanzia, mediante il quale un socio attivo si associa con il finanziatore (socio silente). Tale schema viene frequentemente applicato dalla Discount Bank of Israel e dal Leumi Bank of Israel ai fini di ovviare il divieto di prestito ad interesse nella visione soggettivistica ebraica. Vedasi al riguardo: Capitolo V *Mishnà Bavà Metzī'ā*, nella versione commentata da RABELLO A.M., *Mishnà Massèkhet Bavà Metzī'ā*, 2011, ARI, Roma, pp.85 e ss.; ELON M., *The Principles of Jewish Law*, New Brunswick (U.S)/London (UK), Transaction Publishers, 1975 (ed.2007), pp. 280 e ss.

¹⁶⁷ Per un'efficace analisi di tale strumento in un contesto tecnico, vedasi SALEH FARHI, *La Banca Islamica e i suoi fondamenti teorici*, Rubbettino, Catanzaro, 2010, pp. 23-26.

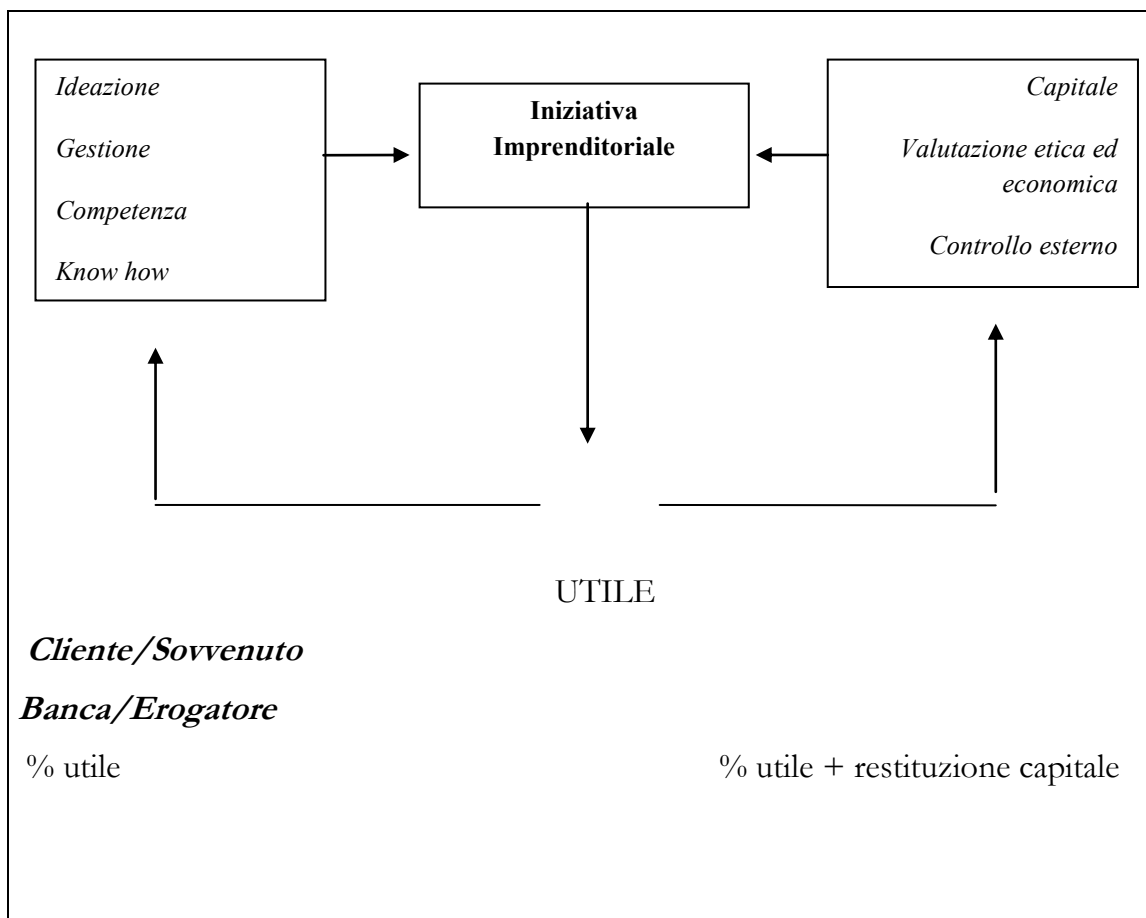
In tal modo, fra i due soggetti implicati, si instaura un'associazione sia nel rischio, sia nell'eventuale profitto, mediante un modulo che lascia al sovvenuto i compiti di ideazione, gestione e dell'organizzazione dell'iniziativa in base alle proprie competenze settoriali, mentre l'ente erogatore ne controlla esternamente alcuni profili¹⁶⁸.

In base a quanto affermato, perciò, se il progetto finanziato non produce utili, il sovvenuto sarà unicamente obbligato alla restituzione del capitale ricevuto, la cui entità può essere oggetto di garanzia, come avviene, ad esempio, nel modello adottato dalla londinese Albaraka International Bank LTD¹⁶⁹.

¹⁶⁸ In altre parole, l'erogatore diviene socio negli utili ma terzo nella gestione, che rientra nell'esclusiva sfera di competenza del soggetto finanziato. Tale schema è perfettamente fotografato nella definizione del *mudāraba* come *dormant partnership* contenuta in N. A. SALEH, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic Law: riba, gharar and Islamic Banking*, London-Dordrecht-Boston, 1992, p. 93.

¹⁶⁹ <http://www.albaraka.co.za/home.aspx>

Figura 1: Mudāraba



Le differenze con il modello creditizio tradizionale delle banche occidentali sono varie, dovendosi sottolineare che, in quest'ultimo caso, il sovenuto è obbligato alla restituzione del capitale, oltre all'entità degli interessi, predeterminata ed indipendente dall'esito dell'operazione alla base del finanziamento. Nella fase di concessione, inoltre, il finanziatore, spesso una banca, realizza l'analisi della solidità patrimoniale del richiedente, inerente alla possibilità di restituzione delle

somme erogate, analisi il cui esito positivo viene tradizionalmente determinato dall'apporto di idonee garanzie patrimoniali o, in alcuni casi, dalla possibilità di trasmissione del rischio dell'insolvenza.

In tempi recenti, la crisi finanziaria ha evidenziato gli effetti devastanti della combinazione fra la garanzia basata sulla c.d. bolla immobiliare e i meccanismi di collocazione sul mercato di prodotti bancari (derivati) idonei a suddetta trasmissione.

Inoltre, proseguendo nell'analisi dello strumento in esame, si può apprezzare la differente ottica della *mudā'araba*, in cui il concedente realizza una triplice analisi ai fini di determinare la concessione stessa: in primis, viene saggiata la compatibilità sciaraitica del progetto in oggetto, operazione realizzata dallo SSB (*Shari'ā Supervisory Board*¹⁷⁰), organo bancario composto da esperti di diritto islamico e diritto bancario nominati dal consiglio di amministrazione, che agisce, come detto, al fine di assicurare il rispetto dell'ortodossia islamica, mediante pareri legali, *fatwā*, di tipo astratto e concreto. La funzione di tale organo appare assai importante poiché assicura un costante "aggiornamento" fra strumenti tecnici alla luce delle interpretazioni religiose, non comportando tale operazione, però, uno svilimento del paradigma dell'efficienza economica.

Inoltre, fondamentale è lo studio approfondito del progetto da finanziare, dipendendo il guadagno del concedente dal successo del sovenuto, elemento che porta il primo ad esercitare un controllo stringente e tendenzialmente esaustivo del mercato e dei requisiti del progetto.

In ultima analisi, poi, non perde importanza l'accessorio giudizio sulla solidità patrimoniale del cliente, in vista della restituzione del capitale prestatato.

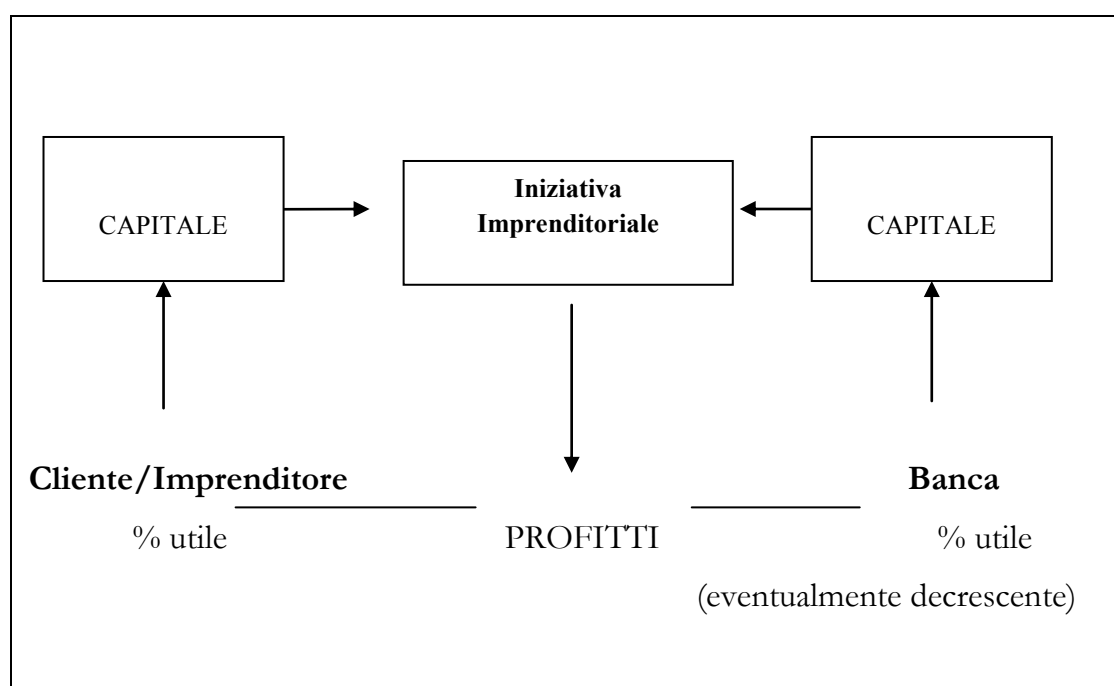
¹⁷⁰ Vedasi, ad esempio, il sistema della Jordan Islamic Bank:

<http://www.jordanislamicbank.com/en/?427dacca3edd8203f5aceefbb0607878fc4d0aabc776c3>

Sensibilmente differente al modello studiato è quello della *mušāraka* (figura 2), mediante il quale due o più soggetti contribuiscono a finanziare un'iniziativa imprenditoriale, in quote uguali o differenti, dividendo le perdite in maniera proporzionale al capitale apportato. Nella prassi bancaria, la *mušāraka* si atteggia, essenzialmente, a schema di *venture capital*, impiegata per progetti a lungo termine, in cui la banca (*mušārik*) partecipa nel capitale di imprese esistenti o di nuova costituzione (*capital risk*), potendo, successivamente ed eventualmente, trasferire le partecipazioni cartolarizzate o collocarle nel mercato.

Tale tecnica di finanziamento è omologabile a quelle di *equity financing*, essendo interessante notare come lo schema possa essere adattabile e flessibile, attraverso la modalità della *mušāraka* “decescente” (*mušāraka mutanāqisa*), mediante la quale il concedente finanzia un progetto, ricevendo una quota di utili decrescente negli anni, parallelamente alla “riconquista” da parte del sovvenuto di una quota crescente del capitale dell'impresa, in uno schema che ben si attaglia alle necessità di *start up*.

Figura 2: Mušāraka



I modelli associativi esaminati rappresentano complesse strutture negoziali, basate sulla combinazione del modello del prestito o credito, con il deposito e il mandato fiduciario che la banca conferisce al cliente, e che mirano ad ottenere un'equilibrata sintesi fra esigenze lucrative e rispetto dei precetti coranici.

Allo stesso obiettivo ambisce la *ratio* di strumenti elaborati al fine di favorire il proliferare di un mercato di capitali islamico. A tal proposito, mi riferisco al c.d. bond islamico, il *sukuk*, basato su un'operazione prossima alla cartolarizzazione, ovvero la creazione di un veicolo dotato di personalità giuridica, il quale riceve un

asset dall'*originator*, per poi emettere *sukuk notes*, che verranno sottoscritti dagli investitori.

In tal modo, come si vede, alla radice dell'operazione vi è un bene reale, di cui, proporzionalmente, sono proprietari gli investitori, i quali, mediante il veicolo, stipulano un contratto *shar'ia compliant* che permette all'*originator* di gestire il bene dietro pagamento di un canone (che rappresenta la remunerazione degli investitori) e di recuperare la proprietà del bene a scadenza prefissata, dietro rimborso del capitale agli investitori¹⁷¹.

La panoramica effettuata, perciò, ci fornisce alcune nozioni che permettono di valutare, oltre agli strumenti tecnici adottati e alla varietà operativa illustrata, l'ottica alla base dei sistemi in discorso.

¹⁷¹ vedasi, per un confronto fra il *sukuk* e il *bond* occidentale un interessante contributo del SOLE 24 ORE: <http://www.ilsole24ore.com/art/finanza-e-mercati/2011-03-27/bond-islamici-battono-occidentali-081610.shtml?uuid=AaK46vJD>

CAPITOLO IV

ECONOMIA ETICA E MODELLI CREDITIZI SOLIDALI

1. Religione ed etica: *trait d'union* metodologico

In virtù di quanto premesso nell'Introduzione del presente lavoro, l'analisi dei negozi onerosi nell'ambito dei diritti religiosi appare strumentale rispetto allo studio metodologico di fattispecie creditizie c.d. etiche, come frutto della consapevolezza che una delle ambizioni maggiormente degne di nota emerse all'interno dell'alveo religioso è stata quella di combinare istanze lucrative e rispetto dell'ortodossia.

Come anticipato, è convinzione insita alla presente opera che il fermento registrato negli ultimi anni riguardo agli schemi di *business ethics* favorisca l'ingresso, all'interno del dibattito inerente agli elementi negoziali feneratizi, della tematica riguardante il ruolo di fattori meta-tecnici in veste regolatrice e correttiva di strutture che in passato sono state percepite come asettiche ed inespugnabili, ed il cui uso su larga scala ha concorso nella produzione di alcuni effetti distorsivi. Quanto asserito, perciò, stante il pregio dell'obiettivo perseguito dalle teorie sopra riportate, mira ad indagare, su un terreno prevalentemente tecnico e pratico, la concreta applicabilità di tali premesse ispiratrici, basandosi la riflessione in esame sugli strumenti negoziali attualmente a disposizione e su una visione di stampo comparatistico.

L'obiettivo perseguito dalle proposte riformatrici eticizzanti, perciò, come anticipato, da un certo punto di vista, coincide metodologicamente con l'ambizione moralizzante professata negli ambiti religiosi citati nei precedenti capitoli e si mostra tendente all'armonizzazione di esigenze spesso considerate vicendevolmente confliggenti.

I Capitoli precedenti, infatti, hanno enfatizzato le difficoltà storicamente riscontrate tanto nell'esperienza giudeo-cattolica, come in quella islamica, e le soluzioni adottate per assicurare la sintesi fra i valori citati. Il solco tracciato nell'esperienza degli ordinamenti religiosi rappresenta una preziosa esperienza per il comparatista, permettendo a quest'ultimo di ripercorrere gli snodi fondamentali del dibattito esaminato e coglierne i frutti mediante la paziente semina in un terreno, quale quello attuale, pluralista, laico e all'interno del quale convivono identità la cui coesistenza pare essere elemento di decisivo equilibrio sociale.

Detto ciò, pare di non secondaria importanza, parallelamente all'assimilabilità metodologica, evidenziare alcuni profili problematici connaturati al *modus operandi* in discorso e derivanti dal paventato accostamento tra religione ed etica.

Seppur pare non essere questa l'ideale sede ai fini di disquisire in maniera approfondita sulle divergenze ontologiche fra i due elementi citati, mi preme, comunque, menzionare la profonda eterogeneità fra gli stessi, rappresentata, *in primis*, come anticipato, dai profili di irrazionalità e di tendenziale rigidità che connaturano il messaggio religioso, diretta materializzazione dell'effulgenza divina.

Contrariamente a ciò, gli assiomi etici invocati da più parti trovano un comune paradigma nell'elemento solidaristico, frutto di un programma attuativo i cui germogli, come vedremo, si trovano nei dettati costituzionali, fattore che dota

detto concetto dotato di piena razionalità. Seppur, tuttavia, pare indubbio che le concezioni inerenti allo Stato sociale e alle conseguenze che tali teorie determinano per i soggetti pubblici e privati presentino rilevanti coincidenze con il messaggio religioso e, probabilmente, ne abbiamo subito una certa influenza, appare altresì impraticabile il superficiale appiattimento rappresentato da un frettoloso giudizio di identità sostanziale, che determinerebbe un inesorabile svilimento delle istanze in discorso.

In conclusione, perciò, l'obiettivo della presente premessa è quella di chiarire il cammino metodologico seguito, pur prevenendone e manifestando le varie insidie insite allo stesso.

2. Il concetto di solidarietà come principio giuridico

2.1 Definizione di solidarietà: tentativi e distinzioni

Tracciate le suddette premesse, occorre riflettere sul concetto di solidarietà, con l'obiettivo di poterne analizzare il ruolo all'interno dell'architettura negoziale ed addivenire, infine, alle dovute conclusioni sulla precettività dello stesso e i confini e potenziale della stessa.

Innanzitutto, doverosa è l'analisi del paradigma rappresentato dalle disposizioni costituzionali nazionali, per poi esercitare lo sforzo comparatistico in relazione

alle disposizioni costituzionali presenti in altre realtà europee¹⁷², per poi perseguire, così, l'obiettivo annunciato di effettuare *l'acid test* inerente alla materialità del principio solidaristico.

Riguardo al panorama costituzionale italiano, l'art.2, sulla scia dei tragici eventi che hanno caratterizzato la seconda guerra mondiale, rappresenta, ad opinione di Guido Alpa, “uno sbarramento all'individualismo esasperato”¹⁷³, imponendo un diritto-dovere ai consociati, da leggersi in armonia con alcune fondamentali disposizioni quali quelle dell'art.3, comma 2 Cost., 4 Cost, 10 Cost. . Ai fini della presente analisi, pertanto, è importante sottolineare e definire il principio solidale, partendo, come detto, dal riconoscimento della precettività dello stesso e ribadendone, fin da ora, l'imminenza dello stesso al tessuto privatistico.

Quanto anzidetto suggerisce, pertanto, un'indagine sul significato di solidarietà e sulla connotazione che il medesimo principio ha assunto nelle trattazioni inerenti alla c.d economia etica, dovendosi specificare che tale dettame ha rappresentato, nel menzionato intorno, il grimaldello utile per introdurre l'improcrastinabilità del dibattito inerente ai modelli creditizi rivolti a permettere l'accesso al finanziamento di sovvenuti che ne sarebbero esclusi secondo i criteri tradizionali. Balza, pertanto, agli occhi la necessità di definizione e di distinzione da alcuni

¹⁷² Vedasi, a tal riguardo, il pregevole contributo di Guido Alpa, (in ALPA G., *Solidarietà*, La Nuova Giurisprudenza civile commentata, CEDAM, anno x, II, 1994, pp. 365-373) in cui l'autore, dopo aver raffrontato il principio ex art. 2 Cost. con le disposizioni di varie costituzioni europee, si spinge ad ampliare il ventaglio comparatistico, soffermandosi sulla solidarietà nella prospettiva cattolica e nella prospettiva socialista.

¹⁷³ ALPA G., *Solidarietà*, La Nuova Giurisprudenza civile commentata, CEDAM, anno x, II, 1994, p. 365.

concetti apparentemente affini a quelli in discorso, ma difficilmente coniugabili con la logica espressa, dovendosi inaugurare detta trattazione ripercorrendo i sapienti passi compiuti in dottrina mediante la netta separazione fra solidarietà e liberalità.

La ratio che caratterizza le fattispecie ex artt.769 c.c. ss. infatti, implica la tendenziale assenza di vincolatività giuridica ed altresì una necessaria e specifica direzione soggettiva dell'intento altruistico, dovendosi, però, mitigare l'assolutezza dell'assunto sulla base dei rilievi dottrinali volti ad evidenziare una nuova dimensione commutativa che emancipa lo spirito di liberalità da un mero spontaneismo diretto all'arricchimento altrui¹⁷⁴.

L'inserimento dei negozi solidali in tale ambito concettuale porterebbe, infatti, alla creazione di una categoria residuale di negozi caratterizzati dall'assenza di costrizione giuridica e morale al compimento dell'atto, all'interno della quale la solidarietà verrebbe svilita ad eventuale motivo soggettivo dell'atto di liberalità. A fini distintivi, occorre pertanto prendere le mosse dai rilievi espressi riguardo alla piena vincolatività del principio solidaristico, percepibile come principio verticale¹⁷⁵, operante nella contrattualistica tra soggetti disuguali e destinata ad ottenere risultati coincidenti con interessi di rilievo pubblicistico, quali quelli costituzionalmente espressi¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Vedasi la lucida analisi condotta da Lipari in un rilevante contributo (LIPARI.N, "Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 6 e ss. .

¹⁷⁵ ZAGREBELSKY G., *Società, Stato, Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1988, pp. 61 e ss. e 128 e ss. .

¹⁷⁶ Viene sottolineato, in dottrina, che la tematica della finanza etica implica la preordinazione a finalità di tipo solidaristico di vari schemi operativi, come conseguenza del passaggio dagli atti di

In tal modo, il principio in esame diviene un veicolo per intendere l'ordinamento come complesso normativo finalisticamente orientato, sia nei casi di intervento mediatore del legislatore, sia in quelli nei quali tale attività di trasposizione non avviene e la solidarietà diviene un canone ermeneutico, similmente a quanto accaduto in ambito di responsabilità extracontrattuale, dovendosi, secondo attenta dottrina, valicare i confini della percezione come mera clausola generale del principio *de quo*.

Come suggerito da alcuni autori¹⁷⁷, perciò, la solidarietà, emancipata dall'idea di liberalità, diviene un principio al quale va subordinata l'autonomia privata e, di conseguenza, il limite ed il criterio ispiratore di quest'ultima.

2.2 La parabola della solidarietà nella tradizione costituzionale occidentale ed in quella attuale

Avendo esaltato il profilo finalistico, occorre ora concentrarci su quello ontologico della solidarietà, al fine di carpirne il potenziale precettivo.

liberalità a differenti ipotesi di finanziamento riconducibili a forme operative che facciano capo ad intermediari creditizi, esaltandone, perciò, il ruolo (indirettamente) pubblicistico (CAPRIGLIONE F., *Cooperazione di credito e "finanza etica"*, in Banca, Borsa e titoli di credito, parte prima, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p.24).

¹⁷⁷ In primis, Lipari (LIPARI N., "*Spirito di liberalità*" e "*spirito di solidarietà*", Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p. 15), le cui affermazioni andrebbero armonizzate e lette, ai fini di ottenere un quadro dialettico, con quelle di CATAUDELLA, *Donazione e spirito di solidarietà*, in Studi in onore di Piero Schlesinger, I, Milano, 2004, pp. 775 ss.

Tale concetto si afferma, nella sua dimensione giuridica, nel Seicento e nel Settecento, per poi guadagnare una certa incisività nel primo Ottocento, con la Dichiarazione dei Diritti di Robespierre nel 1793, dovendosi, a tal fine considerare (seguendo quanto suggerito da Alpa) l'indiscutibile omogeneità fra la fraternità e solidarietà, nella formulazione della Costituzione del 1795, nella quale, oltre alla configurazione come diritto, appare, per la prima volta, la caratterizzazione come dovere.

Occorre dire che tali fermenti subiscono un forte ridimensionamento ad opera di Napoleone, la cui impronta porterà all'eliminazione e alla scomparsa del principio solidaristico dalle codificazioni privatistiche ottocentesche, in virtù dell'incompatibilità fra il nucleo non patrimoniale del principio in esame ed il liberismo economico sotteso a tali codici, oltre all'assoluta centralità della proprietà e del commercio.

La parabola discendente della solidarietà continua con la Restaurazione, che ne sancisce l'oblio, tendenza che muta sensibilmente solo durante il diciannovesimo secolo con la Costituzione francese del 1848, nella quale appare, oltre alla massima negativa di stampo evangelico-kantiana ("non fare agli altri quello che non vorresti fosse fatto a te"), la necessaria attivazione di un comportamento solidale positivo¹⁷⁸.

I bellicosi e tragici eventi che contraddistinguono la fine del secolo decretano l'emersione delle concezioni cattoliche e socialiste del principio solidaristico, enfatizzando la prima visione una connotazione caritatevole e pietista, destinata,

¹⁷⁸ ALPA G., *Solidarietà*, La Nuova Giurisprudenza civile commentata, CEDAM, anno x, II, 1994, p. 370.

pertanto, a sfociare nella sporadicità e mera spontaneità¹⁷⁹; a differenza della seconda ricostruzione menzionata, la quale, sotto l'influenza delle lotte di classe, ambisce, promuovendo una visione corporativista, al miglioramento delle condizioni economico-sociali di una frangia sociale mediante l'erosione delle posizioni conquistate dai ceti dominanti.

Tuttavia, tale concezioni mal si adattano alla caratterizzazione utile ai fini della presente analisi, poiché non raccolgono gli affermati profili di cogenza e di collettivismo, secondo il nucleo rappresentato dalla lettura armonizzata dei precetti costituzionali precedentemente menzionati.

Gran parte delle Costituzioni moderne risalenti appare affezionata all'impronta individualistica ottocentesca, tendente alla costante rivendicazione della libertà del singolo, intesa come sfera inattaccabile garanzia a protezione del singolo, potendosi citare, a fine esemplificativo, le Costituzioni del Belgio e dei Paesi Bassi, nei quali la solidarietà non appare citata o la Costituzione francese del 1946, nella quale non vi è traccia di doveri positivi volti alla collaborazione ed alla coesione sociale.

¹⁷⁹ Esempio appare la ricostruzione di Lucarelli: “[...] *Nel sentimento religioso e cristiano, il concetto (di solidarietà) tende a specificarsi prevalentemente nel volontariato benefico, che induce l'individuo – liberamente ispirato dall'amore del prossimo e dalla coscienza della corresponsabilità verso il mondo umano che lo circonda – a scarificare una entità di valore, superflua o meno al proprio godimento, per beneficiare chi soffre o chi possiede meno di lui.*” ¹⁷⁹ (LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1970, p.33). nella medesima opera (p.43) l'autore citato, inoltre, specifica che un tale concetto di solidarietà, sporadico e spontaneo, presenta scarsi profili d'interesse per il giurista desideroso di indagare l'impatto (giuridico) del principio solidaristico.

Appare, invece, l'attenzione verso la solidarietà in quei testi costituzionali che risentono dell'ispirazione confessionale, quale quella irlandese del 1937, che dedica un rilevante spazio alla giustizia sociale, ed in quelli (laici) maggiormente moderni, caratterizzati da avvenuti compromessi fra forze politiche antagoniste e portatrici di valori vicendevolmente divergenti, quali, oltre a quella italiana, la Costituzione portoghese del 1976 e quella spagnola del 1978, la quale promuove il progresso sociale ed economico.

Detto ciò, occorre evidenziare che, nei codici civili vigenti, la solidarietà è pressoché assente, dovendosi notare il fenomeno antitetico rappresentato dalla ricchezza degli spunti costituzionalmente enucleati nella Norma Fondamentale nazionale, coesistente con un sistema privatistico totalmente avaro di disposizioni in tal senso, il che rende improcrastinabile e necessaria un'ermeneutica costituzionalmente orientata verso il conseguimento di interessi collettivi¹⁸⁰.

Con l'obiettivo di rafforzare la percorribilità del suddetto meccanismo di osmosi normativa fra precetti sovraordinati (costituzionali) ed esercizio dell'autonomia privata, appare opportuno ribadire che l'anticipato *impasse* fra spunti costituzionali

¹⁸⁰ Riguardo a tale orientamento ermeneutico e il mutamento rispetto all'attitudine utilitaristica appaiono indicative le parole di Capriglione, di seguito letteralmente riportate: “[...] *In un'angolazione giuridica, il riferimento ai recenti mutamenti della regolazione normativa, interna ed internazionale, induce a rimeditare il significato della conciliazione tra interessi particolari ed interessi generali della collettività. Si sottolinea la necessità che nell'ordinamento trovino spazio le esigenze dei più deboli, non come portato di un'ideologia che rivendichi l'assistenzialismo, ma quale effetto di una riformulazione del rapporto tra diritto e morale sociale?*” (CAPRIGLIONE F., *Cooperazione di credito e “finanza etica”*, in Banca, Borsa e titoli di credito, parte prima, Giuffrè Editore, Milano, 1997, p.22).

e silenzio codicistico ha radici storiche strettamente connesse con l'evoluzione storico-normativa nazionale.

In particolare, il Codice civile del 1942 risente dell'impostazione corporativista e totalitarista del regime fascista, all'interno della quale la solidarietà, menzionata nella Relazione al codice civile (n.10), viene intesa come solidarietà e necessaria cooperazione (economica e corporativista) del singolo nel processo totalitario di produzione, materializzandosi, quindi, in un concetto vago e unicamente negativo, consistente nel non ledere l'interesse altrui (e dello Stato, in primis) al di fuori della giustificata tutela dell'interesse proprio.

Tale quadro, come anticipato, appare mutato dall'assetto costituzionale, che inietta linfa al tessuto privatistico ed, anzi, diviene, grazie allo sforzo ermeneutico, necessaria ancora di adeguamento delle disposizioni codicistiche (costituzionalmente orientate) alla situazione sociale moderna ed attuale. A tal proposito, la duttilità delle disposizioni ex artt. 2 Cost. e 3 Cost. non è più, come affermava nella sua analisi Lucarelli nel 1970, uno strumento di livellamento e riequilibrio di posizioni fra classi sociali stratificate, ma bensì un postulato normativo dotato di indiretta ed incisiva precettività, volto a rendere il panorama giuridico rispondente alle necessità dell'attuale pluralismo sociale, in cui lo scompenso da riequilibrare non è più quello fra classi, ma quello fra categorie sociali.

Tale opera è fondamentale in settori ulteriori rispetto a quelli interessati nel passato (quali il già citato caso della responsabilità extracontrattuale), essendo

punti di vista privilegiato in tale analisi quello creditizio¹⁸¹, per la materialità dello stesso e il ruolo ricoperto.

3. Tipologie contrattuali della moderna economia etica ed innovatività

Delineati i tratti essenziali del concetto di solidarietà, occorre ora concentrarci, come detto, sull'effulgenza dello stesso, mediante un duplice riflessione, considerata doverosa ai fini della presente analisi: una volta fornito un panorama delle modalità negoziali c.d. etiche, occorre riflettere sulla collocazione tipologica di quella, fra queste ultime, considerata maggiormente indicativa delle istanze in discorso, per poi, ai fini di indagarne i profili di peculiarità, confrontarla con le discipline consolidate in ambito di finanziamento, potendosi saldare dialetticamente citata premessa con quest'ultimo spunto ermeneutico.

Fra le fattispecie volte alla promozione dell'aspetto etico all'interno della dinamica economico-negoziale spicca senz'altro il microcredito, in quanto struttura che ha ricevuto rilevanti riconoscimenti, compresi quelli mediatici, a livello internazionale, e che è stata oggetto di fervente dibattito in ambito economico¹⁸², e che, a parere di chi scrive, necessita un conseguente vaglio di tipo tecnico-giuridico.

¹⁸¹ LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1970.

¹⁸² Nel Capitolo del presente lavoro dedicato all'Islam è stata brevemente riportata la discussione inerente alla presunta ispirazione moralizzante islamica del modello in esame.

In particolare, appare di non trascurabile importanza evidenziarne le caratteristiche essenziali al fine di introdurre i rilievi annunciati sull'eccentricità del modello rispetto a quelli codicistici nazionali e transnazionali. Tali caratteri possono essere desunti sia da alcuni provvedimenti normativi¹⁸³ a livello nazionale (D.lgs 141/2010 e D.lgs 169/2012) e regionale (fra i quali spicca, come iniziativa pionieristica, la Legge Regionale n. 10 del 18 settembre 2006 della Regione Lazio, come novellata dalla Legge Regionale 28 dicembre 2007, n.27; e la Legge Regionale, n.6 del 14 maggio 2009 della Regione Sicilia, come riformata dalla Legge Regionale n.11 del 12 maggio 2010¹⁸⁴), che dallo sforzo comparatistico esercitato in chiave ricostruttiva, in virtù dell'osservazione dei provvedimenti normativi adottati in altri Paesi, in primis la Francia¹⁸⁵.

¹⁸³ NONNE L., *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza, Vol. 64, n.I, 2011, pp. 49-88.

¹⁸⁴ Lo slancio sociale dello strumento è manifesto, nella legislazione regionale siciliana, nella lettura dell'articolo 5 della legge regionale 31 maggio 2004, n. 9, come integrato e modificato dall'articolo 55, commi 20, 21 e 22 della legge regionale 8 febbraio 2007, n. 2; “ [...] La Regione promuove iniziative di microcredito al fine di dare sostegno economico-sociale alle famiglie, così come individuate dall'articolo 1 della legge regionale 31 luglio 2003, n. 10, residenti nel territorio, e contrastare il fenomeno criminale dell'usura.

¹⁸⁵ Nel contesto francese, è fondamentale la legge bancaria 2001-420, “*Nouvelles Régulations Economiques*”, ed i decreti attuativi della stessa (n. 652 del 30 aprile 2002 e, in applicazione dello stesso, il decreto del 3 luglio 2002), che, previa autorizzazione e soddisfacimento di vari condizioni, escludono le associazioni / soggetti di microcredito dalla stringente normativa di supervisione bancaria e, allo stesso tempo, destinano gli interventi all'erogazione nei confronti di soggetti che versano in situazione di particolare disagio. Inoltre, degna di attenzione è la legge sulla coesione sociale del 2005, o Legge Borloo, che ha fatto della promozione del microcredito una delle priorità delle politiche economiche e sociali del Paese, particolarmente attraverso il programma di supporto per lo sviluppo della microfinanza *Sostenere lo sviluppo della microfinanza*

Riguardo all'ambito nazionale, le modifiche al D.lgs 385/1993 (T.U.B.), apportate dai D.lgs 141/2010 e D.lgs 169/2012, contribuiscono alla delineazione di alcuni caratteri fondamentali del microcredito (articoli 111, 112 e 113), identificandosi come tratti essenziali del modello in esame: (i) l'esiguità delle somme oggetto di finanziamento, spesso limitate normativamente¹⁸⁶; (ii) la destinazione a sovvenuti che, spesso, si trovano in condizione di svantaggio¹⁸⁷, non essendo decisivo, come in altri modelli, quali quelli del credito al consumo, il particolare status di quest'ultimo¹⁸⁸; (iii) l'assenza di garanzie reali e convenzionali; e, in alcuni casi,

(“Soutenir le développement de la microfinance”), che ha espressamente riconosciuto l'impresa quale strumento per combattere le disuguaglianze e gli squilibri sociali.

¹⁸⁶ L'art. 111 del T.U.B. n. 2 lettere a), b), c) delinea alcuni di tali tratti, stabilendo che a) i finanziamenti siano di ammontare non superiore a euro 25.000,00 e non siano assistiti da garanzie reali; b) siano finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali o all'inserimento nel mercato del lavoro; c) siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati.

¹⁸⁷ Art. 111.3 T.U.B.: I soggetti di cui al comma 1 possono erogare in via non prevalente finanziamenti anche a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale, purché i finanziamenti concessi siano di importo massimo di euro 10.000, non siano assistiti da garanzie reali, siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di bilancio familiare e abbiano lo scopo di consentire l'inclusione sociale e finanziaria del beneficiario e siano prestati a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato.

¹⁸⁸ Come riportato nell'opera citata di Nonne L. (op.citata), l'istituzione del Fondo per il Microcredito della Regione Lazio, iniziativa definita pionieristica ed incisiva, è stato destinato, ad opera dei provvedimenti menzionati, a (i) microimprese, sotto la forma di cooperative, società di persone e ditte individuali, o start up, volte a contrastare il fenomeno dell'economia sommersa, nonché nuove forme occupazionali; (ii) crediti c.d. di emergenza, intendendosi per tali quelli volti a permettere al sovvenuto di soddisfare primarie esigenze, quali la casa e la salute; (iii) individui sotto posti a misure di esecuzione penale, ex detenuti e familiari, al fine di permettere il reinserimento sociale.

(iv) meccanismi c.d. etici che intervengono nell'istruttoria della concessione dell'elargizione¹⁸⁹.

Tali elementi, preminentemente tecnico-privatistici, vanno certamente integrati con un'analisi funzionalistico-causale del modello, il quale, a partire dall'elaborazione del premio Nobel Prof. Yunus, ambisce a ricoprire un nobile ruolo di strumento sociale, che, nel nostro ambito, apparirebbe ossequioso del dettato costituzionale, come precedentemente riportato e percepito. Tale rilievo appare decisivo ai nostri fini, poiché la diffusione del microcredito e, in generale, di modelli di microfinanza consente, attraverso strumenti privatistici, il conseguimento di obiettivi di rilievo costituzionale, consentendo, pertanto, che gli schemi citati divengano strumenti di attuazione di politiche sociali.

Attraverso tale impostazione, che potremmo definire dinamica, avviene la presunta, da varie voci dottrinali, emancipazione del microcredito dall'alveo disciplinare codicistico e tipico del mutuo e delle forme di finanziamento presenti nel nostro ordinamento, in virtù della citata preminenza del carattere solidale¹⁹⁰. Tuttavia, per poter trarre, con un certo grado di cosciente convinzione, una

¹⁸⁹ Oltre al citato art.111 T.U.B., risulta di particolare interesse, a tal riguardo, la figura del garante morale, previsto nell'ambito dell'istituzione del Fondo Regionale per il Microcredito della Regione Puglia, consultabile nel bando pubblicato nel Bollettino Ufficiale della Regione Puglia, n. 152 del 21 novembre 2013 (<http://www.sistema.puglia.it/portal/page/portal/SistemaPuglia/microcredito>)

¹⁹⁰ Appare, infatti, decisivo, nell'opera ermeneutica condotta, identificare l'assetto funzionale impostato dalle parti, come base dell'accordo, ed, inoltre, le ripercussioni economico-sociali della conclusione di siffatti accordi al fine di cogliere la tipizzazione sociale di una fattispecie, il cui naturale sviluppo sfocia nel riconoscimento normativo della stessa. (DEL PRATO E., *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in Riv. Dir. Civ., 2001, II, pp. 271 ss.)

conclusione nel senso della possibile tipicità (sociale), occorre, da un lato, coglierne il citato aspetto dinamico, sul quale il presente lavoro si soffermerà, e, dall'altro, percepire il riconoscimento della tipizzazione (sociale) di un modello non solo nei casi in cui ci si trovi di fronte a una costante innovatività di tutti gli elementi essenziali dello stesso.

Contrariamente a quanto concluso in varie trattazioni sul punto¹⁹¹, perciò, pare opportuno vagliare la tipicità del microcredito solidale nella consapevolezza dell'impossibile configurazione di un contratto interamente innovativo, nell'elemento soggettivo, e nelle prestazioni nello stesso dedotte, poiché il tentativo di collocare il modello in esame in posizione diametralmente eterogenea rispetto al macro-modello codicistico porterebbe, inevitabilmente, mediante lo spoglio dei profili di onerosità e competitività, ad uno sterile accostamento agli schemi liberali¹⁹² ed a un appiattimento del principio (progressista) solidaristico ex art. 2 Cost. sul pietismo sporadico, tipico della solidarietà cattolica, per voler citare Alpa¹⁹³. Come si vedrà nel prosieguo della trattazione, il fulcro del dibattito in questa sede riportato passa per lo snodo fondamentale della meritevolezza ex art. 1322 c.2 c.c. alla luce del dettato costituzionale.

¹⁹¹ TORCHIA F., *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006 e CATAUDELLA A., *Donazione e spirito di solidarietà*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, t.I, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 775 ss.

¹⁹² CATAUDELLA A., *Donazione e spirito di solidarietà*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, t.I, Giuffrè Editore, Milano, 2004

¹⁹³ ALPA G., *Solidarietà*, La Nuova Giurisprudenza civile commentata, CEDAM, anno x, II, 1994, p. 370.

La riflessione sulla tipicità, che verrà approfondita nei successivi paragrafi del presente Capitolo, condotta sul binario economicità- solidarietà, inoltre, implica la considerazione della categorizzazione del microcredito, trattazione le cui conclusioni, qualora dotate di slancio comparatistico, assumono contorni significativi, oltre che nell'ambito nazionale, in quelle realtà normative in cui determinati contratti sono regolati dal Codice di Commercio, con rilevanti conseguenze disciplinari in ordine a materiali profili regolatori delle fattispecie in esame.

A tal proposito, si può citare l'esempio spagnolo, in cui il *Código de Comercio* definisce gli atti commerciali in base ad un criterio nominalistico tipico (art.2: “*Serán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código*”), arricchito, successivamente, da una clausola di salvaguardia che dota il sistema, attraverso il metodo dell'analogia, in esame di profondi tratti di atipicità (lo stesso art. 2, nel prosieguo: “ [...] *cualesquiera otros de naturaleza análoga*”), essendo tale classificazione prodromica rispetto all'applicabilità di alcune disposizioni di notevole importanza, quali, ad esempio, la disciplina della mora del debitore e la presunzione di onerosità¹⁹⁴. Qualificare, infatti, le fattispecie di micro-finanza come contratti commerciali porterebbe, nel caso spagnolo, come detto, all'applicazione della presunzione di onerosità (il che fortificherebbe, ai nostri fini, la necessità della distinzione dagli atti di liberalità), oltre alla precettività dell'art.63 del *Código de Comercio*, inerente all'automatica decorrenza dei termini moratori, in contrasto con la disciplina civilistica dell'ordinamento iberico relativa

¹⁹⁴ GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, Temis, Madrid, 1987; SANCHEZ CALERO F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi Thompson, Madrid, 2013.

alla c.d. *mora culpable*¹⁹⁵, e alla *prohibición de los términos de gracia e cortesía* ex art. 61 del medesimo Codice¹⁹⁶.

4. Credito solidale ed altri modelli a confronto

4.1. Credito al consumo nella disciplina italiana e spagnola

Passando al secondo degli interrogativi presentati, la presente indagine inerente alla tipicità incontra il necessario snodo rappresentato dal confronto con i modelli preesistenti, dovendo inaugurare tale opera dialettica citando il (micro)credito al consumo.

A tal fine, occorre citare il D. Lgs. 385/1993 (T.U.B.), agli artt. 121 ss., relativi al (micro) credito al consumo, come inserito nella generale categoria dei finanziamenti bancari¹⁹⁷, e, ai fini di proseguire la comparazione con l'ordinamento spagnolo, la *ley de contratos de crédito al consumo* n. 16 del 24 giugno

¹⁹⁵ indicativa, nel senso della differenziazione, è, senza dubbio, la disposizione dell'art. 1109 *Código Civil*: “[...] *En los negocios comerciales se estará a lo que dispone el Código de Comercio. Los Montes de Piedad y Cajas de Aborro se regirán por sus reglamentos especiales*”.

¹⁹⁶ Articolo 61: “*No se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquier denominación, difieran el cumplimiento de las obligaciones mercantiles, sino los que las partes hubieren prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de Derecho*”.

¹⁹⁷ Vedasi, a tal riguardo, la trattazione di CARRIERO G., *Il credito al consumo*, in Studi in onore di Nicolò Lipari, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 359-385.

2011¹⁹⁸, evidenziando, secondo quanto anticipato nel precedente paragrafo in ordine al sistema iberico, l'inserimento della fattispecie nei contratti bancari, regolati dalla *Ley de Ordenación Bancaria* del 31 dicembre 1946, che definisce i contratti bancari come *mercantiles / comerciales*, parallelamente a quanto altresì sancito nel codice settoriale (art.175).

Tanto la normativa italiana, quanto quella spagnola, definiscono il credito al consumo in base a criteri indicatori connessi alla finalizzazione consumeristica della disposizione e all'esiguità della somma oggetto di finanziamento. Riguardo al primo profilo, totalmente analoghe paiono le disposizioni ex art. 121 T.U.B ed ex art. 1 e 2 della *ley 16/2011* (1.1 *Por el contrato de crédito al consumo un prestamista concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación; 2.1 A efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*), che identificano il sovrvenuto nella persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale svolta, implicitamente escludendo l'applicabilità di una disciplina di status o, perlomeno, orientata verso criterio solidaristici e volti a colmare squilibri sociali, in una fattispecie classica che Garrigues definirebbe come *mixta* (commerciale per un contraente, il disponente, e civilistica per il sovrvenuto).

¹⁹⁸ Per una visione generale della normativa citata vedasi: ORDÁS ALONSO M., *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 junio*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

L'estraneità alla logica solidaristica dell'ipotesi contrattuale in esame è altresì evidenziata dalla configurabilità di garanzie reali e personali (con certi limiti, nell'ipotesi spagnola, ex art. 3 *ley* 16/2011), elemento che ribadisce, quindi, la rispondenza al criterio meramente consumeristico, e, come detto, la totale indifferenza per lo stato del richiedente, ratio confliggente con l'obiettivo dell'economia etica, consistente nel permettere l'accesso al credito a soggetti che ne sarebbero esclusi secondo i caratteri convenzionali.

L'esiguità delle somme oggetto di finanziamento (anche se la disciplina spagnola del 2011, all'art. 3 lett.c), non ripropone il limite di 20.000 Euro, che la precedente legislazione considerava nel dettato dell'art.2), inoltre, non risulta, di per sé, capace di sorreggere una velata adesione ed adempimento dei doveri ex art. 2 Cost., circostanza suffragata dall'ottica della normativa, la quale non contempla alcuna finalità produttiva, come risultato dell'operazione di finanziamento. Tale assunto pare rappresentare un'insuperabile divergenza fra il modello del credito al consumo e la micro finanza (etica), la quale esige la ricerca di modelli negoziali volti a fomentare l'autosostentamento, mediante la responsabilizzazione del sovvenuto e la restituzione basata sull'incentivazione, più che sulla prestazione di garanzie reali¹⁹⁹, e, perciò, destinando privilegiato riguardo all'emancipazione ottenibile mediante il fomento della produzione meritevole di microimprese, come si vedrà in seguito.

¹⁹⁹ Tali rilievi sottolineano, ancora una volta, la notevole divergenza di propositi insiti nello spirito di liberalità e, rispettivamente, nell'interpretazione progressista del principio solidaristico. Come ribadito da Nonne (op.citata), occorrerebbe una maggior attenzione verso i finanziamenti alle microimprese in tale ottica, seguendo quanto espresso nel rapporto della COMMISSIONE EUROPEA-DIREZIONE GENERALE PER LE IMPRESE, *Le microcrédit pour les petites entreprises et sa création: comber une lacune du marché*, 2003.

Come evidenziato, la preminente remuneratività della fattispecie consumeristica, coniugata con la ratio protettiva nei confronti del consumatore²⁰⁰, secondo gli elementi sopra citati, consente di escludere l'identificazione fra le fattispecie oggetto della presente analisi, e, perciò, di proseguire nel vaglio della tipicità del microcredito solidale.

4.2 Microcredito cooperativo e banche etiche

Particolari elogi hanno meritato le attività intraprese nell'alveo del credito cooperativo in ambito solidaristico, portando alla riflessione inerente all'investitura di tale modello a strumento principe della realizzazione delle ambizioni eticizzanti ex art. 2 Cost. .

Si può citare, a tal fine, l'esperienza delle MAG (Mutue autogestite), mediante la quale soggetti quali la veronese Cooperativa Mag Servizi, la torinese Mag 2 Finance, Mag Venezia e la Mag 6 (Emilia Romagna- Toscana)²⁰¹, fra quelli

²⁰⁰ Per i rapporti fra disciplina di tutela del consumatore e credito al consumo, vedasi CLARIZIA R., *Codice del consumo e contratti di finanziamento*, in Studi in onore di Nicolò Lipari, Giuffrè Editore, Milano, 2008, pp. 429-445.

²⁰¹ Di particolare rilievo è l'istituzione del fondo etico delle Piagge, nato nel 1998 su iniziativa di Don Santoro, ai fini di consentire l'accessibilità al credito degli abitanti del quartiere delle Piagge, ai fini del soddisfacimento di bisogni primari e di quelli del quartiere. Tutti i prestiti sono garantiti da fideiussione ed il richiedente deve presentare due garanti ai fini della copertura dell'intera somma prestata.

maggiormente conosciuti, hanno esercitato sostanziale attività di microcredito, accompagnata dalla democratizzazione dei processi decisionali, finanziando attività microimprenditoriali ed intervenendo ai fini di supportare particolari frange sociali bisognose. Allo stesso modo, appare non secondaria, per incisività, l'attività delle trentine casse rurali Raiffesen, le quali mediante lo sviluppo del programma "Ethical Banking", che coinvolge la filiale di Lana e quella di Merano, hanno finanziato interventi volti a preservare l'agricoltura biologica.

Al fine di poter analizzare il suddetto profilo d'assoluta idoneità di tali schemi al proposito etico, al di là dei pregevoli risultati precedentemente enunciati, appare decisivo riflettere sulle caratteristiche distintive di tali fattispecie, identificandosi le stesse nella mutualità e nella cooperazione, elementi passibili di combinazione con un certo ed ipotizzabile elemento di lucratività, riecheggiando in tale rilievo il monito di Oppo sull'applicabilità alle (imprese) cooperative dell'art. 2511 c.c.²⁰². Tuttavia, lo stesso autore, come parte della dottrina, riconosce la possibilità, ex leggi 59/1992 (artt. 11 e 12) e 381/1992, per le cooperative sociali, di attenuare detto profilo lucrativo, pur non addivenendo all'affrettata conclusione della piena identificazione fra la formula cooperativa e spinta solidaristica, ma, al contrario, invitando il lettore a "non confondere i fini coi mezzi"²⁰³.

I risparmiatori che decidono di destinare parte dei risparmi nel menzionato fondo assumono la qualifica di soci del fondo stesso, potendo partecipare alle riunioni della Commissione, e, così, in contribuire al processo decisionale.

²⁰² OPPO G., *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, Rivista di Diritto Civile, parte II, CEDAM, Padova, 1996 p. 465

²⁰³ OPPO G., *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, Rivista di Diritto Civile, parte II, CEDAM, Padova, 1996, p. 472.

In virtù di quanto premesso, perciò, come evidenziato, è il programma mutualistico (essenzialmente o prevalentemente) ad ergersi ad elemento distintivo, significando tale riconoscimento l'identificazione del fondamento causale del contratto d'erogazione nell'ambito cooperativo, in aderenza con programmato a favore degli associati. In tal modo, risulta semplice carpire lo stretto nesso funzionale tra attività dell'ente erogatore e la partecipazione allo stesso, che si materializza nel conseguimento di un risultato economico volto a soddisfare un preesistente bisogno di un socio, ed esaurendo, così, la sua sfera attuativa all'interno del circuito societario²⁰⁴.

Seppur possa essere ammissibile affermare l'esistenza di un hummus culturale comune fra cooperazione e solidarietà, occorre reiterare che il concetto promosso dal dettato costituzionale, con particolare riguardo al combinato disposto dell'art. 2 e del 3 c.2 Cost., come delineato da giurisprudenza costituzionale²⁰⁵, si proietta verso una solidarietà derivata dalla mera appartenenza alla collettività e che si dispiega su orizzonti generali e d'influenza pubblica e, pertanto, generale, che mira ad attenuare (art.3 Cost.) le sperequazioni sociali tuttora esistenti.

Lo schema cooperativo, seppur dotato del pregio di riportare l'attenzione sulla personalizzazione nell'architettura erogatrice, contempla, nella sua essenza ontologica, un profilo, anteriormente presentato, certamente e tendenzialmente egoistico e di esclusività, che pare sottendere, in un certo modo, un concetto di solidarietà di stampo corporativista o, per meglio dire, socialista, volto, perciò, ad

²⁰⁴ CAPRIGLIONE F., *Cooperazione di credito e "finanza etica"*, in Banca, Borsa e titoli di credito, parte prima, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pp. 33-34.

²⁰⁵ Corte Costituzionale, 28 febbraio 1992, n. 75, in Giur. Cost., 1992, p. 404 ss. .

esaltare la coesione e l'eticità della destinazione dell'attività produttiva a favore dei fautori della stessa²⁰⁶.

La connotazione mutualistica dell'elemento causale, pertanto, seppur sia doveroso differenziarne l'intensità a seconda dei casi, appare irrinunciabile e d'impossibile sviamento²⁰⁷; circostanza che consiglia all'interprete, non discostandoci dall'insegnamento bettiano della causa come funzione economico-sociale, di valutare l'obiettivo solidaristico sul solo piano dei motivi che portano alla concessione di un finanziamento.

In conclusione di quanto precedentemente avanzato, perciò, una volta evidenziata, in alcuni punti anche enfaticamente, l'impossibilità dell'equazione fra cooperazione e solidarietà, occorre considerare due ulteriori elementi, il primo rafforzativo delle suddette preliminari conclusioni, ed il secondo parzialmente correttivo dell'assolutezza delle stesse.

Riguardo al primo, è necessario ribadire la finalità della ricerca sottesa al presente Capitolo, ovvero il vaglio della presunta tipicità (sociale) di alcuni schemi creditizi, in base alla massima valorizzazione dell'eccentricità causale degli stessi. Sulla base di tali fermenti, perciò, possiamo affermare che il microcredito solidale non è passibile di attrazione ed identificazione totale con il meccanismo creditizio cooperativo, a causa della preponderanza dello slancio mutualistico di

²⁰⁶ Tale conclusione va certamente sfumata ed attenuata in vari casi, come quelli citati nel testo, in cui l'attività della cooperativa è volta a realizzare fini solidaristici che, vista l'incisività, assumono una proiezione extra-contrattuale.

²⁰⁷ Sentenza del Tribunale di Milano, 26 novembre 1993, in Banca, borsa e titoli di credito, II, 1994, Giuffrè Editore, p. 647 ss., citata da Oppo (op.citata, p. 464).

quest'ultimo, e, come annunciato, perciò, il primo richiede una qualificazione autonoma.

Passando al secondo rilievo annunciato, però, occorre recuperare alcune spunti anteriormente tracciati, per evidenziare i casi in cui il fenomeno cooperativo diviene uno strumento etico (o, meglio, uno strumento d'attuazione del programma etico), realizzato da soggetti che, emancipandosi dalla logica esclusivista, si propongono come interlocutori istituzionali e strutturalmente caratterizzati da tratti costitutivi volti a realizzare una primaria vocazione solidale. Tali soggetti paiono rivelarsi le c.d. banche etiche, fra le quali annoveriamo, ad esempio, in Italia, la Banca Popolare Etica, Triodos Bank, in Olanda ed in Spagna, territorio in cui opera altresì Fiare, e la Co-operative bank in Inghilterra; che si propongono, partendo da un spinta assiologica comune, di operare nella raccolta del risparmio, con soggetti ideologicamente affini (sensibili alle tematiche di carattere etico ed ambientale espresse), e mediante una coerente selezione dei prodotti finanziari offerti.

Come vedremo nelle seguenti pagine del presente lavoro, infatti, tale attività è accompagnata da una struttura volta a preservare detta vocazione, potendosi citare, ad esempio, la c.d. istruttoria etica ed il costante controllo sulla destinazione dell'investimento realizzato, che porta, nel complesso, ad uno stretto accostamento fra cooperazione e solidarietà, determinato, come detto, dagli elementi strutturali-organizzativi e non dall'identità ontologica vagliata in questa sede.

4.3. Mutuo di scopo e ruolo del vincolo di destinazione

Viene definito mutuo di scopo la fattispecie contrattuale mediante la quale una parte, per il raggiungimento di una finalità, propria ma anche altrui, si obbliga a fornire una disponibilità economica in favore di un altro soggetto, il quale, a sua volta, si impegna a realizzare la menzionata finalità, oltre alla restituzione del capitale e degli eventuali interessi²⁰⁸.

La prima affinità passibile di attenzione fra il negozio in discorso ed il microcredito è, senza dubbio, il ruolo del vincolo di destinazione, poiché anche nel contratto c.d. solidale il sovventore, direttamente o indirettamente, persegue finalità di utilità pubblica, essendo, probabilmente, tale aurea pubblicistica che permea l'aspetto causale e che porta ad influire in maniera decisiva sul giudizio di tipicità. In virtù di quanto preannunciato, perciò occorre sondare gli umori dottrinali in relazione al mutuo di scopo e, soprattutto, alla considerazione dell'aspetto finalistico della fattispecie, scontrandosi sostanzialmente tre ricostruzioni ermeneutiche al riguardo.

In particolare, appaiono di particolare interesse, ai nostri fini, le tesi inerenti alla compiuta tipizzazione legale del finanziamento e all'atipicità legale, con connesso raggiungimento della tipicità sociale.

In base alla prima ricostruzione avanzata, promossa da Zimatore, la struttura causale della fattispecie risentirebbe, nel caso in esame, della predominanza dell'aspetto teleologico, travalicandosi, così, nella meccanica negoziale, la logica del mero prestito, il che comporterebbe un tassativo rispetto del vincolo di

²⁰⁸ Definizione di MAZZAMUTO S., voce Mutuo di scopo, in Enc. Giur., XX, Roma, 1990, pp.1 ss., così come citato da NONNE L., *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza, Vol. 64, n.I, 2011, pp. 49-88.

destinazione, e, in caso di violazione dello stesso, le conseguenze di invalidità espresse dall'art.1325 c.c, in caso di deviazione dalla finalità espressa. In tal modo, il mutuo di scopo non assolverebbe a una mera funzione di prestito, e non si esaurirebbe in un dare, ma si arricchirebbe di un *facere*²⁰⁹, il che influirebbe nella modalità di perfezionamento del contratto, di natura consensuale, atipica, e mediante il quale l'erogazione sarebbe progressiva allo stato d'avanzamento. Inoltre, la forma scritta, in base alla ricostruzione *de quo*, sarebbe un requisito *ad substantiam*, divenendo essenziale strumento di garanzia, in quanto fondamentale elemento programmatico (e, come detto, indicativo del nucleo causale)²¹⁰, volto ad esplicitare il progetto concreto al quale è destinato il finanziamento.

All'interno di tale alveo interpretativo, inoltre, si affaccia la distinzione fra mutuo di scopo legale e convenzionale, dovendosi, in quest'ultimo caso, utilizzare un differente *nomen iuris* e condurre un'analisi casistica sulla predominanza dell'aspetto teleologico nell'architettura causale, al fine di determinare la disciplina applicabile, dovendosi, a seconda del giudizio, ricorrere alla dottrina del contratto misto, mutuo e mandato, o deliberare l'attrazione del rapporto nel tracciato codicistico del mutuo (artt.1813 ss.)²¹¹, secondo una configurazione della figura in discorso come fattispecie a qualificazione variabile.

Scorgendo l'orizzonte dottrinale si staglia l'opinione contraria alla delineazione del mutuo di scopo come contratto nominato e tipico, contenuta nell'opera di Corbo che, insieme ad altri autori, contesta le fondamenta concettuali che portano alla conclusione dibattuta.

²⁰⁹ ZIMATORE A., *Il mutuo di scopo*, Padova, CEDAM, 1985, p. 214.

²¹⁰ NONNE L., *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza, Vol. 64, n.I, 2011, pp. 49-88

²¹¹ CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.77.

In particolare, a favore dell'attrazione e della qualificazione del mutuo di scopo come mutuo *tout court*, gli autori citati, in primis, ripudiano la differenziazione fra mutuo di scopo legale e convenzionale, sulla base dell'identità ed unicità sostanziale del rapporto, a prescindere dal soggetto che stabilisce il vincolo²¹². Inoltre, contro il "fascino dell'atipicità"²¹³, viene sottolineata la natura del vincolo di destinazione nel suo mero aspetto obbligatorio-programmatico, che viene percepito, alternativamente, come condizione implicita o risolutiva.

Stante la realtà del contratto, nonostante le modalità di erogazione per stati d'avanzamento, infatti, viene contestato il presupposto della tesi dell'atipicità, ovvero l'esistenza di un interesse del finanziatore alla destinazione, e, perciò, viene demolita la costruzione del sinallagma, consistente nella corrispettività dell'attribuzione della somma e la chiave finalistica, venendo, conseguenzialmente, considerata quest'ultima un elemento accessorio, di specificazione, ovvero un motivo della volontà, la cui unica materializzazione

²¹² Indicativa la dialettica impostata nell'opera di Corbo, mediante il rimando alle trattazioni di Allegri e Zimatore: "*A questo punto è evidente che sebbene le trattazioni specifiche esordiscano o si preoccupino di precisare che quanto vale per il mutuo di scopo c.d. legale non può valere, invece, per quello cd. Volontario o, in alternativa, che avendo il mutuo di scopo legale rilievo preminente nella esperienza giuridica, conviene occuparsi solo di esso e, fornitagli una qualificazione, ricondurre invece il mutuo di scopo convenzionale nell'ambito della tradizionale costruzione riservata al mutuo tout court, tale distinzione non può essere accettata, così come non sembra possibile, per quanto si verrà illustrando, condividere sottili differenziazioni vote a dare qualificazioni diverse dal mutuo di scopo cd. Legale a seconda delle modalità erogazione della somma: unica essendo la sostanza del rapporto, unica è corretto che sia anche la sua qualificazione?*" (CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.70).

²¹³ Espressione mutuata dal paragrafo di Corbo, (CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.74)..

possibile è quella della condizione implicita o risolutiva²¹⁴. Inoltre, il vincolo di destinazione, in alcuni casi, potrebbe configurarsi come garanzia indiretta per il finanziatore, il quale, mediante l'erogazione progressiva, potrebbe controllare l'effettiva possibilità di restituzione della somma provvista e del conseguimento dello scopo programmato.

Presentate le due tesi, nella versione c.d. pura, occorre osservare che il punto di vista intermedio (tipicità sociale) pare essere attualmente quello da privilegiarsi, per una serie di motivi, determinati dalla consapevolezza del proliferare di regolamentazione del mutuo di scopo, volte a formare una disciplina, seppur frammentaria, che ne impedisce l'assimilabilità *tout court* al mutuo codicistico.

La riflessione dottrinale riportata rappresenta un solido spunto per osservare l'attenzione crescente riservata al vincolo di destinazione nei contratti finanziamento, elemento che porta a tracciare una comparazione con il microcredito solidale, vista la somiglianza fra i due istituti, data dalla ricorrenza, all'interno degli schemi etici, di una certa tensione verso il controllo della destinazione del finanziamento, connaturale al peso che il fattore teleologico assume all'interno di tali fattispecie. Come mero indice rafforzante di tale ottica, si può citare, ad esempio, il recente intervento riformatore del legislatore siciliano, che, nel 2010 (L.R. 11/2010), ha modificato la disposizione dell'art. 25 della L.R. 6/2009, parlando espressamente di “vincolo di specifica destinazione” al posto del mero utilizzo.

²¹⁴ Come ricordato da Nonne (op.citata), alcuni autori, quali Buonocore, considerano il finanziamento di scopo come mero un accordo prodromico al mutuo stesso, escludendo la configurabilità di un mutuo consensuale.

A tal fine, occorre rammentare che lo stesso Corbo, oppositore della tipizzazione legale e sociale del mutuo di scopo, (e che, ricordiamo, scrive l'opera analizzata nel 1990), riconosce un potenziale insito all'attenzione che ha suscitato il vincolo di destinazione nei contratti di finanziamento, nei casi in cui lo scopo entri nella dinamica negoziale non per volontà delle parti, ma per volontà statale in virtù dell'attuazione di una certa politica economica, fermandosi a insinuare la possibilità di intervento nei casi di contratti pubblici. Tale elemento, come è facile da comprendere, pare potersi accostare alla ricostruzione ermeneutica della fattispecie-credito solidale, come schema contrattuale caratterizzato da una tensione pubblicistica che influisce sulla categorizzazione del negozio stesso.

Tuttavia, occorre specificare che tale affinità metodologica e l'uso di mutui di scopo con finalità solidali, non deve portare ad un affrettato giudizio di costante identificazione del microcredito solidale con il mutuo di scopo, dati gli elementi personalistici che caratterizzano il primo modello citato. Infatti, a differenza dell'ultimo modello in discorso, sostanzialmente neutro per l'erogatore ed in relazione alle finalità ricercate, il negozio c.d. solidale è connotato da una ricercata e costante attenzione verso il sovvenuto, identificandosi quest'ultimo in soggetto/i che verrebbero esclusi dai finanziamenti convenzionali; nonchè, soprattutto, per l'intima connessione tra l'erogazione e lo sviluppo della personalità dell'individuo in ottica egualitaria ex art.3 c.2 Cost. ed in chiave solidaristico-consumeristica o produttiva. Tale carattere comporta una presunzione di gratuità ed il rifuggire il meccanismo delle garanzie reali, che svilirebbero la *ratio* menzionata, e che obbligano, allo stesso tempo, ad un istruttoria, simile a quella promossa dalla banca etica, di tipo etico.

Tali caratteri permettono di osservare la divergenza fra la spinta moralizzante insita al meccanismo solidale, e la neutralità del mutuo di scopo e la naturale

vocazione onerosa dello stesso, conclusione che ci obbliga a proseguire nel vaglio della tipicità del microcredito solidale.

5. Sull'autonomia tipologica delle fattispecie creditizie solidali

In virtù di quanto premesso, perciò, abbiamo impostato la riflessione sulla (a)tipicità del microcredito solidale mediante la comparazione con meccanismi negoziali spesso invocati nel ventaglio della c.d. finanza etica, apprezzandone il potenziale operativo e, allo stesso tempo, evidenziando l'irriducibilità del credito solidale al paradigma espresso dall'analisi degli schemi predetti.

Tale opera di raffronto tecnico, ontologico e finalistico ha contribuito ad isolare le caratteristiche della figura in discorso e, d'intesa con le disposizioni novellate del T.U.B. (artt.111 ss.), ad apprezzarne gli spunti di eccentricità, da valutarsi sotto diversi fronti.

In particolare, detti elementi, come anticipato, suggeriscono la riflessione tipologica inerente alla fattispecie, indagandone la qualificazione e sperimentando la sussunzione, ovvero la potenziale riconducibilità a uno o più tipi legali, in un panorama, quale quello nazionale, caratterizzato da un notevole quantitativo di tipi, in confronto alla disciplina di altre realtà nazionali, quali quella tedesca²¹⁵.

²¹⁵ DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, Padova, 2011, p. 168.

Perciò, occorre, come detto, esprimere un giudizio riguardo al quadro complessivo²¹⁶ che il microcredito disegna al fine di decretarne la riconducibilità tipologica ai contratti di finanziamento, mediante i metodi evidenziati in dottrina²¹⁷. A tal riguardo, abbiamo precedentemente affermato che pacifico appare, ai fini del riconoscimento dell'atipicità, la sufficienza dell'incisiva eccentricità di un elemento decisivo della fattispecie considerata, e non sia richiesta l'integrale innovatività degli elementi presenti²¹⁸.

In base a ciò, pertanto, dovendo scartare le residue teorie oggettivistiche, in quanto tale requisito nel microcredito solidale non pare discostarsi

²¹⁶ Riguardo alla necessaria visione globale sulla qualificazione, De Nova riporta brevemente, nell'opera anteriormente citata, il pensiero tedesco, in particolare di Larenz, in base al quale tale operazione è un'intuizione globale, che evidenzia che il tipo si elabora individuando i dati caratteristici in funzione di un quadro collettivo, non essendo, però, necessario che tutti i dati siano presenti in tutte le fattispecie del gruppo. (DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, Padova, 2011, p. 160).

²¹⁷ Per un robusto resoconto sui metodi presenti in dottrina vedasi COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp.185 ss.

²¹⁸ Assai indicativo il passo contenuto nell'opera di Costanza, in cui viene esplicitato che l'attribuzione del carattere della tipicità o dell'atipicità ad una fattispecie concreta dipende esclusivamente dalla possibilità di sussumerla o meno in un tipo legale, onde applicarvi la disciplina, ammonendo l'interprete a rimanere ancorato, però, su elementi strettamente giuridici e potendo derivare l'atipicità dalla combinazione degli elementi secondo schemi diversi da quelli previsti dal codice per i tipi o per i c.d. schemi negoziali tipici (COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, p.182).

Il medesimo criterio di qualificazione vale per i tipi legali, che vengono distinti tra loro, secondo De Nova, “in base a criteri multipli ed eterogenei, che possono andare dalla qualità delle parti alla natura del bene oggetto del contratto, dal contenuto alla natura delle prestazioni, dal fattore tempo al modo di perfezionamento del contratto stesso”(DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, Padova, 2011, p.159).

significativamente da quello del mutuo, l'attenzione volge verso l'adozione del metodo tipologico²¹⁹ e la considerazione degli elementi essenziali, volendo scientemente sorvolare sulle contrapposizioni ermeneutiche riguardo alla gerarchia tra i sistemi menzionati²²⁰.

Il risultato dell'interrogativo avanzato passa, quindi, inevitabilmente per i confini dettati dall'art. 1325 c.c., dato dal quale per l'interprete "non è possibile spogliarsi"²²¹, dovendosi apprezzare, in primis, la novità insita nell'elemento soggettivo, desunta dalla lettura del combinato disposto degli artt. 111-113 del D.lgs 385/1993, secondo la novella del 2012, in base alla quale vengono distinte due categorie di sovvenuti, secondo la finalità solidale da attuarsi, consumeristica o produttiva. Tali soggetti sono le persone fisiche e le microimprese ("[...] *persone fisiche o società di persone o società cooperative*")²²², nell'ambito di quest'ultima finalità,

²¹⁹ Sulla funzione, allo stesso tempo, restrittiva ed estensiva del metodo tipologico, vedasi DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, Padova, 2011, p. 161 ss.

²²⁰ che vedremo, comunque, portare al medesimo risultato.

²²¹ CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.41.

²²² art. 111: 1. In deroga all'articolo 106, comma 1, i soggetti iscritti in un apposito elenco, tenuto dall'organismo indicato all'articolo 113, possono concedere finanziamenti a persone fisiche o società di persone o società cooperative, per l'avvio o l'esercizio di attività di lavoro autonomo o di microimpresa, a condizione che i finanziamenti concessi abbiano le seguenti caratteristiche:

- a) siano di ammontare non superiore a euro 25.000,00 e non siano assistiti da garanzie reali;
 - b) siano finalizzati all'avvio o allo sviluppo di iniziative imprenditoriali o all'inserimento nel mercato del lavoro;
 - c) siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di assistenza e monitoraggio dei soggetti finanziati.
2. L'iscrizione nell'elenco di cui al comma 1 è subordinata al ricorrere delle seguenti condizioni:
- a) forma di società di capitali;

e persone in situazione di “vulnerabilità”²²³, secondo la prima vertente, iniziando ad intravedersi, nell’elemento in discorso, le conseguenze della trasposizione solidaristica nel tessuto dell’autonomia privata.

-
- b) capitale versato di ammontare non inferiore a quello stabilito ai sensi del comma 5;
 - c) requisiti di onorabilità dei soci di controllo o rilevanti, nonché di onorabilità e professionalità degli esponenti aziendali, ai sensi del comma 5;
 - d) oggetto sociale limitato alle sole attività di cui al comma 1, nonché alle attività accessorie e strumentali;
 - e) presentazione di un programma di attività.

3. I soggetti di cui al comma 1 possono erogare in via non prevalente finanziamenti anche a favore di persone fisiche in condizioni di particolare vulnerabilità economica o sociale, purché i finanziamenti concessi siano di importo massimo di euro 10.000, non siano assistiti da garanzie reali, siano accompagnati dalla prestazione di servizi ausiliari di bilancio familiare e abbiano lo scopo di consentire l’inclusione sociale e finanziaria del beneficiario e siano prestati a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato.

4. In deroga all’articolo 106, comma 1, i soggetti giuridici senza fini di lucro in possesso delle caratteristiche individuate ai sensi del comma 5, possono, se iscritti in una sezione separata dell’elenco di cui al comma 1, svolgere le attività indicate ai commi 1 e 3 a condizione che i finanziamenti siano concessi a condizioni più favorevoli di quelle prevalenti sul mercato. L’iscrizione nella sezione speciale è subordinata al possesso dei requisiti previsti dal comma 2, lettere c) ed e).

5. Il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Banca d’Italia, emana disposizioni attuative del presente articolo, anche disciplinando:

- a) requisiti concernenti i beneficiari e le forme tecniche dei finanziamenti;
- b) limiti oggettivi, riferiti al volume delle attività, alle condizioni economiche applicate e all’ammontare massimo dei singoli finanziamenti, anche modificando i limiti stabiliti dal comma 1, lettera a) e dal comma 3;
- c) le caratteristiche dei soggetti che beneficiano della deroga prevista dal comma 4;
- d) le informazioni da fornire alla clientela.

²²³ Vedi art. 111 n.3, come sopra riportato.

Inoltre, comunemente a quanto riportato in ambito di mutuo di scopo, balza agli occhi l'immanenza del vincolo di destinazione²²⁴, il programma alla base dello stesso, ed il conseguente controllo sul medesimo²²⁵.

In particolare, oltre al controllo, per così dire, progressivo (per stati d'avanzamento), è importante menzionare quella tipologia di strumenti volti a condurre un'analisi non meramente patrimoniale, ma preminentemente etica, nella fase della concessione del finanziamento. Tale modalità, conosciuta come istruttoria etica, è oggetto di un trend che interessa le banche etiche e che, nel caso di investimenti, assicura all'investitore l'impiego del capitale in iniziative moralmente confacenti all'ideologia di quest'ultimo.

Questi rilievi, trattati precedentemente nel presente capitolo, potrebbero portare a considerare la materia della finanza etica come confusa, e caratterizzata da una serie di modalità operative comuni a soggetti molto diversi tra loro (banche etiche, cooperative, privati, enti pubblici), dovendosi, però, persistere nell'isolare il microcredito solidale, ed affermarne l'atipicità legale, con connessa tipicità sociale, in virtù della trattazione del profilo che rappresenta, senza dubbio, l'ago della bilancia del dibattito oggetto del presente interrogativo: la causa²²⁶.

²²⁴ Importante, non solo nei modelli nazionali, ma anche in quelli regionali, come quello siciliano (precedentemente trattato).

²²⁵ Sull'impossibilità di totale ed aprioristica identificazione fra le figure in discorso, si è detto precedentemente in questo Capitolo.

²²⁶ Costanza critica l'impiego dell'approccio causalista, poiché, definito incerto ed inidoneo a fondare il giudizio scriminante, vista l'astratta possibilità dell'analogica considerazione teleologica di varie fattispecie (COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, pp.191 e 192). Tuttavia, mi sento di segnalare che, nella presente analisi, l'elezione della causa a criterio indicatore della tipicità sociale del microcredito non è frutto del ricorso esclusivo alla prospettiva

Tale elemento, da distinguersi dal tipo²²⁷, ma legato allo stesso da un vincolo di strumentalità, e percepito, pur nella consapevolezza delle battaglie dottrinali inerenti alla definizione dello stesso, nella sua vertente funzionalistica ed economico-sociale, si manifesta degno di attenzione nel microcredito solidale, poiché, come detto, travalica i confini del finanziamento, per portare all'emersione del peso decisivo dell'intento solidaristico. In altre parole, la meccanica del mero finanziamento, o del *bargain*, come verrebbe chiamata in senso alla common law²²⁸, si arricchisce di un elemento, che non è solo latamente

causalista (criticato, giustamente, nell'opera citata dell'autrice, a pag. 188), ma, come in altri casi, si basa su un'operazione di sussunzione, per così dire, progressiva, volta a ricercare eventuali profili di eccentricità in tutti gli elementi del negozio, da quello soggettivo a quello oggettivo, per poi trovare nel requisito causalista la (casistica) soluzione privilegiata. Tale metodo mi pare di obbligata percorribilità per la qualificazione di una fattispecie, in base a quanto indirettamente scolpito nell'art.1325 c.c., il quale, indicandoci gli elementi essenziali, e sanzionando con la nullità la mancanza degli stessi, afferma, quindi, che la fattispecie si sorregge su quelle colonne.

²²⁷ Abbiamo un quadro di lampante chiarezza se combiniamo quanto riportato da Corbo sul rapporto tra causa e tipo ("Il momento qualificatorio è assolto attraverso la identificazione della causa contrattuale, ed il tipo resta come schema offerto dall'ordinamento al privato per risolvere a priori, nel caso di perfetta aderenza, anche il problema della qualificazione", CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990, p.51) con la ricostruzione di Ferri della tipicità, come momento definitorio della disciplina da applicarsi alla realizzazione di un dato interesse (FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1966).

²²⁸ In base alle trattazioni classiche (rimane intramontabile la trattazione di Dell'Aquila, ma anche Criscuoli), è questa la differenza fondamentale fra causa e *consideration* del contratto nel diritto inglese: quest'ultima è caratterizzata dalla meccanica del *bargain*, mentre nella prima vengono contemplate riflessioni di tipo sociale, e vi è uno spiraglio per l'eterointervento statale (spesso bollato come paternalistico dagli inglesi). (CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 2001).

sociologico, ma è dotato di massima giuridicità²²⁹, ed è rappresentato dal programma solidaristico, materializzazione del dettato costituzionale, percepito non solo come meramente programmatico, nello strumento principe del regolamento di interessi privati: il contratto.

Tale elemento conferisce al microcredito, insieme al significativo profilo soggettivo rappresentato dai destinatari del finanziamento e dagli erogatori ammessi (art. 113 D.LGS 385/1993), un profilo innovativo rilevante, da coniugare con i fermenti normativi sopra esposti, che dotano la figura in esame della tipicità sociale preannunciata precedentemente. Il contratto di microcredito, pertanto, viene disciplinato da un autonomo sistema di regole, che ne esaltano l'eccentricità tipologica rispetto al mutuo codicistico, in virtù del fenomeno di eterointegrazione che subisce lo strumento privatistico, e sul quale si tornerà in seguito. In tal modo, appare manifesta sia l'impossibilità dell'identificazione impermeabile con i contratti di finanziamento, sia il ricorso al concetto di contratto misto, finanziamento e donazione, come prospettato da una certa dottrina²³⁰, poiché la tecnica dell'assorbimento in uno o due dei contenitori disciplinari menzionati, svilirebbe il risvolto ontologico e la spinta, se vogliamo, progressista-solidaristica del negozio in questione.

²²⁹ A questo punto mi sento di dover respingere la possibile obiezione rappresentata dall'annacquamento degli elementi giuridici all'interno di un riflessione prettamente tecnica, mediante la prevedibile critica di abbandono della dogmatica a favore della sociologia. In realtà, la premessa concettuale di tale critica pare essere errata, perché, con il ragionamento sopra esposto, non si emargina la giuridicità, ma se ne esalta il profilo applicativo, seguendo obbligatoriamente l'orientamento in base al quale ai precetti costituzionali vada riconosciuto un contenuto materiale, e non solo meramente programmatico.

²³⁰ CATAUDELLA A., *Donazione e spirito di solidarietà*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, t.I, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pp. 775 ss.

Il discorso della causa, come elemento idoneo a definire i tratti tipologici del contratto in esame, si intreccia e coinvolge il necessario snodo della meritevolezza ex art. 1322 c.2 c.c., come veicolo per sondare la dignità dell'autonomia privata ad elevarsi, per usare una terminologia risalente, a seconda attività normativa (fra le parti). Nel caso di specie, occorre, innanzitutto, ritenere superata e ripudiare la concezione restrittiva e conservatrice che permeava la disposizione dell'art.1322 c.2 c.c. nell'ottica (di derivazione fascista) della preordinazione dell'autonomia privata e della disciplina della società (originario art. 2088 c.c.) al programma corporativista ed economico dello Stato, rappresentando tale concetto di utilità sociale un sistema di castrazione delle potenzialità civil-privatistiche, per poter accogliere una visione, in armonia con l'art.12 delle preleggi, costituzionalmente orientata, stabilendo come spartito la Costituzione, che i privati possono interpretare con lo strumento fondamentale a loro disposizione: l'autonomia²³¹.

I rilievi precedentemente esposti, perciò, portano all'affermazione di una tipicizzazione sociale del microcredito solidale, che, in virtù dei germogli legislativi, vira verso una tipicità legale, avendo apprezzato la graduale ascesa della parabola inerente alla figura studiata, dalla diversa fisionomia assunta dagli elementi delle disposizioni codificate, fino alla forza propulsiva della causa e dell'interpretazione costituzionalmente orientata nel senso dell'emancipazione da tale ancora, per poi apprezzarne la tendenza attuale, sancita da rilievi normativi ancora da saggiare.

²³¹ In base a quanto affermato, perciò, viene attenuata, come già detto, la tesi in base alla quale i precetti costituzionali necessitano il necessario filtro dell'attività del legislatore per "tornare alla vita" giuridica, essendo sufficiente la valorizzazione dell'autonomia privata.

CONCLUSIONI

L'analisi condotta ha ambito all'armonizzazione e alla trattazione di due tematiche, quali quella dei negozi onerosi nei diritti religiosi e delle sfide della c.d. economia etica, che presentano alcuni profili di affinità e di vicendevole influenza, e che, pertanto, a parere di chi scrive, andavano osservati nella medesima sede.

Partendo dalla rinnovata immanenza della religione nei settori materiali, al fine di riaffermarne la dignità accademica e la necessità di inserire nel panorama comparatistico la dialettica inerente al fenomeno religioso, è stato condotto un excursus delle soluzioni adottate negli ambito giudaico-cristiano cattolico ed islamico, strumentale all'evidenziata e tradizionale difficoltà di compaginare le ambizioni moralizzanti con il conseguimento del lucro nel settore finanziario.

A tal fine, è stata indicativa la citata esperienza della banca islamica che, a partire dagli anni '70, ha portato all'attenzione degli interpreti il dibattito inerente alla banca etica (islamica), mediante l'adozione di sistemi, allo stesso tempo, rispettosi dei paradigmi sciaraitici e rispondenti all'esigenza di competitività.

Tali spunti, come affermato, identificano lo snodo fondamentale e la sfida della c.d. economia etica: assicurare il conseguimento della finalità solidaristica mediante una solida struttura negoziale.

A tal fine, l'affermazione della tipicità sociale del microcredito solidale, confrontato con altre fattispecie, impone una serie di riflessioni relativa al ruolo

dell'elemento meta-tecnico nella dinamica contrattuale e al ripensamento di cui sono attualmente oggetto alcuni concetti rilevanti del nostro panorama giuridico.

Come evidenziato, il microcredito solidale possiede una serie di caratteristiche eccentriche, che ne decretano la rilevanza tipologica, dovendosi, senza dubbio, privilegiare il profilo soggettivo e quello causale.

I due piani citati paiono concettualmente connessi, poiché il primo contribuisce a fortificare il secondo termine, dovendosi evidenziare che il microcredito viene destinato a soggetti che si trovano in condizioni svantaggiate rispetto gli altri, nell'ambito di una funzione solidaristico-consumeristica, che consente l'adempimento del dettato dell'art.3 c.2 Cost., in armonia con quanto disposto dall'art. 2 Cost., mediante l'attività dei privati.

Tale fenomeno, di sicura rilevanza, implica il soddisfacimento di esigenze pubblicistiche, e scaturenti dalle concezioni di Stato sociale, attraverso l'attività non solo ed esclusivamente di soggetti ed enti pubblici, ma attraverso l'opera di privati. Tale configurazione si verifica altresì nel caso del microcredito volto a supportare lo star up e le microimprese, il cui intento solidaristico-produttivo mira, senza spogliarsi di un residuale profilo di onerosità, a consentire l'accesso al credito di varie frange sociali, con benefici evidenti per la collettività.

Come evidenziato, perciò, l'erogatore non abbandona il proprio connaturale istinto lucrativo, ma tale finalità confluisce in un più ampio programma di attuazione del dettato costituzionale, esulando, quindi, la logica donativa o del contratto misto dal discorso odierno.

Consequente a tale discorso è la responsabilizzazione del sovvenuto e un ripensamento delle operazioni volte alla concessione del finanziamento,

doendosi elogiare i meccanismi, comuni alla banca etica, di istruttoria etica e sostanziale.

In questo modo, l'iniziativa oggetto di erogazione viene analizzata dal punto di vista morale, monitorando l'impiego delle risorse, che deve necessariamente avvenire in relazione ad attività eticamente sostenibili e non contrarie alla morale dell'ente o del soggetto erogatore. In questo modo, oltre all'invocazione di un ritorno ad un economia dei *real assets*, l'investitore esercita un controllo finalistico delle proprie risorse, in un meccanismo che non può non ricordare quanto sperimentato in ambito religioso, con i *religious board*, ovvero i comitati che, nell'ambito islamico, come riferito, hanno il compito di analizzare la compatibilità sciaraitica, *in primis*, della fattispecie negoziale prescelta, e, poi, dell'impiego delle risorse in iniziative non contrarie alla morale (islamica).

Tali profili fortificano il vincolo di destinazione insito al microcredito, comune al mutuo di scopo, insieme alla possibilità di elargizioni per stato d'avanzamento e, conseguentemente, alla ricorrenza di controlli, giustificati dall'assenza di garanzie reali. Tale rilievo comporta una sorta di indiretta condivisione del rischio, contraria alla logica puramente capitalistica della trasmissione dello stesso, e la condivisibile necessità di una seria analisi casistica di ogni fattispecie, non essendo assicurato il ritorno del valore dell'elargizione, come avvenuto nel recente passato, in virtù della cieca fiducia nel valore della garanzia prestata (spesso immobiliare)²³².

²³² Tale principio si è dimostrato fallace, in relazione allo scandalo dei mutui sub prime e dalla crisi spagnola, originati da una cieca fiducia nel crescente valore degli immobili, fattore che ha snaturato l'impiego dello strumento creditizio, in relazione, appunto, alla presunta indiscutibile solidità della garanzia (immobiliaria) alla base dello stesso.

Appare altresì manifesto, oltre alla logica di condivisione e approssimazione fra i soggetti, che qualora si ipotizzasse l'adesione al meccanismo delle garanzie reali verrebbe frustrata la stessa ratio alla base del microcredito solidale, poiché di certo i soggetti emarginati o gli operatori che necessitano un supporto per progredire nell'attività, qualora fossero obbligati a prestare una garanzia convenzionale, sarebbero automaticamente esclusi, poiché impossibilitati, dall'accesso all'erogazione.

Di sicura rilevanza, poi, risulta la disciplina della causa, mediante la quale, come visto, avviene una sorta di eterointegrazione (costituzionale) e lo strumento privatistico viene dotato della linfa costituzionale, divenendo l'autonomia privata un mezzo per attuare il dettato fondamentale, ed assolvendo, quindi, con la tipizzazione (sociale) del microcredito una indiretta funzione di rilevanza pubblicistica e sociale. L'elemento solidaristico, ontologicamente meta-tecnico, entra, perciò, nell'architettura negoziale come elemento arricchito dalla ribadita veste giuridica, di rango primario, esauendo i dubbi, quindi, sulla legittimità di tale inserimento e sull'opportunità dello stesso.

In base a quanto analizzato, inoltre, la meritevolezza, veicolo che eleva la causa a scriminante del tipo, dovrebbe essere considerata alla luce della lettura degli artt. 2 e 3 Cost. e perciò, quasi *in re ipsa*, nelle fattispecie in esame, come sigillo di un'istanza aprioristicamente ed astrattamente prevista negli articoli riportati, ed ora dotata d'improcrastinabile operatività, anche in virtù degli spunti offerti dei preliminari riconoscimenti legislativi del microcredito solidale.

Gli effetti benefici per la collettività di un negozio (anche) lucrativo inaugurano, quindi, una riflessione sul moderno ruolo del contratto che, in base alla tesi qui

avanzata, oltre a rappresentare la naturale sede per il proliferare dell'attività privata, si atteggia, in particolari momenti storici ed in determinate e tassative ipotesi, a strumento di (indiretta) rilevanza generale, andando ad erodere il principio ex art. 1372, percepito in forma assolutistica dalla dottrina classica inglese, come *privity of contract*.

In base, quindi, ai rilievi evidenziati, il credito, al giorno d'oggi, dopo i devastanti effetti della crisi finanziaria globale, travalica i confini, come detto, del mero *bargain* fra soggetti privati, ma rappresenta un fondamentale strumento sociale, ancora più efficace di sporadici spasmi pietistici, e, ciò soprattutto nella vertente solidaristico-produttiva e di supporto di realtà che fanno della microimpresa e dell'innovazione la propria fortuna, qual è l'Italia.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il mercato delle regole: analisi economica del Diritto Civile*, Il Mulino, Bologna, 1999

AA.VV., *Instrumentos Solidarios en tiempos de crisis*, (volume a cura di PARRA C., RUIZ C.), pubblicazione del Banco Santander, Universitat Abat Oliba CEU, Bosch Editorial, Barcelona, 2012

AA.VV., *Islamic Finance and the influence of religion on the law* (a cura di Renè Smits), Eleven International Publishing, the Hague, 2012

ABDEL-HAQ M., *Islamic Banking. Theory, Practice and Challenges*, Karachi, Atlantic Highlands Londra, 1996,

ABDULLAH SAEED, *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, E. J. Brill, Leiden, 1999

ADLER M.D. & POSNER E. A., *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 2006

AJANI G.M. & MONATERI P.G., *Casi e materiali di sistemi giuridici comparati*, Giappichelli, Torino, 1997

AJANI G.M., *Sistemas jurídicos comparados. Lecciones y materiales*, (con contributi di ANDERSON M., ARROYO AMAYUELAS E., PASA B.), Publicacions i Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2010

ALGABID H., *Les Banques islamiques*, Económica, Paris, 1990

ALTAVA LAVALL M.G., *Lecciones de derecho comparado*, Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2003

AMBROSETTI G., *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno, Incontri di Studio*, Giuffrè, Milano, 1972

ANSELMO D., *Shari'a e diritti umani*, Giappichelli, Torino, 2007;

ARISTOTELE: *Política*, I, X, 1258 b, 4-5, , Biblioteca Básica Credos, Madrid, 2000

ATZORI D., *Fede E Mercato: Verso Una Via Islamica Al Capitalismo?*, Il Mulino, Bologna, 2010

BAHLUL R., *Prospettive islamiche del costituzionalismo*, in COSTA P. & ZOLO D. (cur.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria e critica*, Feltrinelli, Milano, 2002

BARBERIS M., *Manuale di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2011

BOUSQUET G.H., *Le Droit musulman*, Collection Armand Colin, n.373, Section de Droit, Paris, 1963

BUSSI E., *Principi di Diritto Musulmano*, Casa Editrice ISPI, Milano, 1943

CALABRESI G., *Costo degli incidenti e responsabilità civile. Analisi economico-giuridica*, Giuffrè, Milano, 1975

CALABRESI G., *Il dono dello spirito maligno*, Giuffrè, Milano, 1996

CAMPANINI M., *Islam e Politica*, Il Mulino, Bologna, 2003

- CANARUTTO G., *Responsabilità Sociale ed Etica Ebraica*, Pontificia Università Lateranense, EGEA, Milano, 2006
- CAPUTO G., *Introduzione al Diritto Islamico*, Giappichelli, Torino, 1990
- CARRIERO G., *Il credito al consumo*, in Studi in onore di Nicolò Lipari, Giuffrè Editore, Milano, 2008
- CASANOVA J. *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, il Mulino, Bologna, 2000
- CASTRO F., *Diritto musulmano e dei paesi islamici*, in *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*, vol. VI, Utet, Torino, 1990;
- CASTRO F., *Il modello islamico*, Giappichelli, Torino, 2007
- CATAUDELLA A., *Donazione e spirito di solidarietà*, in Studi in onore di Pietro Schlesinger, t.I, Giuffrè Editore, Milano, 2004
- CLARIZIA R., *Codice del consumo e contratti di finanziamento*, in Studi in onore di Nicolò Lipari, Giuffrè Editore, Milano, 2008
- COASE R., *The Problem of Social Cost*, Journal of Law and Economic, 3, 1960
- COMAIR-OBEID N., *Les Contractes en droit musulman des affaires*, Economica, Paris, 1995
- CORBO N., *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè Editore, Milano, 1990.
- COSTANTINESCO L.J., *Traité de droit comparé*, vol. III, *La science des droit comparés*, Economica, Paris, 1983

- COSTANZA M., *Il contratto atipico*, Giuffrè Editore, Milano, 1981
- CRISCUOLI G., *Il contratto nel diritto inglese*, CEDAM, Padova, 2001
- D'AQUINO TOMMASO, *La Somma Teologica*, Mondadori, Milano, 1984
- D'EMILIA A., *Scritti di Diritto Islamico*, Istituto per l'Oriente "C.A.Nallino", Roma, 1976
- DAVID R. & JAUFFRET-SPINOSI C., *I grandi sistema giuridici contemporanei*, CEDAM, Padova, 1994
- DAVID R., *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction a l'etude des droits étrangers et a la methode comparative*, Paris, 1950
- DE NOVA G., *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, CEDAM, Padova, 2011
- DICKENS C., *Tempi Difficili*, Einaudi, Torino, 2006
- DIENI E., *Per linee storte. Finzioni e sotterfugi nei diritti delle religioni del Libro*, DAIMON, Annuario di diritto comparato delle religioni, vol.VI, 2006
- ELON M., *The Principles of Jewish Law*, Transaction Publishers, New Brunswick (U.S)/London (UK), 1975 (ed.2007)
- FERRARI S. *Introduzione al Diritto comparato delle religioni. Ebraismo, islam e induismo*, (a cura di S.FERRARI), Il Mulino, Bologna, 2008
- FERRARI S., *Lo Spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo ed islam a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2002

- FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè Editore, Milano, 1966
- FILLION DUFOULEUR B., *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 48, n.III, Persee Revues Scientifiques, Paris, 1996
- FROST R., *Great American Poets*, Clarkson N.Potter, Inc./ Publishers, New York, 1986
- GALLO P., *Grandi sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1997
- GAMBARO A. & SACCO R., *Sistemi giuridici comparati*, Utet, Milano, 2009
- GARRIGUES J., *Curso de Derecho Mercantil*, Temis, Madrid, 1987
- GLENN P., *Legal Traditions of the world. Sustainable diversity in law*, Oxford University Press, Oxford, 2000
- HAMAUI R. & MAURI M., *Economia e finanza islamica*, il Mulino, Bologna 2009
- HART L.A., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965
- HAYES S.L. & VOGEL F. E., *The Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return*, Kluwer Law International, the Hague-London-Boston, 1998
- HERZOG I., *The Main Institutions of Jewish Law, the Law of Obligations*, Soncino Press, London-New York, Vol.II, 1967,
- HOROWITZ G., *The Spirit of Jewish Law*, Central Book Company, Boston, 1973
- HUXLEY A. in *Religion, Law and Tradition: comparative studies in religious law*, Routledge, London, 2002.

- JACKSON B., *Il diritto delle religioni dall'interno e dall'esterno*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2002
- JACKSON B., *L'Ebraismo come ordinamento giuridico religioso*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, vol.1, 2001
- JUYNBOLL T.W., *Manuale di Diritto Musulmano secondo la dottrina della scuola sciafita*, Vallardi, Milano, 1916
- KEPEL G., *Jihad. Ascesa e Declino. Storia del fondamentalismo islamico*, Carocci, Roma, 2004
- KEPEL G., *La rivincita di Dio*, Rizzoli, Milano, 1991
- KHAN M.F., *Guaranteeing Investment Deposits in Islamic Banking System*, *Islamic Economics*, vol.16 n.1, 2003
- LANGHOLM O., *L'economia in Tommaso d'Aquino*, Vita e Pensieri, Milano, 1996
- LAST STONE S., *Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law*, *Cardozo Law Review*, vol.12, 1991
- LEWIS B., *The Arabs in the History*, Hutchinson, Londra, 1964
- LOSANO M.G., *I grandi sistemi giuridici*, Laterza, Roma, 2000
- LUCARELLI F., *Solidarietà e autonomia privata*, Eugenio Jovene Editore, Napoli, 1970.
- MAINE H.S., *Ancient Law*, Paperback, 2005
- MATTEI U. & MONATERI P.G., *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997

- MATTEI U., *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 45, No. 1. (Winter), 1997
- NEUSNER J. & SONN T., *Comparare le religioni attraverso il diritto: islam e ebraismo*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol.1, 2001, p.199.
- NONNE L., *Il Prestito ad Interesse nel Diritto Islamico tra Solidarietà e Profitto*, in *Il Libro e La Bilancia*, Tomo II, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Edizioni scientifiche italiane, Roma, 2011
- NOVAK D., *La legge mosaica e il diritto naturale*, DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol.IV, 2004.
- NOVAK M., *Lo spirito nel capitalismo democratico e il cristianesimo*, Studium, Roma, 1987
- NOWAK M., *Non si presta solo ai ricchi. La rivoluzione del microcredito*, Einaudi, 2005.
- ORDÁS ALONSO M., *Los contratos de crédito al consumo en la Ley 16/2011, de 24 junio*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2013.
- ORTIZ J.L., *Derecho musulmán*, Editorial Labor S.A., Barcelona, p.197
- PACE E., *Sociologia dell'Islam*, Carocci, Roma, 2004
- PALOMINO LOZANO R., *Religión y Derecho Comparado*, Iustel, Madrid, 2007
- PAPA M., *Afghanistan: tradizione giuridica e ricostruzione dell'ordinamento tra Shari'a, consuetudini e diritto statale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- PARDOLESI R., *Analisi Economica del Diritto*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, I, UTET, Torino, 1987

- PEGORARO L. & RINELLA A., *Le fonti del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2000
- PICCINELLI G.M., *Banche Islamiche In Contesto Non Islamico. Materiali e Strumenti Giuridici*, Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino", Roma, 1996.
- PIZZORUSSO A., *Sistemi giuridici comparati*, Giuffrè, Milano, 1995
- POSNER R., *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998
- POZZO B., *Metodo e metodi della moderna comparatistica*, DAIMON, , Annuario di diritto comparato delle religioni, vol.V, 2005
- PUZA R., *Comparare le religioni attraverso il loro diritto. Un confronto fra Ebraismo, Cristianesimo e Islam*, DAIMON, vol.V, 2005
- RABELLO A.M., *Introduzione al Diritto Ebraico*, Giappichelli, Torino, 2007
- RABELLO A.M., (a cura di) *Mishnà Massèket Bavà Metz'ìà*, ARI, Roma, 2011
- RHEINSTEIN M., *Max Weber on Law and Society*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1954
- RODINSON M., *Islam e capitalismo*, Einaudi, Torino, 1968
- ROSS A., *Lógica de las normas*, Tecnos, Madrid, 1971
- SAAL ABDUL SATTAR AL-HARAN, *Islamic Finance: partnership financing*, Selangor, Pelanduk Publications, 1993
- SAEED ABDULLAH, *Islamic banking and interest: a study of the prohibition of riba and its contemporary interpretation*, E. J. Brill, , Leiden, 1999

- SALEH N. A., *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic Law: riba, gharar and Islamic Banking*, Kluwer Law International, the Hague, 1992
- SALEH N.A., *Origins of the Sactity of Contracts in Islamic Law*, in *Arab Law Quarteely*, vol.XIII, , n.3, 1998
- SALVIATO F. MEGGIOLARO M., *Ho sognato una banca. Dieci anni sulla strada di Banca Etica*, Feltrinelli, Milano, 2010.
- SANCHEZ CALERO F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Aranzadi Thompson, Madrid, 2013.
- SANTARELLI U., *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1998
- SANTILLANA D., *Istituzioni di Diritto Musulmano Malichita con riguardo anche al sistema sciafita*, vol.II, Istituto per l'Oriente, Roma, 1938
- SASIA M.P., DE LA CRUZ C., *Banca ética y ciudadanía*, Trotta, Colección: Estructuras y Procesos, Madrid, 2008
- SCHACHT J., *An introduction to Islamic law*, Oxford University Press, Oxford, 1965
- SCHACHT J., *Introduzione al Diritto Islamico*, Giappichelli, Torino, 1995
- SCHACHT J., *Problems of Modern Islamic Legislation*, Maisonneuve & Larouse, Oxford, 1960
- SHAVELL S., *Analisi Economica del Diritto*, Giappichelli, Torino, 2007
- SIDDIQI M.N., *Issues in Islamic Banking*, The Islamic foundation, Leicester, London, 1983

- SOLA CAÑIZARES F., *Iniciación al Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado. Estudios sobre el Drecho Comparado, Serie A, N.2. Barcelona, 1954
- TORCHIA F., *Il consumo di microcredito e la tutela della persona*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006
- VARANO V. & BARSOTTI V., *La tradizione giuridica occidentale*, volume I, Giappichelli, Torino, 2010
- VERCELLIN G., *Istituzioni del mondo musulmano*, Einaudi, Torino, 2002
- VISMARA P., *Oltre l'usura. La Chiesa moderna e il prestito ad interesse*, Rubbettino, Catanzaro, 2004
- VOGEL F.E. *Contract Law of Islam and the Arab Middle East*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, VII, Tübingen, 2006,12
- VOGEL F.E., *The Islamic Law and Finance. Religion, Risk and Return*, the Haugue-London-Boston, 1998
- Wael B. HALLAQ, *Shar'ia. Theory, Practice Transformations*, Cambridge University Press, 2009
- WARDE I., *Islamic Finance in the Global Economy*, Endimburgh University Press, 2000
- WEINGORT A., *Intérêt et Crédit dans le Droit Talmudique*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1979
- YUNUS M., *Il banchiere dei poveri*, Feltrinelli, Milano, 2003
- ZAGREBELSKY G., *Società, Stato, Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1988

ZIMATORE A., *Il mutuo di scopo*, Padova, CEDAM, 1985, p. 214.

ZWEIGERT K. & KÖTZ H. *Introducción al derecho comparado*, , Oxford University Press México, Ciudad del México, 2002

RIVISTE

ALPA G., *Solidarietà*, La Nuova Giurisprudenza civile commentata, CEDAM, anno x, II, 1994, pp. 365-373

BERTHOUD A., in *Empresa y Humanismo*, 2011, vol. XIV/II, Universidad de Navarra, Pamplona, 2011

BOXBERGER L., *Avoiding ribā': credit and custodianship in nineteenth – and early – twentieth Century Hadramawt*, in V *Islamic Law and Society* 196, 1998

CAPRIGLIONE F., *Cooperazione di credito e “finanza etica”*, in *Banca, Borsa e titoli di credito*, parte prima, Giuffrè Editore, Milano, 1997

COLORNI V., *Prestito Ebraico e Comunità Ebraiche nell'Italia Centrale e Settentrionale*, in *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, VIII, 1935, pp. 407-457

DEL PRATO E., *I modelli contrattuali nella prassi bancaria per la concessione del credito alle imprese*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2001, II, pp. 271 ss

DIENI E., *Per linee storte. Finzioni e sotterfugi nei diritti delle religioni del Libro*, DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol.VI, 2006

EYAL ZAMIR & BARAK MEDINA, *Law, Morality and Economics: Integrating Moral Constraints with Economic Analysis of Law*, *California Law Review*, vol. 96, n. 2, 2008

FILLION DUFOULEUR B., *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 48, n.III, Persee Revues Scientifiques, Paris, 1996

JACKSON B., *Il diritto delle religioni dall'interno e dall'esterno*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, vol. II, il Mulino, Bologna, 2002

JACKSON B., *L'Ebraismo come ordinamento giuridico religioso*, in DAIMON, *Annuario di diritto comparato delle religioni*, Il Mulino, Bologna, vol.1, 2001

JIMÉNEZ MUÑOZ F.J., *El Tratamiento de los Intereses en el Derecho Canónico y en el Derecho Islámico*, UNED, *Revista de Derecho UNED*, 3, Madrid, 2008

LAST STONE S., *Sinaitic and Noahide Law: Legal Pluralism in Jewish Law*, *Cardozo Law Review*, vol.12, 1991

LIPARI N., *"Spirito di liberalità" e "spirito di solidarietà"*, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Giuffrè Editore, Milano, 1997

NONNE L., *Il microcredito solidale: profili tipologici e proposte disciplinari*, *Banca Borsa Titoli di Credito: rivista di dottrina e giurisprudenza*, Vol. 64, n.I, 2011, pp. 49-88.

OPPO G., *Le banche di credito cooperativo tra mutualità, lucratività e "economia sociale"*, *Rivista di Diritto Civile*, parte II, CEDAM, Padova, 1996, pp. 63-75

PORZIO M., *I frutti del denaro. La disciplina degli interessi dalle dodici tavole al testo unico bancario ed oltre*, in *Diritto e Giurisprudenza*, 2008