**I contratti dell’*Islamic Banking*. Tra profit loss – sharing e no profit loss – sharing.**

**SOMMARIO**: **1. La banca islamica: costituzione e funzionamento.** – **2. I profit – loss sharing: contratti partecipativi:** 2.1. La Mudaraba. – 2.2. La Musharaka – **3. I no profit-loss sharing: contratti indirettamente partecipativi:** 3.1. La Murabaha. – 3.2. Il finanziamento mediante locazione. – 3.3. L’utilizzo degli strumenti islamici di credito nel commercio internazionale.

1. **– La banca islamica: costituzione e funzionamento.**

Il mondo musulmano ha visto negli ultimi vent’anni l'emergere di una nuova disciplina accademica: l'economia islamica.

Secondo una definizione di rappresentanza, questa può essere definita come la conoscenza e l'applicazione di ingiunzioni e regole della Shari'a.

In questo consiste in generale la legge islamica, la quale impedisce l'ingiustizia per l'acquisizione e lo smaltimento delle risorse materiali, al fine di garantire la soddisfazione per gli esseri umani e consentire loro di svolgere i propri obblighi nei confronti di Allah e della società.

*“Una banca islamica è un istituto finanziario le cui leggi, statuti e regolamenti stabiliscono espressamente sia l’impegno ad operare secondo i principi della shari’a, sia l’eliminazione degli interessi, ricevuti o pagati, in qualunque sua operazione.”*

In questo modo, l’ Organizzazione della Conferenza Islamica ha definito la banca islamica.[[1]](#footnote-1)

Tuttavia, definire la banca islamica come una “banca senza interessi” sottolinea solo uno degli aspetti dell’ Islamic Banking System.

Il carattere peculiare, invero, è costituito dalla ricerca di tipologie contrattuali alternative rispetto ai modelli proposti dalla prassi bancaria occidentale.

È doveroso porre in evidenza, che gli economisti islamici hanno effettuato un enorme sforzo per ricercare e creare nuovi strumenti contrattuali, ovvero adattare e rendere compatibili i modelli già esistenti alla base dei prodotti finanziari anche non islamici.[[2]](#footnote-2)

Nonostante le dimensioni, il fenomeno vanta solo pochi decenni di storia.

La prima banca islamica, la Ghamr Savings Bank, nasce in Egitto nel 1963. La scommessa dei suoi fondatori, inizialmente incompresa (nei primi anni la banca fu salvata da fallimento dall’intervento dello Stato), ha però qualcosa di rivoluzionario: uscire dalla logica della finanza occidentale, credendo che sia possibile investire i soldi e farli fruttare secondo nuove regole e nuovi strumenti finanziari nel rispetto dei precetti islamici.

1. **– I profit-loss sharing:contratti partecipativi.**

La mudaraba e la musharaka rappresentano i prodotti principali del sistema islamico di partecipazione agli utili di una data operazione finanziaria. Questi contratti sono divenuti i principali strumenti partecipativi di credito ed investimento utilizzati nella moderna prassi bancaria islamica.

Durante il VII secolo dopo Cristo, l’economia era prevalentemente fondata sull’autofinanziamento e sul finanziamento diretto dal capitalista all’imprenditore.

Per ovviare alla pratica dei prestiti a tassi d’usura, si stipulavano contratti associativi di capitale e lavoro, denominati mudaraba. Il rapporto tra il capitalista e colui che conduceva personalmente l’affare si concludeva con la divisione dei profitti nelle quote concordate, ovvero con la sopportazione delle eventuali perdite. Questo sistema divenne la struttura portante del credito nelle attività commerciali.[[3]](#footnote-3)

* 1. **– La Mudaraba.**

La mudaraba[[4]](#footnote-4) è un contratto associativo di capitale e lavoro, paragonabile, in un contesto societario di tipo moderno, sia all’accomandita, sia all’associazione in partecipazione.

Questa tipologia contrattuale prevede la presenza di due parti: il capitalista o il gruppo di capitalisti e l’agente. Il primo affida il proprio capitale al secondo, affinché costui lo gestisca e lo impieghi in operazioni di commercio.

È doveroso specificare che, il rischio finanziario è sempre a carico di colui che conferisce il capitale, mentre l’agente non è tenuto al rimborso dell’intero finanziamento, in caso di fallimento dell’affare per cause a lui non imputabili.

In questo modo viene rispettato il principio della proporzionalità, in ragione della quale il capitalista subisce la perdita finanziaria effettiva, mentre l’attività svolta dall’agente rimane non remunerata.

In esso possiamo individuare sia elementi propri del mutuo, detto qard, sia del contratto di širka[[5]](#footnote-5), i quali sottolineano una duplice tradizionale funzione : in primis quella di far fruttare i capitali attraverso operazioni commerciali, in secondo luogo quella di procurare un adeguato finanziamento a commercianti che non avrebbero potuto disporre di propri mezzi finanziari sufficienti.

La mudaraba si perfeziona con la consegna effettiva del capitale nelle mani dell’agente. Il contratto diviene obbligatorio solo con l’inizio dell’esecuzione da parte dell’agente. Tuttavia, questo non impedisce al capitalista di recedere dal contratto in qualsiasi momento in cui ritenga che vi siano dubbi sul risultato dell’operazione.

Il contratto si basa sulla fiducia reciproca tra le parti contraenti, detti ᶜaqd al-amana[[6]](#footnote-6). Pertanto, l’obbligo dell’agente consiste nell’agire personalmente per il compimento di tutti gli atti necessari all’adempimento dei suoi obblighi contrattuali e per il conseguimento di un profitto attraverso la realizzazione dell’oggetto del contratto.

In relazione alla libertà dell’agente è possibile distinguere una mudaraba a mandato illimitato e una a mandato limitato.

Il mandato illimitato consente all’agente la scelta dei metodi e delle tecniche commerciali che reputa idonei a garantire il profitto sperato. Pertanto è necessaria un’esplicita previsione in seno al contratto, che autorizzi l’agente (mudarib) ad agire secondo il proprio giudizio.[[7]](#footnote-7)

Tuttavia, la libertà del mudarib può essere limitata dal capitalista, il quale può imporgli delimitazioni di carattere geografico, in base alle quali l’agente non può viaggiare con il capitale al di fuori di un’area esattamente delimitata. Inoltre, i limiti del capitalista possono concernere l’oggetto dell’affare, ovvero la sicurezza delle operazioni, ovvero i rapporti dell’agente con i terzi.[[8]](#footnote-8)

Qualora vengano violate le condizioni stabilite dal contratto, l’agente viene considerato responsabile per la perdita del capitale, sia essa parziale o per caso fortuito. Inoltre, egli è obbligato a risarcire il capitalista di qualsiasi danno finanziario subito.

Una volta concluso l’affare, l’agente ha l’obbligo di dare un esatto rendiconto delle somme che sono state spese e dei guadagni ottenuti.

Le quote del profitto vengono calcolate sugli utili netti, e l’agente ha il diritto di imputare al capitale tutte le spese fatte nell’interesse della mudaraba, escludendo quelle volte al proprio esclusivo interesse o estranee allo scopo del contratto.[[9]](#footnote-9)

È doveroso richiamare in questa sede le cause naturali che pongono fine al contratto, specificando che per il contratto *in specie*, non tutte le scuole vi annoverano la morte dell’agente: gli hanafiti considerano tale evento come risolutivo del rapporto fiduciario, mentre le altre scuole ritengono che il capitalista possa scegliere discrezionalmente se continuare il rapporto contrattuale con gli eredi dell’agente ovvero con una persona precedentemente designata nel contratto.

La struttura della mudaraba classica, appena esaminata, non ha comportato particolari problemi di adattamento dell’istituto alle moderne tecniche islamiche di finanziamento. La mudaraba nella prassi bancaria prevede che una parte conceda una somma di denaro all’altro contraente, il quale si impegna a gestirla con lo scopo di portare a compimento un’impresa economicamente proficua.

Il sistema della “partecipazione” fa della mudaraba uno degli strumenti più idonei per la realizzazione di un arricchimento lecito, giustificato dall’assunzione di un effettivo rischio imprenditoriale e finanziario.

In relazione al contratto di mudaraba, come per tutte le altre tipologie contrattuali, trova applicazione il principio del *rebus sic stantibus* , in base alla quale la banca può chiedere la risoluzione del contratto qualora sorgano dei dubbi circa la realizzazione del progetto a causa di mutamenti intervenuti nelle circostanze esistenti al momento della stipulazione.

Alla mudaraba può essere attribuita una duplice funzione: funzione di credito alle imprese ovvero di contratto a scopo di investimento. Nel primo caso la banca eroga le somme necessarie al progetto e affida l’intera gestione dell’affare all’imprenditore finanziato. Nel secondo caso, la banca raccoglie tra il pubblico i capitali da destinare all’investimento e gestisce i relativi fondi.

In conclusione possiamo enucleare alcune caratteristiche fondamentali:

* la divisione dei profitti tra le due parti deve necessariamente essere su base proporzionale e non può fornire una somma forfettaria o di rendimento garantito al beneficiario;
* il capitalista non è responsabile per le perdite al di là della somma di capitale versato;
* l’agente non deve condividere le perdite, tranne in relazione al tempo impiegato e gli sforzi posti in essere.
	1. **– La Musharaka.**

Nel sistema di credito partecipativo posto in essere dalle banche islamiche, la mušaraka è una società tra la banca che eroga il capitale necessario e il cliente-imprenditore. L’obbligo di conferire quote di capitale, destinato alla realizzazione del progetto finanziato, grava su entrambi i soci, i quali beneficiano proporzionalmente degli utili e sopportano le eventuali perdite risultanti dalla gestione del finanziamento.

Pertanto, alla mušaraka è applicabile la disciplina della società contrattuale secondo l’elaborazione del fiqh classico, ed in particolare, secondo il modello della società a mandato limitato (širkat al-ᶜinan)[[10]](#footnote-10), il quale insieme alla širka mufawada[[11]](#footnote-11), costituisce uno dei due tipi societari fondamentali del diritto musulmano.

Così come nel diritto romano, anche nel diritto musulmano il rapporto di società ha rilevanza esclusivamente interna e non acquista una propria autonomia rispetto alle persone dei soci. La mancata elaborazione del concetto di persona giuridica e l’impossibilità di rendere autonomo il patrimonio della širka comporta la responsabilità illimitata degli stessi soci.

La širka è un contratto fiduciario in quanto le parti hanno il dovere di essere reciprocamente fedeli, e poiché in essa si verifica un trasferimento reale tra i soci del diritto di libero godimento del patrimonio sociale.

Il principio di proporzionalità riequilibra il rapporto tra conferimento, attività e responsabilità all’interno della società, rendendo invalido qualsiasi patto tra soci che alteri il necessario equilibrio tra le quote di rischio e divisione dei benefici. Questa tipologia di patto non potrebbe essere considerato come un aspetto del riba, e come tale nullo, con effetti negativi anche sulla sussistenza del rapporto contrattuale.

La combinazione di questi principi realizza un negozio idoneo a costituire la base per qualsiasi forma lecita di commercio nel rispetto delle regole discendenti dall’interpretazione del divieto coranico del riba.

La tecnica di finanziamento mediante mušaraka è omologabile a quegli strumenti di credito partecipativo che nel linguaggio della pratica vengono denominati “equity financing”. In questo modo si sottolinea lo scopo di partecipazione nel capitale di imprese già esistenti o di nuove imprese.

Nella prassi bancaria islamica, la mušaraka viene considerata un tipo di venture capital mediante il quale la banca assume partecipazioni temporanee nelle imprese finanziate[[12]](#footnote-12).

Attraverso la mušaraka si possono realizzare anche operazioni di co – financing con capitale di altre banche o di organismi finanziari internazionali, in progetti in cui la banca – mušarik provvede anche al loro monitoraggio.

La valutazione della quota di partecipazione nel progetto finanziato è rimessa alle scelte politiche della banca in considerazione della situazione finanziaria della singola impresa, in relazione anche ai risultati che si intendono ottenere.

Inoltre, lo scopo della mušaraka può essere il credito all’importazione o all’esportazione di merci mediante associazione tra banca e commerciante.[[13]](#footnote-13)

Il contratto di mušaraka prevede che la merce venga venduta dal cliente – socio della banca, che provvederà anche a fornire rendiconti periodici sulla situazione. Il contratto si scioglie con l’esaurimento delle merci ovvero trascorso un determinato termine dalla stipula del contratto.

È doveroso richiamare in questa sede, un particolare tipo di contratto denominato mušaraka mutanaqisa, il quale viene utilizzato nel credito a favore degli artigiani o piccole industrie[[14]](#footnote-14) .

In base a questo sistema la banca partecipa al finanziamento totale o parziale di un progetto, ricevendo una quota di utili “decrescente” di anno in anno, mentre l’imprenditore che ha beneficiato del finanziamento riacquista la piena disponibilità di una quota “crescente” del capitale dell’impresa.

1. **– I no profit-loss sharing:contratti indirettamente partecipativi.**

Il fondamento dell’adozione, nella prassi creditizia islamica, di alcuni particolari contratti commutativi di proprietà e godimento, è rinvenibile nel passo Coranico 275 della sura “al-Baqara”, la quale contrappone l’illiceità del riba alla legittimità del tiğara.[[15]](#footnote-15)

Come si è visto per gli accordi di credito partecipativo, anche i contratti indirettamente partecipativi si rifanno alla terminologia giuridica classica con l’intento, solo in parte ideologico, di recuperare i principi dell’Islam relativi ai rapporti contrattuali e al commercio.[[16]](#footnote-16)

I giuristi classici hanno lavorato a lungo sulla disciplina dei diversi tipi di vendita mediante una speciale attenzione alle condizioni di vendita e liceità dei singoli elementi costitutivi del contratto.

Essi hanno individuato alcune caratteristiche fondamentali di queste tipologie contrattuali. In primis, è doveroso evidenziare che l’oggetto del contratto deve essere lecito per un musulmano, escludendo dal commercio le cose ritualmente impure o comunque interdette quali il vino e la carne di maiale.[[17]](#footnote-17)

Inoltre, l’oggetto del contratto deve essere determinato in maniera esatta per quantità e qualità, e il venditore deve poter disporre della proprietà e della cosa al momento e nel luogo ove il contratto si conclude.

Dall’esame delle fonti giuridiche islamiche, risulta evidente il favore con cui è visto e promosso il contratto di compravendita. Tutto ciò consente al mercante di trarre un guadagno che è solo il frutto della sua attività commerciale e della sua abilità di imprenditore.

Le tipologie di vendita a credito delineate dalla dottrina classica nelle loro linee teoriche e nei dettagli pratici sono con il tempo divenute gli strumenti principali su cui si poggiavano le hyal, le cautele legali impiegate per aggirare i limiti imposti dalla proibizione del riba.

Il nucleo dell’attività islamica di merchant banking si basa sui contratti di *murabaha* (vendita a premio fisso), di *bayᶜ mu’ağğal* (vendita a rate), di *bayᶜ al-istisna* (contratto di “industria” per la produzione e la fornitura di un dato prodotto), di *salam* (la vendita anticipato praetio o con consegna successiva), infine alcuni tipi di *iğara*.

* 1. **– La Murabaha.**

Nella prassi bancaria, la murabaha costituisce il più diffuso strumento di credito alle imprese[[18]](#footnote-18). La denominazione completa è bayᶜ al-murabaha li -͗l-amir bi- ͗l-šira’, che letteralmente significa “vendita a profitto o premio fisso a colui che ha ordinato l’acquisto”.

Il diritto musulmano definisce questa tipologia contrattuale come la rivendita di un determinato bene acquistato su richiesta di un terzo con un patto di ribh.[[19]](#footnote-19)

Con la murabaha, la banca acquista il bene richiesto dal proprio cliente ad un determinato prezzo ed in seguito lo rivende allo stesso richiedente ad un prezzo maggiore, il quale è stato preventivamente concordato al momento della stipula del contratto. Il prezzo di rivendita da parte della banca è comprensivo del profitto della banca ed è pagabile in un termine di sei o nove mesi.

La fissazione del pagamento del prezzo in un momento cronologicamente distante dalla consegna del bene crea un rapporto obbligatorio tra la banca e il cliente che ha richiesto l’acquisto e che si impegna a riacquistare il bene dalla banca, non appena questa ne abbia la disponibilità.[[20]](#footnote-20)

La medesima struttura e le medesime obbligazioni sono rinvenibili nel bayᶜ al-mu’aǧǧal, tuttavia in questo caso il pagamento del prezzo avviene ratealmente.

In entrambe le tipologie contrattuali, la parte che richiede l’acquisto del bene riceve un mandato dalla banca per provvedere direttamente alla scelta e all’acquisto dei beni, in nome e per conto della stessa banca che diverrà l’iniziale proprietaria.

La proprietà dei beni venduti passano dalla banca all’altro contraente nello stesso momento in cui egli adempie all’impegni di riacquisto.

Nel rispetto dei principi sciariatici, il prezzo d’acquisto, sulla base del quale viene poi pattuito il premio spettante all’alienante, deve essere noto alla controparte acquirente.

Un ulteriore tipologia contrattuale che merita di esser analizzata è il bayᶜ al-salam, al quale si affianca il bayᶜ al-istisnaᶜ.

Queste tipologie contrattuali prevedono la vendita di un bene futuro anticipato praetio nelle quali l’alienante si impegna allo scadere di un dato termine a restituire come controprestazione una quantità determinata di beni (non ancora esistenti al momento della conclusione del contratto) diversi dalla prestazione ricevuta. Essi configurano una *emptio rei speratae* e non una *emptio spei*, in quanto quest’ultima sarebbe aleatoria e come tale illecita per la proibizione del gharar.

Tuttavia, tra i due contratti esistono delle differenze in merito alla particolare natura dei beni che ne possono essere oggetto. Il salam è una delle più diffuse forme di credito agrario. Essa nasce dalla necessità dell’agricoltore di trovare i fondi sufficienti a realizzare in tempo il raccolto.[[21]](#footnote-21)

Grazie a questo contratto un commerciante può acquistare da un agricoltore il raccolto prima che questo giunga a maturazione, purché sia quantificabile.

Il bayᶜ al-istisnaᶜ costituisce, invece, un’alienazione di cose da creare o fabbricare artigianalmente ovvero industrialmente.

Questa tipologia può essere assimilata ora alla vendita, ora all’appalto, e seconda della prevalenza dei diversi elementi contrattuali.

I contratti di salam ed istisna’ hanno natura reale, in quanto necessitano che al loro perfezionamento sia effettuata la prestazione anticipata da parte dell’aquirente.

Condizioni imprescindibili di validità del contratto sono che il bene sia in esistenza al tempo del pagamento, ma non sia ancora suscettibile di consegna e che, quando questa viene effettuata, il corrispettivo sia già stato interamente versato. Il contratto è nullo nell’ipotesi in cui la prestazione dell’acquirente consista in una compensazione del debito.

Qualora, al momento della stipulazione del contratto, il bene oggetto della vendita non sia esattamente determinato soltanto per genere e per quantità ovvero il pagamento e la controprestazione promessa non siano di valore equivalente, si realizza un’operazione usuraria che invalida l’intero negozio. Inoltre, al momento della stipulazione del contratto il venditore deve avere la certezza di poter disporre, alla scadenza, del bene promesso.

Il merito al termine per la controprestazione, si ricorda che esso può essere rappresentato da una data certa ovvero da un certo avvenimento e tra le due prestazioni deve trascorrere necessariamente un tempo minimo, che i giuristi classici hanno fissato in quindici giorni.

* 1. **– Il finanziamento mediante locazione.**

Tra gli strumenti di credito impiegati dalle banche islamiche è doveroso evidenziare i contratti di locazione, detti iğara, di beni mobili ed immobili.

Tra i contratti di locazione va distinta l’iğara[[22]](#footnote-22), in cui il locatore ha solo l’uso del bene, dall’iğara wa iqtina[[23]](#footnote-23), in cui l’uso del bene si associa per il locatore alla facoltà di assumerne la proprietà.

Il diritto musulmano considera l’iğara come una vendita che attribuisce il diritto di godere di un determinato bene dietro un corrispettivo. Affinché il contratto di iğara non contenga elementi qualificabili come riba, è necessario che l’oggetto del contratto possa avere un uso reale e che da esso possa derivare un beneficio per l’utilizzatore.

Il corrispettivo della locazione deve essere fissato al momento del contratto e pattuito in modo da escludere elementi speculativi. Nell’attuale prassi bancaria islamica è accettato il ricorso a tabelle prestabilite da ciascun istituto, le quali devono tener conto della capacità dell’imprenditore, nonché delle possibilità di sviluppo e delle necessità del settore in cui egli opera[[24]](#footnote-24).

L’iğara wa iqtina si è affermato presso le banche islamiche come strumento di credito caratterizzato dallo stesso rapporto trilaterale che contraddistingue il leasing finanziario. Il finanziatore-locatore concede all’utilizzatore-locatario l’uso del bene che quest’ultimo ha richiesto e ha scelto, in nome e per conto del finanziatore, presso un venditore-produttore. Il contratto di locazione riguarda soltanto il finanziatore, che paga e assume la titolarità dei beni, e l’utilizzatore che ne diviene locatario dietro pagamento di un canone.

È doveroso evidenziare, in questa sede, la differenza tra l’iğara wa iqtina e il bayᶜ al-mu’ağğal. La differenza risiede esclusivamente nel momento traslativo della proprietà dal finanziatore alla controparte. Infatti, nei contratti di vendita la titolarità è trasferita dalla banca al cliente non appena quest’ultimo ha preso in consegna il bene del fornitore e la prima ha ricevuto i titoli e i documenti relativi.

Oggi è molto più diffuso in contesto islamico il contratto di murabaha rispetto al leasing operativo e al leasing finanziario. In tutti questi contratti è il cliente che tratta direttamente con il venditore per la scelta del bene in funzione della sua destinazione, fissandone le caratteristiche ed eventualmente il prezzo, esonerando il finanziatore da qualsiasi responsabilità per non idoneità della merce allo scopo.

La banca, invece, nell’iğara wa iqtina sopporta il rischio di un eventuale mancato esercizio dell’opzione d’acquisto da parte dell’utilizzatore al termine del periodo di locazione, accollandosi l’onere di un’ulteriore gestione del bene o della sua vendita successiva o della sua dismissione.

Si evidenzia che la durata del contratto è coincidente con la vita economica del bene, tuttavia, si pone un problema in merito a momento iniziale del rapporto di locazione. Secondo le regole di diritto musulmano esso deve essere compreso tra il momento dell’acquisto e quello della consegna del bene al locatore.

Gli obblighi del finanziatore consistono nel consegnare il bene oggetto del contratto e nel rispettare l’eventuale impegno di vendere la cosa locata al momento pattuito.

Il locatario è tenuto a pagare il canone e conservare la cosa secondo la sua destinazione, inoltre, su di esso gravano i rischi dell’utilizzazione, il quale deve rispondere dell’inusuale deterioramento del bene.

La risoluzione del contratto presuppone il mancato adempimento degli obblighi di almeno una delle parti, oltre che la scadenza del termine.[[25]](#footnote-25)

Alla scadenza del termine, oltre alla restituzione della cosa locata alla banca, i giuristi hanno individuato altre possibili soluzioni, quali la proroga o il rinnovo del contratto, ovvero l’acquisto del bene[[26]](#footnote-26).

È di singolare importanza la soluzione adottata nel contratto di iğara wa iqtina della Banca Islamica per lo Sviluppo[[27]](#footnote-27), in cui al termine della locazione i beni vengono trasferiti a titolo di donazione al locatario, in quanto il loro profitto e il loro valore sono stati sommati al costo totale dell’operazione e ripartiti nei canoni periodici.

Un particolare settore di applicazione del contratto di iğara è la locazione immobiliare che appare in costante espansione sia per la preferenza costantemente accordata dalle banche islamiche agli investimenti immobiliari, sia per la situazione interna del mercato degli investimenti in molti Paesi musulmani.

* 1. **– L’utilizzo degli strumenti islamici di credito nel commercio internazionale.**

Una delle principali applicazioni del contratto di murabaha è il credito nel commercio internazionale, ove la banca islamica opera per finanziare i rapporti tra esportatori ed importatori negli scambi commerciali internazionali.

Innanzitutto la murabaha è utilizzata nel credito a breve termine, anche per il credito all’esportazione. Nella prassi non islamica, in questo settore i finanziamenti sono generalmente assistiti da garanzie assicurative rilasciate da istituti pubblici specializzati.

Pertanto, la murabaha può essere utilizzata sia per il credito acquirente, con l’intervento di una banca che finanzia l’acquisto su documenti, sia per il credito fornitore, ossia il credito che nasce dalle dilazioni di pagamento concesse direttamente dall’operatore nazionale alla controparte estera.

I finanziamenti possono essere indistintamente in valuta nazionale, ovvero estera. L’insorgenza di un rischio di cambio, a causa delle fluttuazioni intrinseche del mercato delle monete, può essere attenuata con gli strumenti a ciò destinati nella prassi commerciale non islamica.

A questo fine, le parti che beneficiano di un credito islamico devono attenersi alla regola giuridica che impone che il cambio delle monete avvenga istantaneamente, e qualora venga apposto un termine, questo costituisce riba.

Gli accordi di swap destinati a compensare i rischi connessi con le variazioni dei tassi, richiedono un profondo adattamento per essere accettabili dal punto di vista islamico. Inoltre, un istituto finanziario islamico può cautelarsi contro i rischi derivanti dalla modificazione dei tassi di cambio stipulando contratti di swap, attraverso i quali gli operatori commerciali internazionali si obbligano a coprire la differenza tra il valore di una data somma in valuta estera ed il valore di cambio della stessa somma ad una data contrattualmente stabilita.[[28]](#footnote-28)

Al fine di superare l’aleatorietà connaturata a questi accordi, gli istituti finanziari islamici hanno elaborato un tipo di “swap islamico”, che consiste nel concordare con un’altra banca uno scambio temporaneo di depositi di pare valore in valute differenti, dei quali ciascuna banca dispone liberamente assumendosi i rischi connessi con l’impiego della somma.

Alla scadenza concordata entrambi i depositi sono rimborsati liberi da interessi e senza alcuna maggiorazione, assicurando in questo modo una doppia operazione istantanea di cambio.

Per quanto concerne le garanzie di credito, in base a quando stabilito dal diritto musulmano sono lecite e praticabili le fideiussioni, la costituzione in pegno dei titoli rappresentativi delle merci e anche la cessione della polizza assicurativa sui beni, purchè stipulata con una società di takaful.

Prima di procedere alla stipulazione della convenzione di credito del tipo murabaha, la banca deve valutare la solidità dell’importatore, le possibilità di successo dell’operazione e la conformità di questa con i principi sciariatici.

Qualora l’esame dia esito positivo, la banca islamica autorizza la banca dell’importatore a beneficiare della linea di credito, notificandole il proprio benestare. L’accesso al finanziamento avviene attraverso le lettere di credito, definite *kitab iᶜtimad.*

La lettera di credito viene inviata dalla banca dell’importatore ad una banca estera sua corrispondente e della quale l’esportatore è cliente. Per poter ricevere il finanziamento, l’esportatore deve, entro il periodo di tempo stabilito dalla lettera di credito, provvedere alla spedizione delle merci all’importatore. Una volta spedite le merci, l’esportatore consegnerà i documenti rappresentativi alla banca, la quale metterà a sua disposizione l’ammontare del finanziamento.

Una volta ricevuti i documenti rappresentativi della merce, la banca dell’esportatore provvederà ad inoltrarli alla banca straniera sua corrispondente, la quale li consegnerà all’importatore dietro pagamento della somma per la quale la lettera di credito è stata emessa.

La prassi islamica distingue diversi tipi di lettere di credito:

* quella aperta in base ad un operazione di murabaha,[[29]](#footnote-29)
* quella attraverso la quale l’imprenditore può negoziare un finanziamento mediante mušaraka,[[30]](#footnote-30)
* quella emessa in conformità con la wakala, ossia la rappresentanza.[[31]](#footnote-31)
1. Inoltre, questa definizione è stata ripresa dall’art. 5 dello statuto dell’Associazione Internazionale delle Banche Islamiche pubblicato in “*Il sistema bancario islamico”*, cit. pp. 71-77. [↑](#footnote-ref-1)
2. Lo sforzo in questione viene definito iğtihād. [↑](#footnote-ref-2)
3. Questo sistema divenne fondamentale negli scambi commerciali a lunga distanza. Si ricorda, infatti, che gli arabi si affacciarono e stabilirono attorno al bacino del Meditteraneo, incrementando in questo modo i loro rapporti commerciali. [↑](#footnote-ref-3)
4. Il termine mudaraba deriva dalla radice araba d r b, che significa muoversi. Il termine ha anche il significato di lotta, competizione che si traduce nei termini giuridici in concorrenza, speculazione. Cfr. G.M. PICCINELLI, Digesto IV. [↑](#footnote-ref-4)
5. Il contratto di širka è una combinazione tra elementi del mandato, della locazione d’opera e del deposito. [↑](#footnote-ref-5)
6. Il capitalista accorda la fiducia all’agente, il quale viene considerato come fiduciario del capitale consegnatogli, e di conseguenza egli non viene considerato responsabile per le perdite subite nel corso dell’ordinario svolgimento dell’affare. Egli è responsabile solo nel caso di violazione di tale fiducia. [↑](#footnote-ref-6)
7. L’agente può comprare e vendere qualsiasi tipologia di merce, può comprare e vendere in contanti (gli hanafiti ammettono, infatti, che possa comprare e vendere a credito senza l’autorizzazione del capitalista). Inoltre, l’agente può assumere aiutanti e affittare o comprare animali a seconda delle necessità. [↑](#footnote-ref-7)
8. La dottrina afferma l’ammissibilità dei limiti posti dal capitalista, in quanto questi non intaccano né la natura del contratto né la libertà del gerente. [↑](#footnote-ref-8)
9. L’autonomia patrimoniale che caratterizza il contratto rispetto alle ricchezze personali dei soci viene confermata dalla possibilità per l’agente di affidare a sua volta il capitale allo stesso capitalista, come se egli fosse un soggetto terzo, per porre in essere determinate attività per conto della società. [↑](#footnote-ref-9)
10. Esso rappresenta la società in cui i soci pongono specifici limiti al mandato e/o all’ammontare e/o al tipo di capitale conferito, ovvero allo scopo della società. [↑](#footnote-ref-10)
11. Questa tipologia contrattuale è caratterizzata da un generale mandato tra i soci, i quali devono agire nell’interesse reciproco. Inoltre, caratteristica fondamentale è il conferimento illimitato di tutto il proprio patrimonio disponibile. [↑](#footnote-ref-11)
12. I titoli rappresentativi della partecipazione sono acquistati allo scopo di essere trasferiti di nuovo all’impresa ovvero collocati sul mercato nel breve o medio periodo. [↑](#footnote-ref-12)
13. In questo caso, le parti aprono un conto presso la banca nella quale depositano ciascuno la propria parte di capitale, e nella quale saranno versati i proventi della vendita delle merci, che saranno successivamente divisi in base alle quote fissate nel contratto, in proporzione al capitale versato. Possiamo notare che questo meccanismo è molto simile a quello degli escrow accounts, i quali sono destinati (nella prassi occidentale) ad accantonare somme destinate a scopi specifici e fondati su un accordo generalmente trilaterale, il quale diviene vincolante solo nel momento in cui il beneficiario abbia adempiuto le condizioni ovvero concluso le prestazioni concordate. [↑](#footnote-ref-13)
14. L’art. 2, nº 11 dello Statuto della Banca Islamica Giordana per il Credito e l’Investimento, stabilisce che “ la banca entra in qualità di socio finanziatore in un progetto produttivo in base all’accordo con l’altro socio, che la banca riceverà una quota percentuale del profitto netto effettivamente realizzato con il diritto di trattenere la parte rimanente, o una qualsiasi parte concordata, a restituzione di ciò che la banca ha anticipato per il finanziamento. [↑](#footnote-ref-14)
15. Letteralmente significa “commercio”, anche se il significato che gli viene attribuito comunemente è “vendita”. [↑](#footnote-ref-15)
16. G. M. Piccinelli, *“Banche islamiche in contesto non islamico. Materiali e strumenti giuridici, Istituto per l’Oriente”, Roma 1996.* [↑](#footnote-ref-16)
17. Tra i beni esclusi dal commercio evidenziamo, inoltre, i beni che sono destinati al godimento comune e quelli che sono considerati non assoggettabili a un diritto di proprietà (le cosiddette res nullius, che vengono definite waqf). [↑](#footnote-ref-17)
18. Per una migliore analisi si rimanda a H.A. ALKAFF, *Al-murabaha in theory and practice;* S.A. MEENAI, *The islamic development bank.* [↑](#footnote-ref-18)
19. Ossia con la determinazione di un profitto per il venditore di aumento del prezzo iniziale di acquisto. La murabaha, infatti, ha la medesima radice di ribh, termine arabo con cui solitamente si è soliti indicare il profitto inteso come vantaggio patrimoniale, ottenuto da un imprenditore, tramite l’esercizio della sua impresa. [↑](#footnote-ref-19)
20. Quest’istituto è largamente utilizzato sia nelle operazioni di commercio estero, sia per la fornitura di beni strumentali e macchinari industriali. Gli operatori finanziari internazionali hanno dimostrato un crescente interesse per questo strumento, in ragione del grande successo ottenuto dalla City Bank. [↑](#footnote-ref-20)
21. Egli contrae un mutuo pagabile sul raccolto futuro, mutuo che si trasforma in vendita il giorno in cui il debitore soddisfa il suo impegno consegnando la quantità pattuita di derrate o altri valori. [↑](#footnote-ref-21)
22. Essa è omologabile alla locazione e in particolare al leasing operativo. [↑](#footnote-ref-22)
23. Questa è riportabile al leasing finanziario o al contratto di vendita con patto di riscatto. [↑](#footnote-ref-23)
24. Il tasso di interesse applicato sul valore dell’operazione di leasing è sostituito da una propensione della banca per i risultati dell’attività cui il bene locato è destinato, pur mantenendo sempre il riferimento ai parametri di mercato. [↑](#footnote-ref-24)
25. Si precisa che tra le cause di risoluzione del contratto si evidenziano il mancato pagamento di una rata del canone, la sub-locazione ad un terzo, il pegno del bene e la sua cessione a qualsiasi titolo. [↑](#footnote-ref-25)
26. A questo proposito, la prassi islamica non prevede il pagamento di un prezzo, bensì il versamento di una somma a titolo di profitto, che ha la duplice funzione di conferma della volontà del locatario di acquisire il bene , mentre nei confronti della banca ha funzione di provvigione a fronte del trasferimento della proprietà. [↑](#footnote-ref-26)
27. In merito alla qualificazione dell’opzione di acquisto nell’iğara wa iqtina, sono sorte alcune perplessità, nel momento in cui il corrispettivo del trasferimento non rappresenti il prezzo del bene o sia assente. A seconda dei casi il contratto dovrebbe essere considerato una vendita a rate con riservato dominio ovvero una locazione semplice a cui è aggiunto un patto per la donazione del bene, quasi a titolo di premio per l’esatto adempimento del contratto. [↑](#footnote-ref-27)
28. L’operazione viene compiuta solitamente per il tramite di un intermediario finanziario, il quale opera un bilanciamento del rischio derivante da ogni singolo contratto con la massa dei contratti di swap stipulati. [↑](#footnote-ref-28)
29. In base alle regole di questo contratto, la banca emette la lettera di credito e paga, con fondi propri ovvero utilizzando la linea di credito islamico, la somma dovuta alla banca corrispondente. Solo in seguito, il cliente potrà acquistare i beni dalla banca pagando un prezzo corrispondente al costo dei beni con l’aggiunta del margine di profitto. [↑](#footnote-ref-29)
30. In questo caso, l’imprenditore deposita presso la banca una somma di denaro che rappresenta la sua quota di capitale nella mušaraka e costituisce una parte del costo dei beni che intende acquistare. La banca emette la lettera di credito per l’intero valore dell’operazione e paga la somma totale alla banca corrispondente dell’esportatore, ed infine rilascia i documenti al cliente. Questi prende possesso dei beni e li impiega secondo i termini dell’accordo. Una volta dedotte le spese di gestione sostenute dalla banca, i profitti netti derivanti dall’operazione sono ripartiti tra le parti secondo la quota di ciascuno nel capitale. [↑](#footnote-ref-30)
31. Su richiesta del proprio cliente importatore, la banca emette la lettera di credito, esigendo il deposito di una somma pari all’intero valore delle merci da acquistare e importare. Il pagamento alla banca corrispondente avviene impiegando i fondi del cliente, al quale vengono poi rilasciati i documenti ed è addebitata una commissione per i servizi. In questo caso il credito sussisterà solo tra le banche corrispondenti e non tra l’importatore e la sua banca. [↑](#footnote-ref-31)