

Юридические уловки в исламском праве: путь от Средневековья до XXI века



С.Н. Бизюков

управляющий партнер Адвокатского бюро «Пактум» Адвокатской палаты Санкт-Петербурга. Адрес: 197022, Российская Федерация, г. Санкт-Петербург, Малый пр. П.С., д. 87, офис 315. E-mail: sb_casa@mail.ru.



Аннотация

Статья посвящена анализу роли и значения юридических уловок в финансовых инструментах и сделках, используемых в исламской банковско-финансовой (далее — ИБФ) сфере. Дается понятие уловок, приводятся примеры их использования, а также краткий обзор исламских правовых концепций для определения законности применения уловок. Предполагается, что юридические уловки, существовавшие в средневековый период в виде определенных сделок для обхода коранического запрета прибытка «риба», изначально понимаемого как денежный излишек (лихва), образуемый в результате ссудно-заемных операций, а в современной исламской экономике как ссудный процент. В ходе начавшейся в 70–80-х годах прошлого века кампании по «исламизации знаний», сфера которой охватывала целый ряд наук, включая экономику, возникшие в период Средневековья правовые уловки были восприняты в качестве форм для современных исламских финансовых инструментов. Многие из них стали средством для обхода *риба* в значении ссудного процента, запрещенного в исламе. Приводится анализ использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* в современных операциях исламской банковско-финансовой системы. Показана изменившаяся роль исламского права в сфере финансов, которое более не является правом, регулирующим операции ИБФ, и нормы которого более не признаются юридически обязательными, а имеют характер неких этических принципов, лишенных правового содержания. Более того, ссылка в тексте финансового контракта на исламское право (шариат) рассматривается лишь как «шариатский риск», увеличивающий оспоримость такой сделки в суде. В статье делается вывод, что практически все рассмотренные исламские финансовые инструменты и схемы построены на таких уловках. Вполне очевидно, что в современных условиях высокой конкуренции с конвенциональными банками в исламских странах и, особенно, в области международных финансов эта исламская банковско-финансовая модель без использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* становится неконкурентоспособной.



Ключевые слова

юридические уловки, *хийал фикхийя*, шариат, исламская банковско-финансовая сфера, исламское право, шкала «пяти категорий», превентивное блокирование правовых средств, *риба*, *гарар*, *бай' ал-ина*, *бай' ал-вафа*, *бай' би-таман аджил*, *таваррук*, *мурабаха*, *мударара*, *мушарака*, *profit-and-loss sharing*, «шариатский риск»

Библиографическое описание: Бизюков С.Н. Юридические уловки в исламском праве: путь от средневековья до XXI века // Право. Журнал Высшей школ экономики. 2014. № 3. С. 31–54.

Одной из характерных черт исламского права является наличие в нем концепции так называемых юридических стратагем или уловок (*хийал*), которые в общем виде

определяются как юридические приемы или фикции для обхода соответствующих предписаний и запретов шариата, избегая при этом их формального нарушения.

Юридические уловки (хийал): понятие, возникновение, сферы применения

Слово *хила* (мн. ч. — *хийал*) в арабском языке имеет общее значение «хитрость, уловка, выдумка, изобретательность»¹. В правовом смысле наиболее точным представляется определение, предложенное Йозефом Шахтом, который представлял правовые уловки (*хийал фикхийа*) как «юридические приемы, которые составляли неотъемлемую часть исламского права в его практическом применении и которые могут быть определены как использование правовых средств для [достижения] неправовых результатов, т.е. результатов, которые, будучи законными или незаконными, не могли бы быть достигнуты непосредственно с использованием средств, предоставляемых шариатом»².

По общему мнению исламских правоведов, юридические уловки (*хийал*) не существовали в период жизни Мухаммада и его сподвижников (Сахаба), а появились в виде первых юридических заключений (*фетв*) по поводу использования уловок в начале периода правления династии Аббасидов, т.е. после 750 г.³ На протяжении многих веков юридические уловки применялись во многих сферах жизни, относящихся к отправлению религиозных обязанностей, брачно-семейным отношениям и наследованию, к области совершения различных сделок. Наиболее известной уловкой, описанной во многих классических трудах по исламскому праву (*фикх*), является так называемый освобождающий брак, который использовался в случае окончательного (троекратного) развода с женой, когда отвергнутая жена могла вернуться к мужу только после того, как выйдет замуж за другого мужчину и разведется с ним. Муж, желающий вернуть отвергнутую жену и избежать обязательного в этом случае ее замужества с другим мужчиной, после развода с которым она вправе возвратиться к нему, договаривается (часто — за деньги) с человеком о формальном заключении брака и немедленном разводе со своей женой.

Примеры других уловок: выполнение религиозных обязанностей за другого человека, хотя необходимо выполнять их лично; отправление в паломничество *хадж*, но сугубо личными целями; уклонение от уплаты налога *закята* в установленном размере; исполнение обета за умершего; уклонение от уплаты выкупа за невесту (*махр*); совершение брака по обычаю, когда отец отдает в жены свою дочь человеку, который в ответ находит для отца жену, и оба уклоняются от затрат на выкуп за невесту; «временный» брак» (араб. досл. — «брак для развлечения»); нарушение принадлежащего другому человеку преимущественного права покупки дома; лжесвидетельство; уловки, связанные с обходом запрета прирбытка (*риба*) путем женитьбы опекуна (*вали*) на находящейся под его покровительством девушке-сироте с целью уплаты выкупа (*махр*) в уменьшенном размере. Применялись также уловки, связанные с обходом запрета получения и уплаты прирбытка (*риба*) путем заключения таких сделок, как: *бай 'ал-'ина*, *бай 'ал-вафа'*, *таваррук*.

¹ Баранов Х.К. Арабско-русский словарь. М.: «Русский язык», 1989. С. 204.

² Schacht Joseph. *Hiyal* // Encyclopaedia of Islam. 2nd ed. Vol. III. Leiden: Brill, 1960. P. 510–513.

³ Подробно об истории появления *хийал*, взглядах исламских правоведов прошлого и настоящего на юридические уловки см.: Визюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход // Вестник БНЦ СО РАН. 2014. № 1(13). С. 240–253.

Современный подход к проблеме хийал. Методы оценки законности и соответствия уловок высшим целям шариата

В современной литературе по вопросам юридических уловок наиболее логичной и приспособленной к нынешним условиям жизни исламского общества, в том числе в сфере экономической деятельности, представляется позиция по классификации *хийал*, приведенная в статье «Уловка» (*хила*) в Кувейтской энциклопедии фикха⁴. В этой статье правовые уловки подразделяются на законные, т.е. разрешаемые шариатом, и запретные. Под законными понимаются уловки, направленные на устранение последствий дурного поступка для достижения разрешенного, законного результата или получения права, устранения несправедливости. Такие уловки не разрушают установленного законного порядка и не противоречат законным интересам людей⁵.

Использование запрещенных уловок направлено на достижение запретного результата или нарушение прав других людей, или на сокрытие обмана, или подмену законного результата его ложным подобием. Такие уловки разрушают установленные исламским правом устои или нарушают законные интересы мусульманской общины. Выделяются три вида запрещенных уловок: 1) уловка является запрещенной и направлена на достижение запретного результата; 2) уловка по своей сути является допустимой, но осуществляется для запретной цели (например, отправиться в путь с целью заниматься грабежом или убивать невинных людей); 3) уловка формально не является средством для запретного и обычно используется для достижения законного результата, но человек использует ее для достижения запретной цели⁶.

Основным поводом для запрета уловок является то, что они разрушают основополагающие предписания шариата и нарушают законные интересы, например, когда запрещенные уловки основываются на обмане, вводе в заблуждение, мошенничестве, на использовании допускаемых или запрещаемых шариатом средств для достижения запретных целей⁷.

В исламском праве существуют концепции, которые позволяют оценивать законность и допустимость тех или иных действий/бездействия людей, в том числе и законность использования юридических уловок. В первую очередь имеется в виду одна из центральных концепций мусульманской правовой доктрины, в соответствии с которой оценка всех деяний верующих осуществляется исходя из так называемой шкалы пяти категорий — должного, рекомендованного, разрешенного, осуждаемого и запретного. Выработанные правоведами в Средние века, эти категории не являются правовыми в общепринятом смысле, а служат своеобразной шкалой религиозно-этической оценки деяний мусульман: правовая квалификация того или иного деяния не может противоречить оценке, даваемой в шкале пяти категорий⁸. В сугубо правовом смысле действия и поступки людей, включая сделки, в исламском праве признаются действительными,

⁴ См.: Энциклопедия фикха. Министерство вакфов и исламских дел: в 45 т. Т. 18. Эль-Кувейт, 1990. С. 328–334 (на араб. яз.).

⁵ См.: Там же. С. 330.

⁶ См.: Там же. С. 331.

⁷ См.: Там же. С. 334.

⁸ См.: Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории // Правоведение. Изд-во Ленингр. ун-та. 1989. Вып. 6. С. 80–81. Более подробно также см.: Schacht Joseph. An Introduction to Islamic Law. N.Y.: Oxford University Press, 1982; Hallaq Wael. A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşul al-Fiqh. Cambridge University Press, 2007. P. 40–41.

ничтожными или дефектными. Сделка (действие) признается действительной, если ее характер и основные элементы, а также обстоятельства, связанные с ней, соответствуют нормам исламского права. Учитываются также предпосылки, необходимые условия и отсутствие препятствий для применения правовой нормы⁹.

Особенность исламского права состоит в том, что обе шкалы — религиозной и сугубо юридической оценки — применяются одновременно к одним и тем же фактам. Любые действия, не запрещаемые религией, допустимы с религиозной точки зрения и, таким образом, юридически законны. Если, например, договор купли-продажи заключен с соблюдением всех юридических требований, он не только разрешается религией, но также действителен и обязателен к исполнению. Вместе с тем нередко каждая из шкал оценивает ситуацию по-разному¹⁰. Это, в частности, относится к ситуациям, в которых применяются юридические уловки, когда сделка, заключаемая с использованием запрещенной уловки, может быть формально действительной, но запрещенной с точки зрения религиозной оценки, которая должна быть превалирующей.

В исламском праве существует также концепция превентивного запрета разрешенного, которая практически может приводить к порочным или запретным результатам. В практическом аспекте использование этой концепции состоит в предотвращении недобросовестного использования правовых средств для достижения неправового результата¹¹. Эта концепция прямо соотносится с важным религиозно-этическим принципом исламского права «следование предписанному и воздержание от [совершения] порицаемого». Законодатель как бы преграждает путь к юридически запрещенным деяниям, а человек, использующий уловку, наоборот, посредством ее открывает себе дорогу к таким незаконным результатам¹².

Кроме того, при оценке законности уловки (как и любого иного действия или сделки) с позиции исламского права должен обязательно применяться важный правовой принцип первостепенности учета в действиях людей намерения (*нийя*), основывающийся на высказывании Пророка: «Воистину дела по намерениям, и для каждого человека [воздаяние] по тому, что он вознамерился»¹³. Этот принцип предписывает при оценке действий (в нашем случае — финансовых инструментов), схем и сделок необходимость принимать во внимание реальные намерения (*нийя*) людей, имея в виду, что действительность намерения определяет действительность (законность) деяния¹⁴.

Необходимо отметить, что с позиций каждой из вышеприведенных концепций оценки использования правовых уловок в том виде, в котором они применяются в ИБФ (т.е.,

⁹ См.: Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории. С. 81–82.

¹⁰ См.: Там же. С. 82.

¹¹ См.: Encyclopaedia of Islam. 2nd ed. Vol. VIII. Leiden: Brill, 1960. P. 718.

¹² *Ибн Кайим ал-Джаузий Мухаммад бин Абу Бакр*. Извещение ожидающих о Господине миров: в 6 т. Эль-Риад, Саудовская Аравия, 1423 г/х. (на арабском языке). Т. 5. С. 66. См. также: Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве. С. 247; Постановления и рекомендации Совета исламской академии правопедения (*фикха*) / пер. с араб. М.Ф. Муртазина. М., 2003. С. 205–206.

¹³ См.: *Аль-Бухари Мухаммад бин Исмаил Абу Абдуллах аль-Джу'фи*. Достоверный краткий сборник сказаний о делах, преданиях и жизни Посланника Аллаха (Сахих ал-Бухари): 9 ч. в 4 т. Дар Таук аль-Наджат, Бейрут, Ливан, 1422 г/х (на араб. яз.). Ч. 9. Т. 4. С. 22.

¹⁴ См.: Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве. С. 253. См. также: Бизюков С.Н. К вопросу о понятии «нийя» и его роли в системе религиозно-правового регулирования шариата // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 9: Филология, Востоковедение, Журналистика. 2009. Вып. 2. Ч. 2. С. 241–247.

главным образом для обхода строгого запрета *риба* как ссудного процента), является с религиозно-этической точки зрения запретным, а с позиции исламского права — действительным или ничтожным.

Современная исламская банковско-финансовая система (ИБФ), являясь фактически единственным практическим воплощением исламской экономики (как науки и конкретной экономической деятельности), включает в себя собственно исламские банки, а также инвестиционные и страховые компании, благотворительные фонды, вакфы (неотчуждаемое имущество, выделенное или завещанное на религиозные и благотворительные цели и не облагаемое налогом *закят*), а также иные небанковские учреждения¹⁵. В источниках на русском языке удачным следует признать определение, предложенное Р.И. Беккиным: «Исламскую финансовую систему можно охарактеризовать как совокупность методов и механизмов финансирования, позволяющих осуществлять экономическую деятельность без нарушения базовых принципов, сформулированных в шариате (мусульманском праве)»¹⁶. К сожалению, указывая на то, что нельзя нарушать, автор не указал правовую основу регулирования функционированием этой системы. Кроме того, финансирование не является единственным видом деятельности исламских финансовых институтов.

Основными запретами, установленными шариатом в экономической и коммерческой сферах, во многом определяющими деятельность исламских банков и других финансовых институтов, являются: 1) *риба* (прибавок, лихва) — прежде всего в значении ссудного процента; 2) *гарар* (в значении «неопределенность», «риск», «опасность обмана», а в коммерции — продажа вещи, отсутствующей у продавца, или вещи, имеющей неопределенные свойства, а также иные случаи неопределенности в сделках); 3) *майсир* — в данном контексте означающий сделки, основанные на удаче, азартные игры, а также спекулятивные сделки¹⁷.

Указанные запреты являются основными факторами, наличие которых определяет действительность/недействительность сделки, а также устанавливает границы в совершении финансовых операций, которые не могут быть преодолены ни при каких условиях. При этом основным из них является запрет прибавка (*риба*), который в значении ссудного процента является центральным вопросом всей исламской экономики и деятельности исламских банков. В целом среди правоведов и банкиров сложился определенный консенсус по поводу того, что *риба* в ИБФ означает ссудный процент. Этот подход нашел единодушную поддержку на многих форумах, посвященных исламской экономике и банкингу и, в частности, вопросам запрета *риба* и ссудного процента. Это получило нормативно-правовое закрепление в Постановлении № 10 (10/2) от 22–28 декабря 1985 г. Совета Исламской академии правоповедения (*фикха*) при Организации Исламской Конференции (после 2011 г. — Организация исламского сотрудничества (далее — ОИС))¹⁸.

¹⁵ См., напр.: *Warde Ibrahim*. Islamic Finance in the Global Economy. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

¹⁶ См.: *Беккин Р.И.* Исламская экономическая модель и современность. М.: Издат. дом Марджани, 2010. С. 16.

¹⁷ См.: *Ayub Muhammad*. Understanding Islamic Finance. Chichester, England, 2007. P. 43.

¹⁸ См.: Постановления и рекомендации Исламской академии правоповедения (*фикха*). С. 31–32. Более подробно о *рибе* и ссудном проценте см.: *Беккин Р.И.* Исламская экономическая модель и современность. С. 45–54.

«Исламизация знаний» как путь хийал в современную ИБФ сферу

С появлением первых исламских банков к середине 70-х годов прошлого столетия началась широкая кампания по исламизации знаний (Islamization of Knowledge — ИОК), целью которой было объединение усилий мусульманских ученых для исламизации различных отраслей знаний, включая философию науки, психологию, антропологию, право, искусство, архитектуру и т.п., но прежде всего — сферу экономики¹⁹. Первая международная конференция по исламской экономике состоялась в феврале 1976 г. в Мекке. Впоследствии были проведены еще шесть подобных конференций (1983–2008). Кроме того, проводилось множество иных конференций, семинаров и симпозиумов, были написаны тысячи книг, статей, материалов к конференциям и т.п.²⁰ Именно в этот период для исламизации экономики были взяты традиционные формы контрактов, существовавшие в исламском праве со времен раннего Средневековья, а некоторые из них — с доисламских времен.

При этом были включены в оборот и формы сделок, сами с давних времен признанные уловками. В частности, в корпус материала, заимствованного для исламизации экономики, вошли, например, такие сделки, как *бай' ал-'ина*, *бай'ал-вафа*, *таваррук*, которые со времен Средневековья считались уловками для обхода запрета *риба* и до сих пор остаются таковыми. В своем новом качестве они были адаптированы для использования в банковской сфере как формы финансирования. Насколько эти адаптированные средневековые уловки стали соответствовать религиозно-правовым предписаниям ислама, мы рассмотрим ниже.

Юридические уловки в основных финансовых инструментах, применяемых в практике исламских банков

Наиболее простыми по своей схеме и, возможно, первыми по времени появления в исламской финансовой сфере и банковской практике уловками для обхода запрета *риба* являлись сделки категории *буйу' ал-аджал* (досл. — «сделки с отсрочкой платежа»), которые в общем смысле предполагают оплату товара в рассрочку или кредит под проценты. В практике, существующей в Малайзии и других странах, как синоним используется термин «*бай'би-таман аджил*» или ББА. Основой этого вида сделок является наиболее распространенный способ финансирования под процент, который был известен арабам еще в доисламскую эпоху и в раннем исламе, а именно — договор *бай' ал-'ина* (араб. — продажа или покупка в рассрочку или кредит), который по исламскому праву рассма-

¹⁹ См., напр.: *Siddiqi Mohammad Nejatullah*. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities // The American Journal of Islamic Social Sciences 28:3; *Zarqa Muhammad Anas*. Islamization of Economics: The Concept and Methodology // J.KAU: Islamic Econ. Vol. 16. № 1. P. 3–42 (1424 A.H / 2003 A.D); *Rahman Fazlur*. Islamization of Knowledge: A Response // The American Journal of Islamic Social Science. 1988. Vol. 5. № 1; *Toward Islamization of Disciplines*. International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought. Herndon, Virginia, 1989; *Dimas Bagus Wiranata Kusum*. Islamic World View and Islamization of Knowledge Agenda // URL: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> (дата обращения — 14 августа 2013 г.).

²⁰ *Haneef Mohamed Aslam, Furqani Hafas*. Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization // Thoughts on Economics. 2009. Vol. 19. № 04. P. 29–48 // URL: <http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> (дата обращения — 14 августа 2013 г.).

тривается как уловка для получения займа с ссудным процентом *риба* и представляет собой двойную куплю-продажу одной и той же вещи.

Сделка бай' ал-'ина со времен Средневековья представляет собой уловку для займа под проценты путем двойной продажи между одними и теми же лицами. Один человек (займодавец) продает другому (заемщику) какую-либо вещь (которая может реально и не передаваться) по цене в рассрочку, а затем выкупает вещь обратно с немедленной оплатой, но по меньшей цене. Разница между ценой в рассрочку и ценой обратного выкупа и составляла прибыль *риба*²¹. В другом варианте такой сделки один человек продает в кредит вещь другому и тут же обратно покупает ее с оплатой немедленно, но за меньшую цену без процентов за рассрочку, а разница между двумя суммами составляет *риба*²². В сделках *бай' ал-'ина* существуют разновидности, когда продается вещь, по которой уже уплачивается кредит, для приобретения вещи с более продолжительным сроком кредита. В общем смысле все разновидности этих сделок *бай' ал-'ина* представляют собой уловку для прикрытия займа под проценты, т.е. обход запрета *риба*²³. Известный ученый Вахба Зухайли подчеркивает, что с чисто правовой точки зрения сделки *ал-'ина* разными правоведомы прошлого признавались как недействительными (*фасид*), так и ничтожными (*батил*)²⁴. Кроме того, учитывая, что разница между двумя суммами составляет излишек или *риба* для владельца вещи, он, выкупая свою вещь, совершает мнимую сделку²⁵. Мнимая сделка, т.е. сделка, совершенная лишь для вида, без намерения создать соответствующие правовые последствия, в исламском праве считается ничтожной.

Эта форма сделок официально применяется в Пакистане, где наиболее распространенной сделкой финансирования с маржой (*mark-up financing*) является договор двойной продажи *'ина*. Например, фирма, которой требуется финансирование оборотных средств, продает свой товар банку с немедленным получением денежных средств и сразу же выкупает этот товар с рассрочкой в кредит. В такой схеме стороны даже не утруждают себя указанием характеристик товара. Банковская система Малайзии также использует эту форму сделок²⁶. При этом необходимо отметить, что концепция *бай' ал-'ина* используется в Малайзии в исламской банковской системе и на рынке ценных бумаг для удовлетворения потребностей в свободных денежных средствах участников финансового рынка со того времени, когда исламская финансовая система только появилась в стране. Кроме этого, концепция сделок *бай' ал-'ина* применяется в Малайзии для обеспечения конкурентоспособности ее финансовой системы по сравнению с обычной (конвенциональной) банковской системой. Она также применяется в рыночных денежных транзакциях, выпуске долговых ценных бумаг (бондов), секьюритизации (обращении в ценные бумаги) долговых обязательств.

Другой популярной уловкой является продажа имущества с правом обратного выкупа *бай' ал-вафа* (араб. — продажа под обещание возможности обратного выкупа), при которой заемщик, владеющий имуществом, продает его займодавцу, который в свою очередь сдает это имущество заемщику в аренду и в качестве арендной платы по-

²¹ См.: Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его источники: в 8 т. Т. 4. Дамаск, 1985. С. 467 (на араб. яз.).

²² См.: Там же.

²³ См.: Там же.

²⁴ См.: Там же. С. 468.

²⁵ См.: Там же. С. 467.

²⁶ См.: Vogel F.E., Hayes S.L. III. Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return. Leiden — London: BRILL, 2006. P. 40.

лучает сумму ссудного процента. Займодавец затем получает право выкупить это имущество по изначальной цене продажи²⁷. Несмотря на осуждение со стороны Академии фикха при Организации исламского сотрудничества, договоры *бай' ал-вафа*, по некоторым сведениям, используются даже в странах Персидского залива²⁸. Кстати, договоры *бай' ал-вафа* запрещены светским законодательством ряда арабских стран — например, ст. 465 Гражданского кодекса Египта²⁹.

Схема *таваррук* может рассматриваться как усовершенствованный вариант сделки *бай' ал-'ина*, в котором участвуют уже три лица. Нуждающийся в денежных средствах человек покупает какой-нибудь товар в кредит и тут же продает его третьему лицу с немедленной оплатой. *Таваррук* является финансовой схемой, которая используется с давних времен в классической исламской юриспруденции. Зухайли, объясняя эту схему, указывает, что этимология слова «*таваррук*» идет от слов *варк*, *вирк* и *вурк* в значении «серебро, серебряные монеты, дирхамы». С помощью *таваррука* кредитор становится богатым, получая серебряные монеты или (в современном мире) обычные деньги³⁰. В экономическом значении *таваррук* означает покупку товара на условии рассрочки платежа и затем его продажу другому лицу (но не продавцу товара) на условии немедленной оплаты, но за меньшую сумму. Сторонами сделки являются продавец или кредитор (*муваррик*), покупатель товара (*муставрик* или *мутаваррик*), а предметом сделки — товар, свойства и характеристики которого обычно значения не имеют. В современных условиях понятие «*таваррук*» в юридико-техническом смысле означает «сделку, при которой человек покупает товар [у покупателя] в кредит и продает его за наличные третьему лицу по цене меньше той, по которой он изначально купил [этот товар], и, тем самым, смог приобрести [в кредит] наличные деньги»³¹. Вместе с тем при применении схемы *таваррук* в операциях исламских банков для целей финансирования у покупателя-клиента отсутствует реальное намерение фактически приобрести или продать какой-либо товар. Его единственной целью является получение от банка денежных средств или иной ликвидности.

В отличие от обычной классической схемы *таваррук* исламские банки практикуют так называемый *таваррук муназзам*, или *организованный таваррук*. Современная схема организованного *таваррука* подразумевает, что нуждающийся в финансировании участник сделки (*муставрик*) через свой банк покупает товар на местном или международном рынке на условии отсрочки платежа. Банк-*муваррик* организует эту сделку купли-продажи самостоятельно или через своего агента, продавая товар *муставрику*. Одновременно участник-*муставрик* и финансовый институт-*муваррик* совершают сделку купли-продажи товара, где финансист-*муваррик* покупает у *муставрика* указанный товар обычно за низкую спотовую цену. Из этого вида сделки образуется схема *обратного (или реверсивного) таваррука*, когда финансирование требуется исламскому банку. Она сход-

²⁷ См.: Ibid. P. 39.

²⁸ См.: Ibidem.

²⁹ См.: Гражданский кодекс Арабской Республики Египет. Каир: Изд-во Профсоюза адвокатов, 2006. Ст. 465 (на араб. яз.).

³⁰ См.: *Al-Zuhaili Wahbah*. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq. P. 2 // URL <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (дата обращения — 12 сентября 2013 г.).

³¹ См.: Энциклопедия фикха. Т. 14. Эль-Кувейт, 1990. С. 147 (на араб. яз.); *Uslmani M.T. Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications*. P. 1 // URL: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Tawarruq-by-Taqi-Usmani> (дата обращения — 22 октября 2013 г.).

на со сделкой организованного *таваррука*, но *муставриком* является исламский банк, который в этой схеме выступает как клиент, нуждающийся в финансировании³².

Схема *таваррука* является очень популярным методом финансирования и, возможно, наиболее часто используемой, а иногда и единственной схемой обеспечения ликвидности по сравнению, например, с применяемыми в Малайзии сделками *бай'би-таман аджил* и *бай' ал-'ина*. *Таваррук* используется практически во всех странах, в которых существует исламская финансовая система. Эта схема является основой для сделок с кредитными банковскими картами (в основном в странах Персидского залива), а биржа Малайзии (Bursa Malaysia) продолжает совершенствовать платформу для использования схемы *таваррук*³³.

Несмотря на все выгоды и преимущества для исламских банков, которые представляются использованием различных схем и моделей организованного *таваррука*, Международный совет Академии фикха (МСАФ) при ОИС принял решение о признании организованного *таваррука* неприемлемым для использования (Решение 179/9/5 от 26–30 апреля 2009 г.). В качестве основной причины такого решения указывается, что эта схема входит в противоречие с *макасид аш-шари'а* — основополагающими целями шариата³⁴. Впрочем, необходимо отметить, что указанное Решение МСАФ каких-либо заметных изменений в практике использования организованного *таваррука* исламскими банками не вызвало. Жизнь *таваррука* продолжается, так как в ней заложены серьезные коммерческие интересы.

Договор *мурабаха* считается финансовым инструментом, наиболее часто применяемым современными исламскими банками. Эта форма договора является древней формой финансирования, известной еще с доисламских времен. В Средние века *мурабаха* была просто контрактом, использовавшимся в торговле товарами по первоначальной известной покупной цене с известной наценкой (*зийада рибх*), которая могла быть выражена конкретной суммой или в десятых долях от первоначальной цены. При заключении такого договора продавец сообщал свои затраты или первоначальную цену приобретения, а также сумму наценки. Наценка могла начисляться на первоначальную стоимость всего товара или на его отдельные части³⁵. Необходимым условием юридической действительности договора *мурабаха*, а также других договоров, относящихся к этой группе (договоры *тавлиия*, *ширак* и *вади'а*), было знание покупателем начальной

³² См.: OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 / ISRA Portal 20 Mar. 2010 // URL: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.); *Al-Zuhaili Wahbah*. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq. P. 16–17 // URL: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (дата обращения — 2 ноября 2013 г.).

³³ *Nikan Firoozie*. Tawarruq: Shariah Risk or Banking Conundrum? // *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, issue 1, 23 June. 2009. P. 4 // URL: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> (дата обращения — 2 ноября 2013 г.).

³⁴ См.: OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 / ISRA Portal 20 Mar. 2010 // URL: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.); *Khan Salman H.* Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? // *Islamic Finance News*. 4th September. 2009. P. 17 // URL: <https://www.google.ru/url?sa=t&rcct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqnJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUWfjVovHbN0yWWR1pR260Fw&bv=bv.55819444.d.bGE&cad=rjt> (дата обращения — 6 ноября 2013 г.).

³⁵ См.: *Аз-Зухайли Вахба*. Исламский фикх и его источники. Т. 4. С. 703–704.

цены товара или цены приобретения вещи продавцом для справедливого назначения суммы наценки³⁶. Зухайли подчеркивает, что наличие денежной составляющей *риба* в первоначальной цене товара не позволяет владельцу продавать этот товар через сделку *мурабаха*, но можно для этого использовать договоры *тавлиа* или *ишрак*³⁷.

Впоследствии, когда эта схема торгового контракта стала применяться исламскими банками в качестве инструмента финансирования, раскрытие информации о компонентах, составляющих наценку, прекратилось, а механизм финансирования стал очень похож на разновидность займа под проценты. При этой схеме банк договаривается с клиентом купить от имени последнего некий товар по цене, соответствующей размеру необходимого финансирования, а затем продать его клиенту с отсрочкой оплаты и наценкой, всегда отражающей обычную принятую в конкретной местности ставку процента. Характеристики товара не имеют значения для обеих сторон, а сам товар может не выбывать из владения продавца³⁸.

Как развитие вышеприведенной схемы существует ее разновидность «*commodity murabah*» (товарная *мурабаха*), если эта форма договора применяется совместно с исламским банком, который покупает указанный покупателем товар у брокера на товарном рынке на условиях немедленной оплаты, а затем продает товар клиенту в рассрочку с оплатой своих текущих расходов, связанных со сделкой, которые в реальности являются процентами. Обычно продажа товара основывается на известной заранее цене. Если цена не известна или не определена, то продажа может осуществляться на основе получаемого дохода и компенсации расходов, понесенных продавцом при приобретении товара. Оплата производится при передаче товара. Если в такой сделке товар продается в кредит, то сумма, уплачиваемая покупателем, увеличивается сообразно длительности рассрочки платежа. В случае, когда надбавка начисляется на цену товара, законный договор *мурабаха* утрачивает основания своей законности и допустимости с точки зрения шариата и становится обычной сделкой, содержащей запретную *рибу*.

Несмотря на лишь видимость соответствия финансовой схемы *мурабаха* правилам шариата, современные исламские ученые одобряют этот способ действия в качестве переходного механизма, ссылаясь на кажущееся им уместным правило насущной необходимости «*дарура*». Вместе с тем финансовые эксперты оценивают, что схема финансирования *мурабаха*, составляющая в настоящее время 80–90% объемов всех совершаемых сделок³⁹, обеспечивает большую часть финансовых поступлений в исламскую банковско-финансовую систему и не может в ближайшее время быть заменена другой, более подходящей (более соответствующей шариату) схемой⁴⁰.

³⁶ См.: Там же. С. 704.

³⁷ См.: Там же. С. 706.

³⁸ См.: *Namoudi Haider Ala*. You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance // *Virginia Journal of International Law*. Vol. 48. Issue 2. 2008. P. 291–292.

³⁹ См. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murāba ah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. № 1–2. P. 90; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. № 11 (2). P. 123 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁴⁰ См.: *Qazi Irfan*. Murabaha Financing VS Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba. 2008. July 22 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (дата обращения — 29 октября 2013 г.).

Схема *мурабаха* широко применялась с самого начала деятельности исламских банков в Малайзии. К настоящему времени концепция *мурабаха* получила дальнейшее развитие в качестве финансового продукта, применяемого для получения ликвидности от различных финансовых институтов Малайзии, для чего существует специальная Программа товарной *мурабахи* (Commodity Murabahah Programme — СМР)⁴¹. Рассматривая вопрос схожести механизмов финансовой *мурабахи* и конвенциональной системы долгового финансирования под процент, следует отметить отсутствие практических различий между финансированием по схеме *мурабахи* и финансированием, основанным на других классических торговых контрактах, описанных в шариате и исламском *фикхе*, например, *бай' би-таман аджил* или *бай' муа'джал*⁴². Необходимо отметить, что эти формы договоров являются более современными аналогами средневекового договора-уловки *бай' ал-'ина*.

К этому стоит добавить закономерный вопрос о порядке и структуре формирования у исламского банка прибыли сверх расходов по договору товарной *мурабахи*, а именно — соответствует ли такая схема принципу законности сделки с точки зрения исламского права. При использовании финансирования при схеме *мурабаха* ставка прибыли банка определяется ее элементами, которые также используются в конвенциональном банкинге. Сюда включаются размер суммы кредита, накладные расходы, премия за риск и банковская надбавка. В то же время надбавка (ставка прибыли), определяемая исламской банковской системой, также соотносится со ставкой LIBOR (Лондонская межбанковская ставка предложения)⁴³. Подобная взаимосвязь прибыли исламского банка, начисляемая к сумме финансирования (а не наценка к первоначальной стоимости формально используемого в сделке товара), ясно свидетельствует о притворности и, соответственно, ничтожности с точки зрения шариата *такой* сделки *мурабаха*, совершаемой с целью прикрыть другую реально осуществляемую сделку (финансирование исламским банком под ставку процента). Данная схема будет ничтожной и по причине прямого нарушения запрета *риба* с помощью такой уловки.

Относительно таких сделок Абдулла Саид поясняет, что ставки ссудного процента принимаются во внимание при определении банковской маржи, начисляемой на сделку *murābaḥa*, как мера против инфляции. При этом размер маржи и ставка коммерческого процента сопоставимы друг с другом. Абдулла Саид высказывает предположение, что определение ставки прибыли при сделке *мурабаха* должно основываться на процентной ставке коммерческих банков⁴⁴. Существуют и другие варианты определения ставки банковской маржи⁴⁵. Из этого можно сделать вывод, что схема «товарной *мурабахи*», полностью отличающейся от своего классического аналога, в юридическом смысле яв-

⁴¹ См.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Shariah Views on the Components of Profit Rate / Al-Murabahah Asset Financing in Malaysian Islamic Bank // World Academy of Science, Engineering and Technology. 2012. № 67. P. 1311 // URL: <http://www.waset.org/journals/waset/v67/v67-238.pdf> (дата обращения — 5 июня 2013 г.).

⁴² См.: Qazi Irfan. Murabaha Financing vs Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba. 2008. July 22 // URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (дата обращения — 29 октября 2013 г.).

⁴³ См.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Op. cit.

⁴⁴ Saeed Abdullah. Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation. Leiden: Brill, 1999. P. 81–83.

⁴⁵ Подробнее см.: M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Op. cit.

ляется притворной сделкой, прикрывающей реальные отношения исламского банка с клиентами по финансированию под ссудный процент *риба*, подпадающий под строгий религиозно-правовой запрет. Вместе с тем использование схемы финансовой *мурабахи* позволяет исламской банковской системе конкурировать с обычными коммерческими банками, так как подавляющее число сделок и наибольший объем финансирования (80–90% и более в зависимости от страны) осуществляются с применением данной схемы.

Альтернативами механизма *мурабаха* для генерирования оборотного капитала для бизнеса и потребительского кредитования являются схема *бай' ал-'ина*, применяемая в Малайзии, и схема *таваррука*, используемая в странах Персидского залива⁴⁶.

Концепция симметричного разделения прибылей и убытков между участниками финансовой операции (Profit-and-Loss Sharing — PLS), завершающая рассмотрение исламских финансовых инструментов и схем, используемых в ИБФ, практически всеми исламскими авторами декларируется в качестве основного принципа построения правоотношения исламского банка с клиентами⁴⁷.

Концепция PLS в исламском банкинге реализуется в двух сходных видах сделок: *мудароба* и *мушарака*, которые известны в исламе с давних времен, а в современной банковской системе адаптированы как финансовые инструменты. Эта концепция, т.е. принцип симметричного разделения прибылей и убытков, впервые была обозначена еще в 40-х годах прошлого века в трудах исламских ученых Анвара Икбала Куреши «Islam and the Theory of Interest»⁴⁸ и шейха Махмуда Ахмада «Economics of Islam: A Comparative Study»⁴⁹. Концепция получила дальнейшее развитие в трудах Мухаммада Узайра⁵⁰ и Мухаммада Неджатуллы Сиддики «Banking Without Interest»⁵¹, который распространил сферу применения принципа PLS на отношения между коммерческими банками и центральным банком. Можно сказать, что вклад Сиддики заключался в представлении целостной картины исламской финансовой системы, основанной на концепции *мудароба*⁵².

⁴⁶ См.: *Alsayyed Nidal*. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective // MPRA Paper. 2010. 27 January. No 20262. P. 4 // URL: http://mpr.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf (дата обращения — 20 сентября 2013 г.).

⁴⁷ См., напр.: *El-Hawary Dahlia, Grais Wafik, Iqbal Zamir*. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated // World Bank Policy Research Working Paper. March 2004. No 3227. P.5–6 // URL: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSPContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (дата обращения — 10 мая 2013 г.); *Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K.* Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation 12.8.2007. P. 11 // URL: <http://www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehmaterialien/hassan-lewis-praesentation> (дата обращения — 10 мая 2013 г.); *Feisal Khan*. How 'Islamic' is Islamic Banking? // Journal of Economic Behavior & Organization. 2010. No 76. P. 807 // URL: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268110001940> (дата обращения — 20 мая 2013 г.).

⁴⁸ См.: *Qureshi Anwar Iqbal*. Islam and the Theory of Interest. 1st ed. Lahore: Ashraf, 1945.

⁴⁹ См.: *Mahmud Ahmad Shaikh*. Economics of Islam: A Comparative Study. Idarah-i-Adabiyat, Delhi, 1947; *Shaikh Mahmud Ahmad*. Economics of Islam: A Comparative Study. Lahore: Ashraf, 1947.

⁵⁰ См.: *Uzair Mohammad*. Interest Free Banking. Karachi: Royal Book Company, 1978.

⁵¹ См.: *Siddiqi Muhammad Nejatullah*. Banking Without Interest // The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983.

⁵² См.: *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation and New Horizons // Asian and African Area Studies. 2012. No 11 (2). P. 114–136 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.); см. также: *Siddiqi Muhammad Nejatullah*. Issues in Islamic Banking: Selected Papers // The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983. P. 97–105.

Наиболее полно концепция симметричного разделения прибылей и убытков реализуется в схеме *мудараба*, которая в западной терминологии соответствует понятиям *sleeping partnership* или *commenda partnership*, а в российской правовой терминологии — товарищество на вере или коммандитное товарищество (ст. 82–85 Гражданского кодекса Российской Федерации).

Понятие и практика *мудараба* существовала в Аравии — очевидно, еще с доисламской эпохи. Слова и фразы, производные от *мудараба*, содержатся в Коране, *мудараба* упоминается и в Сунне. Сделка *мудараба* или товарищество (*ширкат*) *мудараба* в терминологии жителей Ирака (синоним, использовавшийся в Хиджазе — *кырад* или *мукарада*, а также нейтральный синоним *му'амала*) относились к разновидности партнерства или товарищества. В правовом смысле этот вид товарищества предполагает, что владелец имущества *рабб ал-мал* наделяет им своего партнера-предпринимателя (*мудариб*) для ведения торговли или иной коммерческой деятельности. Полученная прибыль делится в заранее установленной пропорции, а убытки единолично несет владелец имущества⁵³. Вахба Зухайли выделяет два вида классической *мударабы*: *мудараба мутлака* (абсолютная *мудараба*), когда владелец имущества дает предпринимателю-*мударibu* деньги или имущество без какого-либо ограничения, указывая только то, как будет делиться прибыль; *мудараба мукаййада* (ограниченная *мудараба*), когда владелец имущества предоставляет предпринимателю деньги или товар для торговли в определенном городе или районе или устанавливает другие условия⁵⁴.

Схема *мушарака* (товарищество), которая нами не рассматривается в контексте применения юридических уловок, в определенных деталях сходна с *мударабой* и представляет собой способ финансирования, также принятый в исламских банках.

В идеальном виде банковская деятельность без ссудного процента, в которой реализуется принцип пропорционального разделения прибыли и убытков, основывается на концепции *мудараба* — коммандитного товарищества. Схема двухступенчатой *мударабы* представляет собой форму отношений, в которой наиболее полно реализуется принцип разделения прибыли и убытков. В этой схеме на первой стадии исламский банк, действуя в качестве *мудариб*, выполняет роль финансового посредника по мобилизации денежных средств из сберегательных и накопительных вкладов, получаемых от вкладчиков-физических лиц (коллективно обозначаемых и действующих как единый вкладчик — *rabb al-māl*). На второй стадии исламский банк, действуя уже как инвестор, направляет эти мобилизованные средства управляющим-*мударибам* в сделках *мудараба*, заключенных банком на основе принципа PLS партнерства⁵⁵.

На практике исламские банки отклоняются от двухступенчатой схемы PLS. Со стороны депозитов большинство средств (в денежном выражении) мобилизуются на основании договоров *мудараба PLS*, хотя здесь задействованы также депозиты, сформированные на беспроцентной основе как беспроцентный «хороший» заем, или сберегательные вклады, на которые исламский банк может делать платежи *ex gratia* (добро-

⁵³ См.: Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его характерные черты. С. 836–837.

⁵⁴ См.: Там же. С. 840.

⁵⁵ См.: Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // Review of Islamic Economics. Vol. 11. Special Issue. 2007. P. 7–8; Nagaoka Shinsuke. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // Asian and African Area Studies. 2012. No 11 (2). P. 119 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

вольно). Однако со стороны активов инструменты PLS используются крайне редко⁵⁶. Вместо них значительно чаще используются различные варианты квазидолговых способов финансирования, предназначенных для использования в коммерческих сделках, включающих заранее согласованные формулы раздела прибыли. Например, вместо того, чтобы давать заем клиенту для покупки имущества или товара, исламский банк покупает этот актив самостоятельно, а затем перепродает его покупателю с заранее установленной долей прибыли.

Для обеспечения большей безопасности сделки и защиты от риска неполучения платежа банк предпочитает использовать схему финансовой или «товарной» *мурабахи* (в которой товар играет вспомогательную формальную роль как предлог для получения финансирования) и самостоятельно участвовать в договоре покупки и перепродажи товара по схеме *мурабаха*. С помощью этой схемы банк по заказу клиента самостоятельно приобретает имущество у поставщика, затем перепродает его клиенту на условиях «плюс затраты и наценка», а сам получает оплату с рассрочкой или по частям, включая свою прибыль. Отклонение такого типа финансирования с наценкой (*mark-up*) от идеальной схемы финансирования товарищества по принципу PLS (при котором распределение прибыли обуславливается конечными результатами или судьбой проекта) всегда было и продолжает быть источником разногласий между практиками-банкирами и специалистами по шариату и исламскому праву⁵⁷.

Иными словами, в декларируемом основном принципе деятельности исламского банкинга по симметричному разделению прибылей и убытков, реализуемом в «идеальной» двухступенчатой схеме *мударобы*, успешно действует только первая ступень — стадия мобилизации денежных ресурсов из депозитов и сберегательных счетов вкладчиков. На этой стадии банк действует как *мудариб*, призванный управлять средствами и, при получении прибыли, — уплачивать по этим счетам добровольные премии, которые в некоторых случаях можно расценивать как ссудный процент. Вторая ступень указанной схемы в режиме PLS практически не используется или используется редко. В основном применяется более надежная, но с элементами долгового конвенционального финансирования схема финансовой *мурабахи*, которую многие авторы считают разновидностью уловок. Однако эта *мурабаха* на современном этапе является самой популярной схемой финансирования, поэтому любой упрек в ее сторону просто экономически вреден.

По этому поводу уместно привести мнение бывшего председателя Федерального шариатского суда Пакистана доктора Танзилура Рахмана, который пишет: «Нельзя отрицать тот факт, что две важнейших альтернативы или замены *рибы* — *мудароба* и *мушарака* — не смогли привлечь [должное внимание] исламских банков и финансовых институтов в течение последних двадцати лет. Я могу сказать, что [их] ответная реакция была слишком незначительна, по крайней мере, в Пакистане. Я знаю, что только благодаря личным усилиям бывшего президента Пакистана генерала Зия [уль-Хака] в течение 1980–1985 гг. всего лишь несколько соглашений *мушарака* между банками и част-

⁵⁶ Подробнее см. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murābahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 72–91; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. No 11 (2). P. 114–136 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁵⁷ См.: *Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K*. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // *Review of Islamic Economics*. Vol. 11. Special Issue. 2007. P. 8.

ными лицами смогли быть доведены до конца, только после того, как банки согласились на определенное облегчение условий в подготовленном ими первоначальном проекте соглашения *Мушарака*⁵⁸. В ряде случаев наблюдалось, отмечает Рахман, что схема финансирования *мудароба* как альтернатива *рибе* работала только в качестве инструмента для привлечения денежных средств⁵⁹.

Все сказанное о практической реализации декларируемого в качестве основного принципа разделения прибылей и убытков в деятельности исламских банков объясняет удручающую статистику, приведенную Синсукэ Нагаокой по банкам Bank Islam Malaysia Berhad (BIMP) (1984–2006) и Bank Islam Malaysia (1984–2009) по способам финансирования в процентах от общих объемов финансирования. Доли этих объемов по схемам финансирования *muḍāraba/mushāraka* (которые и основываются на принципе PLS) за указанные периоды в среднем составили не более 1,7%, в то время как соответствующие объемы по схемам *мурабаха* за эти же периоды достигали 80–90%⁶⁰. Подобная статистика по другим исламским странам и банкам может отличаться, но несущественно.

Уловки и шариат в ИБФ XXI века: некоторые выводы и соображения

В результате рассмотрения основных финансовых инструментов, применяемых в современной исламской банковско-финансовой системе, можно сделать вывод, что практически все они (кроме схемы *мудароба* PLS, используемой крайне мало и почти исключительно для мобилизации денежных средств, находящихся на счетах вкладчиков банков, для последующего финансирования бизнеса) являются юридическими уловками или используются в качестве таковых. Такой вывод разделяет и Мухаммад Тахир Мансури, известный исламский специалист по уловкам в ИБФ⁶¹.

Следует обратить внимание, что воспринятые исламской банковской системой и адаптированные для использования в современном банкинге архаичные средневековые формы договоров, предназначенные в основном для мелкоотраслевых сделок и уже в тогда признававшихся уловками, продолжили свое существование в современной системе ИБФ в несколько измененном виде, но в том же качестве юридических уловок — например, сделки *бай’ ал-‘ина*, *бай’ би-таман аджил*, *бай’ ал-вафа*, *таваррук* и «организованный» *таваррук*. Интересно и другое: архаичные формы сделок, считавшихся в Средневековье вполне законными, попали в ИБФ и после некоторого косметического преобразования и изменения мелкоотраслевой сферы применения на сферу финансовых операций превратились в популярные уловки — например, схемы договоров финансирования по типу «товарная» *мурабаха* и др.

⁵⁸ См.: *Rahman Tanzilur*. Mudaraba and the Pakistan Perspective. P. 18 // URL: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> (дата обращения — 20 октября 2013 г.)

⁵⁹ См.: *Ibid*. P. 19.

⁶⁰ См. статистические таблицы: *Nagaoka Shinsuke*. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murābahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 90; *Nagaoka Shinsuke*. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons // *Asian and African Area Studies*. 2012. No 11 (2). P. 123 // URL: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (дата обращения — 10 ноября 2013 г.).

⁶¹ См.: *Mansoori Muhammad Tahir*. Use of *ḥiyal* in Islamic Finance and its *Sharī‘ah* Legitimacy // *Journal of Islamic Business and Management*. Vol. 1. 2011. № 1. P. 84.

Нельзя сказать, что исламские религиозные деятели и правоведы оставались безучастными к интенсивному использованию юридических уловок в деятельности банков. Правомочность исламского банкинга с точки зрения его соответствия шариату неоднократно была предметом жарких споров о том, что современная исламская банковская практика по своей сути не является исламской по причине интенсивного использования *хийал* для обхода шариатских запретов, касающихся *риба* и *гарар*. Ученые, придерживавшиеся этой позиции, к категории уловок также причисляли сделки *мурабаха* и *ид-жара* (лизинг, аренда), которые по сути являются *хийал*, но не реальными исламскими альтернативами конвенциональному банкингу.

По этим и другим причинам 29 августа 2008 г. ученые, принадлежащие к ведущим религиозным школам Пакистана, издали *фетву*, в которой было объявлено, что существующие в стране исламские банки не являются по своей сути исламскими. Основным доводом являлось то, что их деятельность в основном построена на уловках *хийал*, что нарушало высшие цели шариата (*макасид аш-шари'а*). При этом, как считали ученые, разработанные банками финансовые продукты, могли соответствовать букве исламского права, но противоречили его духу и целям⁶².

Теоретически предполагается (и в это верят миллионы правоверных мусульман во многих странах мира), что исламская банковско-финансовая сфера основывается на предписаниях шариата, относящихся к средневековой коммерческой деятельности и торговле и впоследствии адаптированных в трудах современных ученых и в практике исламских банков к экономическим реалиям и потребностям исламских финансов, что привело к созданию новой отрасли исламского религиозного права. Например, российский автор Р.И. Беккин утверждал, что «исламская экономика — основанный на положениях Корана и Сунны, а также выводах мусульманско-правовой доктрины способ организации хозяйственной жизни общества»⁶³. И это абсолютно справедливо, если экономика исламская. Но когда в большинстве схем финансирования, применяемых в исламском банкинге во всех странах, где он функционирует, постоянно нарушаются содержащиеся в Коране и Сунне строгие запреты *рибы* и *гарар*, то разве такой банкинг — исламский? Вопрос риторический.

Так называемый «финансовый *фикх*» в том виде, в каком можно представить его существование в трудах исламских и западных авторов (иногда несогласных друг с другом), является сугубо искусственным продуктом, состоящим порой из различных мнений ученых, внесивших свой вклад в этот продукт в отсутствие каких-либо полномочий от компетентного государственного органа. Подобный «финансовый *фикх*», если он будет кем-то и когда-то систематизирован, все равно не сможет стать правовым или религиозно-правовым регулятором банковско-финансовой сферы, поскольку он не включен в действующую правовую систему. Данный регулятор может выполнять свое предназначение при условии наличия в нем юридического механизма для изменения действующих правовых норм, их толкования, применения мер ответственности за нарушение религиозно-правовых норм, признания сделок недействительными или ничтожными через соответствующую судебную систему, действующую в соответствии с таким религиозно-государственным законом.

В ряде исламских стран (например, в Пакистане и Малайзии) приняты законы, регулирующие деятельность исламских банков с позиций исламского права. Однако их

⁶² См.: Mansoori Muhammad Tahir. Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy // Journal of Islamic Business and Management. Vol. 1. 2011. № 1. P. 70–71.

⁶³ Круглый стол «Исламская экономика», 22 декабря 2008 г. // Труды Вольного экономического общества России. Т. 106. 2009. № 1. М., 2009. С. 93–136.

судебная система (как вообще в подавляющем большинстве исламских стран) основана и действует в соответствии со светскими законами.

В таких условиях чрезвычайно показательной является судьба исков ряда граждан Малайзии к крупнейшему исламскому банку Bank Islam Malaysia Bhd (Bank Islam) о незаконности взыскания процентов при дефолте граждан по уплате платежей по договорам *бай' би-таман аджил* (продажа с оплатой в кредит/рассрочку) для целей домашнего финансирования. В сентябре 2008 г. суд первой инстанции в многотомном решении иски удовлетворил, указав, что контракты *бай' би-таман аджил* противоречат действующим в Малайзии правилам функционирования исламских банков, а именно Закону об исламских банках 1983 г. (Islamic Banking Act 1983). В марте 2009 г. Апелляционный суд рассмотрел апелляции банка и, к радости всех банкиров Малайзии, отменил ранее принятое решение, указав, что сделки *бай' би-таман аджил* как операции в сфере торговли являются законными и соответствуют правилам шариата. Взыскание процентов при дефолте заемщиков также является законным, так как эти договоры относятся к торговле товарами, а не к заемным (финансовым) операциям, поэтому и начисление процентов допустимо в качестве наценки⁶⁴.

Вынесенное апелляционным судом решение абсурдно в исламской стране с действующей системой ИБФ: всем известно, что договоры *бай' би-таман аджил* в исламском банковском секторе в настоящее время являются исключительно договорами финансирования, а «торговля товарами» служит лишь уловкой для прикрытия договора займа под проценты. Это решение показывает, что даже квазиисламское законодательство (в нашем примере это малазийский Закон об исламских банках 1983 г., основанный на соответствующих нормах исламского права) и суд, деятельность которого регулируется светским законодательством, не обращают внимания на такие «мелочи», как использование юридических уловок при совершении сделок, направленных на обход запрета *рибы*.

Мухаммад Бакир ас-Садр, автор классического труда «Наша экономика», писал: «Исламская экономика... является частью религии ислама, которая распространяется на все сферы жизни»⁶⁵. Подчеркивая роль религии и исламского государства, он также указывал, что экономическая наука может реально зародиться только тогда, когда она будет претворяться в жизнь в обществе, полностью основанном на шариате⁶⁶. Если признать это утверждение правильным в качестве условия для функционирования исламской экономики и ИБФ, то получается, что в современных условиях исламская экономика и исламская банковско-финансовая сфера, действующие в полном соответствии с шариатом, практически невозможны. В настоящее время среди мусульманских стран, декларативно-формально провозгласивших шариат основой своего законодательства, нет таких, в которых исламское право являлось бы действующей правовой системой, составляющей основу законодательства государства.

Более того, исламское право не регулирует деятельность исламских банковско-финансовых институтов, а в исламской финансовой сфере предписания шариата приме-

⁶⁴ См. подробнее: Malaysia's Court of Appeal reverses High Court BBA ruling // Islamic Finance Asia Wednesday, April 1, 2009 // URL: <http://islamicfinanceasia.blogspot.com/2009/04/malaysias-court-of-appeal-reverses-high.html> (дата обращения — 7 ноября 2013 г.).

⁶⁵ См.: Muhammad Bāqir as-Sadr. Iqtisaduna (Our Economics). Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). 2nd ed. Vol.1. Part 2. Tehran Iran, 1994. P. 89.

⁶⁶ См.: Khan Mohd Lateef. Economic Thought of Muhammad Baqir al-Sadr: A Study of Iqtisaduna (Our Economics). Master of Philosophy dissertation. University of Kashmir, September 2011. P. 122–123 // URL: <http://dspace.uok.edu.in/jspui/bitstream/1/1142/1/M.Phil%20Disseratation%20by%20Mohd%20Lateef%20Khan%20Islamic%20Studies.pdf> (дата обращения — 25 августа 2014 г.).

няются в качестве этических принципов, но не правовых норм⁶⁷. За нарушение предписаний шариата можно стыдиться, но оставаться спокойным — юридическая или религиозно-правовая ответственность не наступает.

Следует добавить, что в сфере финансов исламское право более не воспринимается как «право», а рассматривается как «риск». Назначение права в сфере финансов — обеспечивать безопасность сделки юридически, т.е. гарантировать, что сделка при необходимости может быть исполнена принудительно через судебную процедуру. В системе исламских финансов роль исламского права существенно иная — ссылка на правила шариата может повредить принудительному исполнению сделки в суде общей юрисдикции, применяющего нормы действующего светского закона⁶⁸. Вероятность оспоримости исламской финансовой сделки по причине несоответствия исламскому праву называется «шариатский риск» (Shariat risk). Сейчас понятие «шариатский риск» отражает изменившуюся и даже приниженную роль исламского права в сфере исламских финансов⁶⁹.

Основным предназначением юридических уловок, применяемых в современной исламской банковско-финансовой сфере, является обход содержащегося в Коране запрета получения и уплаты прибыли *«риба»*, формируемого в результате совершения финансовых операций. Практически все рассмотренные исламские финансовые инструменты и схемы построены на таких уловках. Очевидно, что в современных условиях высокой конкуренции с конвенциональными банками в исламских странах и, особенно, в области международных финансов, эта исламская банковско-финансовая модель без использования уловок для обхода запрета ссудного процента *риба* становится неконкурентоспособной.

Учитывая то, что в данной статье ИБФ сфера рассматривалась в основном с точки зрения использования в ней юридических уловок для обхода запрета ссудного процента, в целом на эту проблему могут существовать и иные мнения.



Библиография

Аль-Бухари Мухаммад бин Исмаил Абу Абдуллах аль-Джу'фи. Достоверный краткий сборник сказаний о делах, преданиях и жизни Посланника Аллаха (Сахих ал-Бухари): 9 ч. в 4 т. Дар Таук аль-Наджат, Бейрут, Ливан, 1422 г.х. (на араб. яз.).

Аз-Зухайли Вахба. Исламский фикх и его источники: в 8 т. Т. 4. Дамаск, 1985 (на араб. яз.).

Баранов Х.К. Арабско-русский словарь. М.: «Русский язык», 1989.

Беккин Р.И. Исламская экономическая модель и современность. М.: Издат. дом Марджани, 2010.

Бизюков С.Н. Вопросы ответственности в мусульманской правовой теории // Правоведение. 1989. Вып. 6. С. 80–87.

Бизюков С.Н. К вопросу о понятии «нийа» и его роли в системе религиозно-правового регулирования шариата // Вестник Санкт-Петербургского университета. Сер. 9: Филология, Востоковедение, Журналистика. 2009. Вып. 2. Ч. 2. С. 241–247.

Бизюков С.Н. Правовые уловки в исламском праве: история появления, религиозная и правовая оценка, современный подход // Вестник БНЦ СО РАН. 2014. № 1(13). С. 239–256.

⁶⁷ См.: Bälz Kilian. Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law / Occasional Publications 9 September 2008 Islamic Legal Studies Program. Harvard Law School, Cambridge, MASS. USA, 2008. P. 6–7 // URL: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (дата обращения — 12 октября 2013 г.).

⁶⁸ См.: Ibid. P. 8.

⁶⁹ См.: Ibid. P. 23.

- Гражданский кодекс Арабской республики Египет. Каир: Профсоюз адвокатов, 2006 (на араб. яз.).
- Ибн Ибрахим Мухаммад. Юридические уловки в финансовой сфере. Каир, 2008 (на араб. яз.).
- Ибн Каййим ал-Джаузийя Мухаммад бин Абу Бакр. Извещение ожидающих о Господине миров: в 6 т. Эль-Рийад, Саудовская Аравия, 1423 г/х. (на араб. яз.).
- Постановления и рекомендации Совета Исламской академии правоведения (*фикха*) / пер. с араб. М.Ф. Муртазина. М.: Научно-издательский центр «Ладомир», 2003.
- Труды Вольного экономического общества России. Т. 106. Круглый стол «Исламская экономика», 22 декабря 2008 г. М., 2009. С. 93–136.
- Энциклопедия фикха. Министерство вакфов и исламских дел: в 45 т. Эль-Кувейт, 1983–2006 (на араб. яз.).
- Al-Bashir Muhammad, al-Amine Muhammad. Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets. Leiden — Boston: BRILL, 2008.
- Al-Zuhaili Wahbah. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq [Electronic resource] // Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> (accessed 12.09.2013).
- Alsayed Nidal. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective [Electronic resource] // MPRA Paper. 2010. 27 January. № 20262 // Available at: http://mpa.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf (accessed 20.09.2013).
- Ayub Muhammad. Understanding Islamic Finance. Chichester, UK, 2007.
- Bälz Kilian. Sharia Risk. *How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law* // Occasional Publications 9 September 2008. Islamic Legal Studies Program [Electronic resource] // Harvard Law School, Cambridge, MA. USA, 2008. P. 1–29 // Available at: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> (accessed 20.09.2013).
- Dimas Bagus Wiranata Kusum. Islamic Wourld View and Islamization of Knowledge Agenda [Electronic resource] // Available at: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> (accessed 14.08.2013).
- El-Hawary Dahlia, Grai sWafik, Iqbal Zamir. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated [Electronic resource] // World Bank Policy Research Working Paper. 2004. March. No 3227 // Available at: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (accessed 10.05.2013).
- Encyclopaedia of Islam. 2nd ed.: 12 vol. Leiden: Brill, 1986–2004.
- Feisal Khan. How 'Islamic' is Islamic Banking? [Electronic resource] // Journal of Economic Behavior & Organization. 2010. No 76. P. 805–820 // Available at: URL: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167268110001940> (accessed 20.05.2013).
- Hallaq Wael. A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşul al-Fiqh. Cambridge University Press, 2007.
- Hamoudi Haider Ala. You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance // Virginia Journal of International Law. 2008. Vol. 48. Issue 2. P. 291–292.
- Haneef Mohamed Aslam, Furqani Hafas. Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization [Electronic resource] // Thoughts on Economics. 2009. Vol. 19. No 4. P. 29–48 // Available at: <http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> (accessed 12.10.2013).
- Haneef Rafe. Is the Ban on Organized Tawarruq the Tip of the Iceberg? [Electronic resource] // ISRA, Research Paper. 2009. No 2 // Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/29-isra-research-on-qorganised-tawarruq-the-tip-of-the-iceberg-no-22009/0.html> (accessed 12.10.2013).
- Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Ends and Means in Islamic Banking and Finance // Review of Islamic Economics. 2007. Vol. 11. Special Issue. P. 5–27.
- Hassan M. Kabir, Lewis Mervyn K. Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation August 12 2007 [Electronic resource] // Available at: www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehrrmaterialien/hassan-lewis-presentation (accessed 10.05.2013).
- Khan Salman H. Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? [Electronic resource] // Islamic Finance News. 2009. P. 17–22 // Available at: <https://www.google>

ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqnJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUWfJbVovHbN0yWWR1pR260Fw&bvm=bv.55819444.d.bGE&cad=rjt (accessed 15.06.2013).

Nikan Firoozie. Tawarruq: Shariah Risk or Banking Conundrum? // *Opalesque Islamic Finance Intelligence*, issue. 2009. P. 4–7 [Electronic resource] // Available at: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> (accessed 24.05.2013).

M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. Shariah Views on the Components of Profit Rate in *Al-Murabahah* Asset Financing in Malaysian Islamic Bank [Electronic resource] // *World Academy of Science, Engineering and Technology*. 2012. No 67. P. 1311–1316 // Available at: <http://www.waset.org/journals/waset/v67/v67-238.pdf> (accessed 05.06.2013).

Mahmud Ahmad, Shaikh. *Economics of Islam: A Comparative Study*. Idarah-i-Adabiyat, Delhi, 1947.

Malaysia's Court of Appeal reverses High Court BBA ruling // *Islamic Finance Asia* Wednesday. 2009. April 1 [Electronic resource] // Available at: URL: http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/000009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf (accessed 05.06.2013).

Mansoori Muhammad Tahir. Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy // *Journal of Islamic Business and Management*. 2011. Vol. 1. No 1. P. 69–92.

Muhammad Baqir as-Sadr. *Iqtisaduna (Our Economics)*. Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). Tehran, 1994. Vol. 2.

Nagaoka Shinsuke. Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murabahah* Contracts and Islamic Debt Securities // *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. 2007. No 1–2. P. 72–91 // Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/kias/1st_period/contents/pdf/kb1_2/08nagaoka.pdf (accessed 20.04.2013).

Nagaoka Shinsuke. Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons [Electronic resource] // *Asian and African Area Studies*. 2012. № 11 (2). P. 114–136 // Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf (accessed 10.11.2013).

OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 [Electronic resource] // *ISRA Portal* 20 March 2010 // Available at: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> (accessed 18.11.2013).

Qazi Irfan. Murabaha Financing VS Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba [Electronic resource] // Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 (accessed 29.10.2013).

Qureshi Anwar Iqbal. *Islam and the Theory of Interest*. 1st ed. Lahore: Muhammad — Ashraf, 1945.

Rahman Fazlur. Islamization of Knowledge: A Response // *The American Journal of Islamic Social Science*. 1988. Vol. 5. №. 1. P. 3–11.

Rahman Tanzilur. *Mudaraba and the Pakistan Perspective* [Electronic resource] // Available at: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> (accessed 20.10.2013).

Saeed Abdullah. *Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation*. Leiden: Brill, 1999. P. 170.

Schacht Joseph. *An Introduction to Islamic Law*. N.Y.: Oxford University Press, 1982.

Schacht Joseph. *Hiyal* // *Encyclopaedia of Islam*. 2nd ed. Leiden: Brill, 1960. Vol. III. P. 510–513.

Siddiqi Mohammad Nejatullah. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities // *The American Journal of Islamic Social Sciences* 28:3. P. 15–34 // Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Islamization_of_Knowledge.pdf (accessed 13.01.2014).

Siddiqi Muhammad Nejatullah. *Banking Without Interest*. The Islamic Foundation. Leicester, U.K., 1983.

Siddiqi Mohammad Nejatullah. Economics of Tawarruq: How its Mafasid overwhelm the Masalih // A position paper to be presented at the Workshop on Tawarruq: A Methodological issue in *Shari'a* — Compliant Finance on February 1. 2007. P. 4 // Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Economics_of_Tawarruq.pdf (accessed 20.10.2013).

Siddiqi Muhammad Nejatullah. *Issues in Islamic Banking: Selected Papers*. The Islamic Foundation, 1983.

Shaikh Mahmud Ahmad. *Economics of Islam: A Comparative Study*. Lahore: Ashraf, 1947.

Toward Islamization of Disciplines. International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought. Islamization of Knowledge. Series 6. Herndon, Virginia, 1989.

Uslmani M.T. Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications // Available at: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Twarruq-by-Taqi-Usmani> (accessed 10.01.2014).

Uzair Mohammad. Interest Free Banking. Karachi: Royal Book Company, 1978.

Vogel F.E., Hayes S.L. III. Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return. Leiden—London, 2006.

Warde Ibrahim. Islamic Finance in the Global Economy. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2000.

Zarqa Muhammad Anas. Islamization of Economics: The Concept and Methodology // J.KAU: Islamic Econ. Vol. 16. № 1. P. 3–42 (1424 A.H / 2003 A.D).

Legal Subterfuges in Islamic Law: from the Middle Ages to the 21st Century



Sergey Bizyukov

Managing Partner at Law Bureau Paktum, Saint Petersburg Chamber of Lawyers. Address: 87 Maliy Prospekt, Saint Petersburg, 197022, Russian Federation. E-mail: sb_casa@mail.ru.



Abstract

The article is devoted to the role and significance of legal subterfuges in financial instruments applied in the Islamic banking system (hereafter IBS). The paper studies the concept of subterfuges, exemplifies their application and an outline of Islamic legal conceptions which existed in the Middle Ages as certain deals to bypass Quran Prohibition of *riba*, which was originally understood as spare money (interest), resulting from loan operations. When the 1970s and 80s a campaign was launched to Islamize knowledge enveloping such spheres as economics, the subterfuges which appeared in the Middle Ages were understood as forms for modern Islamic financial instruments. Many of them were the means to bypass *riba* as a loan interest forbidden in Islam. The paper analyzes the subterfuges to bypass the prohibition on interest loan *riba* in the current operations of Islamic banking system. The paper shows the changed role of Islamic law in finances which is not law regulating IBF operations and the norms are recognized no more as legally binding but are ethical maxims of a sort lacking legal content. Moreover, the reference in a financial contract to Islamic law (sharia) may be only considered as sharia risk increasing the voidability of the deal in court. The article concludes that almost all the considered Islamic financial instruments and schemes are based on such subterfuges. It is evident that in the conditions of high competition with conventional banks in Islamic countries especially in the area of financial finances, this Islamic banking model without resorting to the subterfuges to bypass the ban on loan interest *riba* is becoming non competitive.



Keywords

Legal subterfuge, hiyal fikhiya, Sharia, Islamic banking and finances, Islamic law, scale of five categories, preventive freeze of legal measures, *riba*, *garar*, *bay' al-'ina*, *bay' al-vafa*, *bay' bi-taman adhil*, *tavarruk*, *murabakha*, *mudaraba*, *musharaka*, profit-and-loss sharing, Shariat risk.

Citation: Bizyukov S. (2014) Legal Subterfuges in Islamic Law: from the Middle Ages to the 21st century. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 3, pp. 31–54. (in Russian)



References

Baranov Kh.K. (1989) *Arabsko-russkiy slovar'* [Arabic — Russian Dictionary]. Moscow: Russkiy yazyk. (in Russian)

Bekkin R.I. (2010) *Islamskaya ekonomicheskaya model' i sovremennost'* [Islamic Economic Model and Modernity]. Moscow: Izdatel'skiy dom Mardzhani. (in Russian)

- Bizyukov S.N. (1989) Voprosy otvetstvennosti v musul'manskoj pravovoy teorii [Issues of Responsibility in Muslim Legal Theory]. *Pravovedenie*. no 6, pp. 80–87.
- Bizyukov S.N. (2009) K voprosu o ponyatii «niya» i ego roli v sisteme religiozno-pravovogo regulirovaniya shariata [To the Concept of niya and its role in the System of Religious Law Regulation of Sharia]. *Vestnik Sankt-Peterburgskogo universiteta. Seriya 9 Filologiya, Vostokovedenie, Zhurnalistika*, no 2, pp. 241–247.
- Bizyukov S.N. (2014) Pravovye ulovki v islamskom prave: istoriya poyavleniya, religioznaya i pravovaya otsenka, sovremennyy podkhod [Legal Subterfuges in Islamic Law: Origin, Religious and Legal Assessment, Modern Approach]. *Vestnik BNTs SO RAN*, no 1(13), pp. 239–256.
- Murtazin M. F. (2003) *Postanovleniya i rekomendatsii Soveta Islamskoy akademii pravovedeniya (fikha)* [Decisions and Recommendations of the Council of the Islamic Legal Academy]. Moscow: Nauchno-izdatel'skiy tsentr «Ladomir». (in Russian)
- Trudy Vol'nogo ekonomicheskogo obshchestva Rossii*. VEO (2009). Kruglyy stol «Islamskaya ekonomika» 22.12.2008 [Proceedings of Free Economic Society of Russia]. Vol. 106. Moscow: VEO, pp. 93–136.
- Al'-Bukhari Mukhammad bin Ismail Abu Abdullakh al'-Dzhu'fi. *Dostovernyy kratkiy sbornik skazaniy o delakh, predaniyakh i zhizni Poslannika Allahha (Sakhikh al-Bukhari)*. 9 chastey v 4 tomakh. Dar Tauk al'-Nadzhah, Beyrut, Livan 1422 g.kh. (in Arabic)
- Az-Zukhayli V. (1985) *Islamskiy fikkh i ego istochniki*. V 8 tomakh. T.4. Damask, S. 467/ (in Arabic)
- Grazhdanskiy kodeks Arabskoy respubliki Egipet. Kair: Profsoyuz advokotov. 2006. (in Arabic)
- Ibn Ibrakhim Mukhammad (2008) *Yuridicheskie ulovki v finansovoy sfere*. Kair. (in Arabic)
- Ibn Kayyim al-Dzhauziya Mukhammad bin Abu Bakr. *Izveshchenie ozhidayushchikh o Gospodine mirov. 6 tomov*. El'-Riyad, Saudovskaya Araviya, 1423 g/kh. (in Arabic)
- Entsiklopediya fikha. Ministerstvo vakfov i islamskikh del. V 45 tomakh. El'-Kuveyt, 1983–2006. (in Arabic)
- Al-Bashir M., al-Amine M. (2008) *Risk Management in Islamic Finance: An Analysis of Derivatives Instruments in Commodity Markets*. Leiden — Boston: BRILL.
- Al-Zuhaili W. Tawarruq, Its Essence and Its Types: Mainstream Tawarruq and Organized Tawarruq [Electronic resource]. Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/20-oic-fiqh-academy-19th-session/79-tawarruq-its-essence-and-its-types-mainstream-tawarruq-and-organized-tawarruq-english/0.html> accessed 12.09.2013.
- Alsayed N. The Uses and Misuses of Commodity Murabaha: Islamic Economic Perspective [Electronic resource]. MPRA Paper № 20262. 27 January. 2010. Available at: http://mpra.ub.uni-muenchen.de/20262/1/MPRA_paper_20262.pdf accessed 20.09.2013.
- Ayub M. (2007) *Understanding Islamic Finance*. Chichester: Wiley.
- Bälz K. Sharia Risk? How Islamic Finance Has Transformed Islamic Contract Law / Occasional Publications 9 September 2008. Islamic Legal Studies Program [Electronic resource]. Harvard Law School, Cambridge, MASS. USA, 2008. P. 1–29. Available at: <http://www.law.harvard.edu/programs/ilsp/publications/balz.pdf> accessed 20.09.2013.
- Dimas Bagus Wiranata Kusum. Islamic World View and Islamization of Knowledge Agenda [Electronic resource]. Available at: <http://ebookbrowse.com/gdoc.php?id=186977846&url=40e9a1ea97e830f4126736f843a7b964> accessed 14.08.2013.
- Ei-Hawary Dahlia, Grai Wafik, Iqbal Zamir. Regulating Islamic Financial Institutions: the Nature of the Regulated [Electronic resource]. World Bank Policy Research Working Paper 3227. 2004. March. 48 p. // Available at: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2004/06/03/00009486_20040603173425/additional/112512322_20041117151025.pdf accessed 10.05.2013.
- Encyclopaedia of Islam. 2nd edition. 12 volumes. Leiden: Brill, 1986–2004.
- Feisal K. (2010) How 'Islamic' is Islamic Banking? [Electronic resource]. *Journal of Economic Behavior & Organization*. no 76, pp. 805–820.
- Hallaq W. (2007) *A History of Islamic Legal Theories: An introduction to Sunni Uşûl al-Fiqh*. Cambridge University Press.
- Hamoudi H.A. (2008) You Say You Want a Revolution: Interpretive Communities and the Origins of Islamic Finance. *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, no 2, pp. 291–292.
- Haneef M.A., Furqani Hafas. (2009) Contemporary Islamic Economics: The Missing Dimension of Genuine Islamization [Electronic resource] // *Thoughts on Economics*, vol. 19, no 04, pp. 29–48. Available at:

<http://www.ifikr.isra.my/documents/10180/16168/1.%20Contemporary%20Islamic%20Economics%20%28English%29.pdf> accessed 12.10.2013.

Haneef R. (2009) Is the Ban on Organized Tawarruq the Tip of the Iceberg? [Electronic resource] ISRA, Research Paper. № 2. Available at: <http://www.isra.my/media-centre/downloads/finish/29-isra-research-on-qorganised-tawarruqq-the-tip-of-the-iceberg-no-22009/0.html> accessed 12.10.2013.

Kabir H.M., Mervyn L.K. (2007) Ends and Means in Islamic Banking and Finance. *Review of Islamic Economics*, vol. 11, special issue, pp. 5–27.

Kabir H.M., Mervyn L.K. Islamic Banking and Finance at the Crossroads. Presentation August 12 2007 [Electronic resource]. Available at: www.uni-marburg.de/cnms/studium/lehmaterialien/hassan-lewis-praesentation accessed 10.05.2013.

Khan S.H. (2009) Why Tawarruq Needs To Go: AAOIFI and the OIC Fiqh Academy: Divergence or agreement? [Electronic resource]. *Islamic Finance News*, pp. 17–22. Available at: <https://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&ved=0CEUQFjAEOAo&url=http%3A%2F%2Fwww.assaif.org%2Fcontent%2Fdownload%2F9962%2F53909%2Ffile%2Fstudy&ei=4klyUqChKqJ4gSgx4CoCw&usq=AFQjCNGUUGUWfJbVovHbN0yWWR1pR260Fw&bvm=bv.55819444,d.bGE&cad=rjt> accessed 15.06.2013.

Nikan F.T. (2009) Shariah Risk or Banking Conundrum? [Electronic resource]. Available at: <http://www.kantakji.com/fiqh/Files/Economics/c380.pdf> accessed 24.05.2013.

M. Pisol B Mat Isa, Asmak Ab Rahman, Hezlina Bt M Hashim, Abd Mutalib B Embong. (2012) Shariah Views on the Components of Profit Rate in *Al-Murabahah* Asset Financing in Malaysian Islamic Bank. *World Academy of Science, Engineering and Technology*, no 67, pp. 1311–1316.

Mahmud Ahmad, Shaikh (1947) *Economics of Islam: A Comparative Study*. Delhi. Idarah-i-Adabiyat.

Mansoori M.T. (2011) Use of *hiyal* in Islamic Finance and its *Shari'ah* Legitimacy. *Journal of Islamic Business and Management*, vol. 1, no 1, pp. 69–92.

Muhammad Baqir as-Sadr. *Iqtisaduna* (Our Economics). Translated from Arabic (WOFIS) (World Organization for Islamic Services). Tehran. Vol. 2.

Nagaoka S. (2007) Beyond the Theoretical Dichotomy in Islamic Finance: Analytical Reflections on *Murabahah* Contracts and Islamic Debt Securities. *Kyoto Bulletin of Islamic Area Studies*. no 1–2, pp. 72–91. Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/kias/1st_period/contents/pdf/kb1_2/08nagaoka.pdf accessed 20.04.2013.

Nagaoka S. (2012) Critical Overview of the History of Islamic Economics: Formation, Transformation, and New Horizons [Electronic resource]. *Asian and African Area Studies*, no 11 (2), pp. 114–136. Available at: http://www.asafas.kyoto-u.ac.jp/dl/publications/no_1102/AA112_03_Nagaoka.pdf accessed 10.11.2013.

OIC Fiqh Academy Ruled Organised Tawarruq Impermissible in 2009 [Electronic resource]. Available at: <http://www.isra.my/component/content/article/355.html> accessed 18.11.2013.

Qazi I. Murabaha Financing vs Lending on Interest: A thin line making big difference in the understanding of Riba [Electronic resource]. Available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1803651 accessed 29.10.2013.

Qureshi A.I. (1945) *Islam and the Theory of Interest*. 1st ed. Lahore: Ashraf.

Rahman F. (1988) Islamization of Knowledge: A Response. *The American Journal of Islamic Social Science*, vol. 5, no 1, pp. 3–11.

Rahman T. *Mudaraba and the Pakistan Perspective* [Electronic resource]. Available at: <http://www.irtipms.org/PubText/67.pdf> accessed 20.10.2013.

Saeed A. (1999) *Islamic Banking and Interest: A Study of Prohibition of Interest and its Contemporary Interpretation*. Leiden: Brill.

Schacht J. (1982) *An Introduction to Islamic Law*. New York: Oxford University Press.

Schacht J. (1960) *Hiyal / Encyclopaedia of Islam*. 2nd edition. Leiden: Brill, vol. III, pp. 510–513.

Siddiqi M.N. Islamization of Knowledge: Reflections on Priorities. *The American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 28, no 3, pp. 15–34.

Siddiqi M.N. (1983) *Banking Without Interest*. Leicester: The Islamic Foundation.

- Siddiqi M.N. (2007) Economics of Tawarruq: How its Mafasid overwhelm the Masalih / *A position paper to be presented at the Workshop on Tawarruq: A Methodological issue in Shari'a — Compliant Finance on February 1*. Available at: http://www.siddiqi.com/mns/Economics_of_Tawarruq.pdf accessed 20.10.2013.
- Siddiqi M.N. (1983) *Issues in Islamic Banking: Selected Papers*. Leicester: The Islamic Foundation.
- Shaikh M.A. (1947) *Economics of Islam: A Comparative Study*. Lahore: Ashraf.
- International Islamic Publishing House and The International Institute of Islamic Thought (1989). *Toward Islamization of Disciplines. Islamization of Knowledge*. Series 6. Virginia: Herndon.
- Usmani M.T. *Verdicts on At-Tawarruq and Its Banking Applications*. Available at: <http://ru.scribd.com/doc/35096309/Tawarruq-by-Taqi-Usmeni> accessed 10.01.2014.
- Uzair M. (1978) *Interest Free Banking*. Karachi: Royal Book Company.
- Vogel F.E., Hayes S.L. III. (2006) *Islamic Law and Finance: Religion, Risk and Return*. Leiden: Brill.
- Warde I. (2000) *Islamic Finance in the Global Economy*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Zarqa M.A. (2003) Islamization of Economics: The Concept and Methodology. *J.KAU: Islamic Econ*, vol. 16, no 1, pp. 3–42 (1424 A.H).